

# UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Estudios con Reconocimiento de Validez Oficial por Decreto Presidencial  
Del 3 de abril de 1981



## **“LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD MUNDIAL. UNA APROXIMACIÓN LUHMANNIANA” (TESIS)**

Que para obtener el grado de

**DOCTOR EN CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

Presenta

**CUAUHTÉMOC RUEDA LUNA**

DIRECTOR: DR. JAVIER TORRES NAFARRATE

Lectores: DR. DOMINIK HOFMANN  
DR. JORGE PELÁEZ PADILLA

CDMX, 2023

## ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS</b>	v
<b>SIGLAS Y ABREVIATURAS</b>	vii
<b>NOTA SOBRE MÉTODO DE CITACIÓN</b>	viii
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
A. BREVE caracterización DEL DERECHO COMO SISTEMA SOCIAL	2
B. BREVE CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	8
<b>CAPÍTULO 1. LA PARADOJA DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	13
A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PARADOJA COMO FORMA DE LA SOCIEDAD	15
B. LA PARADOJA DE LOS DERECHOS HUMANOS	23
C. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ESCÁNDALO EN LA SOCIEDAD MUNDIAL	25
D. ¿LOS DERECHOS HUMANOS COMO NORMAS IRRENUNCIABLES?	28
E. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS	38
F. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES	54
G. INDIVIDUO/DERECHO, INCLUSIÓN/EXCLUSIÓN E IGUAL/DESIGUAL	57
G.1. La distinción individuo/sociedad - individuo/derecho	59
G.1.1. Individuo	59
G.1.2. Distinción mundo/individuo	59
G.1.3. Distinción individuo/sociedad	60
G.1.4. Distinción individuo/derecho	69
<b>CAPÍTULO 2. LA OPERACIÓN BASAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU «DESAFÍO»</b>	73
A. ESTRUCTURA Y SEMÁNTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	73
B. INCLUSIÓN/EXCLUSIÓN	90
B.1. La forma <i>inclusión/exclusión</i>	91
B.2. Integración (sistémica y social)	94
B.3. Inclusión/exclusión e igualdad/desigualdad	96
B.4. Inclusión/exclusión en los sistemas sociales	100
B.4.1. <i>Inclusión/exclusión</i> de la sociedad en la sociedad [posición 1 de la matriz, coordenadas (IEs, S)]	102
B.4.1.1. Relación de la sociedad con los individuos	104
B.4.1.2. <i>Integración negativa fuerte</i> en la <i>exclusión</i> y <i>ventajas comparativas</i> en la <i>inclusión</i>	105
B.4.1.3. Formas problemáticas de abordaje de la <i>exclusión de la sociedad</i>	106
B.4.1.4. «Alternativas» consideradas por Luhmann para abordar la <i>exclusión de la sociedad</i>	107
B.4.1.5. <i>Inclusión/exclusión</i> y derechos humanos en la sociedad mundial	109
Sociedad mundial	109
Primera aproximación a los derechos humanos de la sociedad en la sociedad mundial	119

B.4.2. <i>Inclusión/exclusión</i> de los sistemas funcionales en los sistemas funcionales [posición 5 de la matriz, coordenadas (IEf, SF)]	121
B.4.2.1. <i>Inclusión/exclusión</i> , en general, de los sistemas funcionales [posición 5 de la matriz]	121
(a'') Respecto de los efectos de la <i>inclusión/exclusión</i> de la sociedad en los sistemas funcionales en general, [posición 4 de la matriz, coordenadas (IEs, SF)]	123
B.4.2.2. Aspectos de la <i>inclusión/exclusión</i> en la política, la moral y la religión [posición 5 de la matriz]	124
(b'') Aspectos de la <i>inclusión/exclusión</i> de la sociedad en los sistemas funcionales de la política, la moral y la religión, [posición 4 de la matriz, coordenadas (IEs, SF)]	124
B.4.2.3. <i>Inclusión/exclusión</i> en el derecho [posición 5 de la matriz, coordenadas (IEf, SF)]	125
(c'') <i>Inclusión/exclusión</i> de la sociedad en el sistema funcional del derecho, [posición 4 de la matriz, coordenadas (IEs, SF)]	127
B.4.3. <i>Inclusión/exclusión</i> de las organizaciones en las organizaciones [posición 9 de la matriz, coordenadas (IEo, O)]	128
B.5. Intermisiones provisionales	131
B.5.1. <i>Inclusión/exclusión</i> en la sociedad mundial: la unidad paradójica de la sociedad (individuo/sociedad) y los principios de libertad e igualdad.	131
B.5.2. <i>Inclusión/exclusión</i> del derecho en la sociedad mundial y los derechos humanos	138
C. FORMA IGUAL/DESIGUAL	140
C.1. La forma <i>igual/desigual</i> en la sociedad	140
C.2. La forma <i>igual/desigual</i> en los sistemas funcionales	141
C.3. La forma <i>igual/desigual</i> y los derechos humanos en la sociedad	142
C.4. La forma <i>igual/desigual</i> en el derecho	145
C.4.1. Características de la forma <i>igual/desigual</i>	145
C.4.2. Características del principio de igualdad (norma)	146
C.4.3. Aspectos relativos a la evolución y consistencia del derecho	148
D. SOBRE LAS SEMÁNTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS: SITUACIÓN EN EL SISTEMA DE LA POLÍTICA	150
C.5. Uso semántico de los derechos humanos en la política	151
<b>CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO</b>	<b>155</b>
A. INTRODUCCIÓN	155
B. EXPANSIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	157
B.1. Fragmentación del derecho internacional	157
B.1.1. Diferenciaciones internas del derecho	157
B.1.2. Unidad y fragmentación del sistema	160
B.2. "Supraordenación" de los derechos humanos: objeto y fin de sus tratados	173
B.3. Inviolable levels	181
B.3.1. Derechos humanos / derechos patrimoniales (indisponibles/disponibles)	181
B.3.2. <i>Ius cogens</i> y derechos absolutos	189
B.3.2.1. <i>Ius cogens</i>	189
B.3.2.2. Derechos absolutos	202

B.4. Evolución en la operación de la forma igual/desigual	204
B.4.1. Universalización y elementarización: en el derecho y la sociedad	206
B.4.1.1. Irritación y no-irritabilidad	213
B.4.2. Principio (y normas) de igualdad y no discriminación	219
B.4.3. Universalización y sociedad mundial: responsabilidad del Estado y víctimas, obligaciones generales del Estado y progresividad	226
B.4.4. La unidad de la sociedad mundial estatalizada: la responsabilidad del Estado y la integración de las víctimas	227
B.4.5. Una programación condicional de los programas de fines: obligaciones y progresividad	239
B.4.5.1. El problema original: dos tipos de derechos humanos o solo uno	239
B.4.5.2. La respuesta semántica y estructural: indivisibilidad de los derechos y su evolución operativa obligacional	239
B.4.5.3. Aspectos conclusivos provisionales	288
B.5. Universalización, asimetrización y consistencia: ejemplo de derechos humanos y empresas	290
C. RECHAZO SEMÁNTICO A LOS DDHH: DE OPERACIÓN ESTRUCTURAL A SEMÁNTICA AUTORIZADA	294
C.1. Marco general del rechazo	294
C.2. Rechazo a la asimetrización en favor de las normas de derechos humanos	295
C.2.1. Momentos de asimetrización y mantenimiento de indiferencia entre normas contractualistas	295
C.2.2. Momentos de rechazo a la asimetrización a favor de las normas de derechos humanos	298
C.3. Rechazo a la operación estructural de las instancias decisorias de derechos humanos	301
C.3.1. Rechazo y dilución de la naturaleza judicial de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas	303
C.3.2. Dilución del estatus de las decisiones de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas	304
C.4. Tensiones y contradicciones semánticas	308
C.4.1. Tensiones sobre la naturaleza de los tratados	308
C.4.2. Tensiones sobre órganos de tratado y sus decisiones	310
C.5. Especificidad de los órganos de tratado de derechos humanos	318
D. EL SUBSISTEMA JURÍDICO DE DERECHOS HUMANOS	319
D.1. Sistema/entorno de los derechos humanos	319
D.2. Clausura operativa y apertura cognitiva	322
D.2.1. Clausura normativa (y consistencia)	325
D.2.1.1. Estándares de derechos humanos	327
D.2.1.2. Restricciones (y suspensión) de derechos humanos	332
D.2.1.3. Distinciones: Libertad, igualdad y diferencia	337
D.2.2. Apertura cognitiva a partir de los derechos humanos	338
<b>CONCLUSIONES</b>	358
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	363

*A otrxs...*

*A esa bandita que  
llega: Rodri, Cheo,  
Arita, Darío...*

*A quienes no  
debían irse (tío  
Manolo, Vales)...*

*A mi mamá,  
Marta.*

*A mi papá,  
Juan.*

*A Mariana, Rick,  
Ale, Iván Alex, Lau.*

*A Clau y  
Jhon.*

*A mi hermana  
y hermano,  
Tania e Iván.*

*“in unity  
all paradoxes are  
resolved”*

*A quienes no  
supe apoyar.*

*A Coa,  
Daniel.*

*tía Mirna, y  
mis tíos César y  
Tirso.*

*A mis primas y  
primos.*

*A Emiliano,  
Humberto,  
el Elihú.*

*A con quienes  
he disfrutado el  
mundo.*

*A con quienes me  
he movlizado ante  
el mundo (99-  
2000, ...).*

## AGRADECIMIENTOS

La Universidad Iberoamericana ha sido una institución privada con un compromiso social y académico que agradezco profundamente. En ella fui apoyado de muchas formas: económicamente (con su beca), académica y culturalmente, donde destaca su biblioteca, e, incluso, en cuanto a salud y bienestar físico. Le tengo un gran aprecio y agradecimiento a la Universidad, como institución. Sin embargo, en particular, agradezco a quienes integran el Departamento de Ciencias Sociales y Políticas; entre los lugares por los que he pasado o he visto en mis diferentes trayectorias, este es un gran espacio. Realizar el doctorado aquí fue una buena y afortunada decisión.

Este esfuerzo, además, tampoco habría sido posible sin el CONACYT. El derecho humano a la educación (la educación pública y las formas de salvaguardar la formación profesional por parte del Estado), es uno de los aspectos que más agradezco en mi vida.

En especial, en cuanto a mi tesis, el apoyo del doctor Javier Torres Nafarrate y del doctor Dominik Hofmann, así como su conocimiento en las digresiones sociológicas sobre la teoría de sistemas, me permitió realizar un esfuerzo sustantivo que de otra manera habría permanecido demasiado dubitativo y, posiblemente, extraviado. El trabajo teórico de Niklas Luhmann, en verdad, me habría sido mucho menos accesible. La paciencia del doctor Javier quizá fue puesta a prueba más de una vez; algunos temas y complejos conceptuales implicaron más desafíos de los que esperaba. Tengo una especie de impresión de que existe un humor académico muy sutil asociado a quienes estudian profundamente la teoría de sistemas sociales. Esta impresión tiene una base fuerte en la agudeza de ambos. Así, todo fue más agradable.

Al doctor Jorge Peláez Padilla deseo agradecer, en particular, el permitirme tener una observación privilegiada de su mirada interdisciplinaria. El estudio jurídico y sociológico suele ser difícil conjuntamente. Hacer una tesis de teoría de sistemas basada en las propuestas de Luhmann implica como desafío buscar construir una observación del sistema social observado que no sólo sea pertinente en términos sociológicos, sino que pueda comunicar aspectos relevantes a quienes operan desde el propio sistema observado. Su mirada, sin duda, salvaguarda dicho fin.

También agradezco al doctor Juan Pablo Vázquez Gutiérrez y a la doctora Ana Belén Torres Almanza. He podido tener su apoyo en diversas formas, ya sea en forma de discusión de aspectos de la tesis, discusiones temáticas, u otros aspectos propios de las actividades académicas del doctorado. Siempre he encontrado su amabilidad. Espero en algún momento poder apoyar de alguna forma.

En un contexto más amplio, están Sergio Tapia, Eder Domínguez, Abdel Pérez, Miguel Arévalo, y, también, quienes han participado o participan en el *Seminario Luhmann* del doctor Javier Torres, donde las interrogantes circulan y van dando forma a entendimientos, así como los esfuerzos en curso para la *Catedra Luhmann*, donde la doctora Claudia Elisa mantiene el pulso. Ellas y ellos han acompañado recientemente y dan un entorno reconfortante y revitalizante para las inquietudes luhmannianas. Anteriormente, tuve la fortuna de que Carolina Espinosa y Carolina López compartieran en diversos momentos este tipo de inquietudes, sus pasiones teóricas luhmannianas, sin proponérselo, incentivaron las mías.

En ámbitos más personales hay varias personas, ellas saben mi agradecimiento, y, en general, ya les dedico la tesis.

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

CAT	Comité contra la Tortura
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN / Comité DN	Comité de Derechos del Niño
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CoIDH / Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos y Sociales
Comité DH	Comité de Derechos Humanos
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos



## NOTA SOBRE MÉTODO DE CITACIÓN

Las citas de los textos y libros de Niklas Luhmann discutidos en la tesis fueron añadidas, respecto de la cita normal de APA, con las siglas de cada documento, a fin de facilitar su identificación y, con ello, una lectura crítica más ágil. Las siglas usadas para cada texto, incluyendo la fecha bibliográfica, son:

<b><u>Abreviación</u></b>	<b><u>Documento</u></b>
<b>Caso-CD</b>	Caso (2019)
<b>DD</b>	Distinciones directrices (2016b)
<b>DFI</b>	Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política (2010a)
<b>DS</b>	El derecho de la sociedad (2005)
<b>EIB</b>	Ethik in internationalen Beziehungen (1999)
<b>Esteno</b>	Estenografía (2015a)
<b>ETM</b>	La ética como teoría reflexiva de la moral (2013)
<b>FDS</b>	De la fonction des « droits subjectifs » (2009b)
<b>FP</b>	La forma «persona» (1998c)
<b>GoSM</b>	Globalización o sociedad mundial: ¿cómo concebir la sociedad moderna? (2016a)
<b>GWS</b>	Globalization or World society: How to conceive of modern society? (1997)
<b>III</b>	Individuo, individualidad, individualism (1995b)
<b>ITSL</b>	Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate (2007a)
<b>MH-GSB</b>	Mujeres, hombres y George Spencer Brown (2015b)
<b>MSRE</b>	La moral social y su reflexión ética (1989)
<b>NI</b>	¿Hay todavía en nuestra sociedad normas irrenunciables? (2014b)

<b>OD</b>	Organización y decisión (2010b)
<b>OR</b>	Observing Re-entries (1993c)
<b>OSD</b>	La observación sociológica del derecho (1993b)
<b>PCCR</b>	El programa de conocimiento del constructivismo y la realidad que permanece desconocida (1998b)
<b>PDHa</b>	La paradoja de los derechos humanos y sus tres formas de desarrollo (1998d)
<b>PDHb</b>	La paradoja de los derechos humanos y tres formas de su desarrollo (2014a)
<b>POS</b>	The Paradoxy of Observing Systems (1995a)
<b>PS</b>	La política como sistema. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate (2009a)
<b>PxF</b>	Die Paradoxie der Form (1993a)
<b>RS</b>	Religión de la sociedad (2018)
<b>Sen</b>	Sentido (1998a)
<b>SS</b>	La Sociedad de la sociedad (2006)
<b>TP</b>	Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society (1988a)
<b>TPEB</b>	Teoría Política en el Estado de Bienestar (2007b)
<b>TQ</b>	The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History (1988b)

## INTRODUCCIÓN

1. La teoría de sistemas sociales tiene la posibilidad de establecer un marco de comprensión de los derechos humanos como parte de una forma de operación de la sociedad, al ser posible dar cuenta de su función en el sistema jurídico y, a su vez, de la operación del sistema jurídico en una teoría de la sociedad. De esta forma se puede pasar de, simplemente, una comprensión normativa, o una que pretenda explicar sólo al derecho, a buscar entender la forma en que participa de toda la sociedad.

1.1. Cabría aclarar, por otra parte, que la sociedad debe entenderse como parte del despliegue de la forma sistema/entorno (forma compuesta por el lado *interno* «sistema» y el lado *externo* «entorno») en el medio del «sentido».<sup>1</sup> La cual, en su *operación* en la realidad y en su *observación* de la realidad, se mantiene siempre del lado interno, pues no puede traspasar al lado externo. Esto significa, de inicio, que la sociedad no opera directamente en el entorno (esto es, externamente al sentido: en la realidad misma), ni conoce el entorno: así, de inicio, la teoría de sistemas se ve enfrentada al pensamiento ontológico y epistemológico.<sup>2</sup> Sobre esta base es que se hace necesario entender qué son y cómo operan los derechos humanos.

2. Una comprensión de ese orden permite, además, establecer parámetros para comprender su papel en el marco de la sociedad mundial.

3. La necesidad de este tipo de esfuerzo deriva de que, si se realiza sólo una observación desde el derecho, se permanece ciego ante la sociedad. Si se realiza sólo desde una posición

---

<sup>1</sup> Para dar una idea esencial sobre la categoría «sentido» en Luhmann es necesario considerarla un ámbito al que se le denomina «medio», en el cual se despliega *cualquier forma* o, mejor dicho, *todas las formas*. Es decir, el sentido es observable gracias a la distinción medio/forma; donde una forma sólo se puede ver en el medio en que se despliega. Así: se podría decir que una palabra es una *forma* en una frase, donde la frase es el *medio*; una frase sería una *forma* en un alegato, donde el alegato es el *medio*; y también que una letra es una *forma* en una palabra, donde la palabra es el *medio*, o una consonante es una *forma* en el abecedario, donde el abecedario es el *medio*. De forma semejante: las cosas son *formas* observables gracias al *medio* de la luz; la música son *formas* escuchables gracias al *medio* del sonido. El *sentido* sería el medio en el que se pueden entender *todas las formas*. La sociedad (y, con ella, los sistemas sociales en general) operan en *el medio del sentido*. Dicho de otra manera, viendo el *otro lado* de la forma (medio/forma): la sociedad (y los sistemas sociales) son *formas en operación* (donde la forma básica de la sociedad es sistema/entorno).

<sup>2</sup> Resumiría Luhmann: “Queremos recordar: un sistema operativamente clausurado no puede alcanzar al entorno con sus propias operaciones. No puede asegurar su adaptación al entorno mediante la cognición. Sólo puede operar dentro del sistema y no parte dentro y parte fuera.” (Luhmann, SS, 2006, p. 96).

externa al derecho, se imposibilita la posibilidad de comprender al derecho mismo y se pueden hacer observaciones que carezcan de pertinencia internamente. Un esfuerzo desde la teoría de sistemas sociales permite avanzar en la comprensión interna del derecho mediante categorías que permiten su comunicación fuera del derecho, en el marco de la teoría de la sociedad.

#### A. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA SOCIAL

4. El derecho es un sistema social de la sociedad. La sociedad moderna proviene de otras formas de diferenciación, siendo la última previa el de las sociedades estratificadas, las cuales se pueden representar como sociedades con una estructura vertical, donde la representación de la sociedad se da en la cúspide. Frente a esta forma de organización social, la diferenciación funcional de la sociedad moderna es horizontal, pues ha desarrollado sistemas sociales que no tienen jerarquías entre sí, por lo que no hay un sistema que comande a los demás (en particular no lo es la economía, la ciencia, la política o la religión), y no dependen para su funcionamiento interno de los demás sistemas. Su reproducción (autopoiesis) la realizan por sí mismos mediante operaciones recursivas, y estas operaciones son siempre y solamente comunicaciones.

4.1. El hecho de que sean sólo comunicaciones implica que operan en el medio del sentido. El sentido sólo se puede poner en operación mediante su observación y la realización de distinciones (conforme a la distinción observación/distinción). Toda distinción implica una observación y una indicación en una *forma* (que en escritura se representa con: /), donde (de los dos lados) el *lado indicado* implica una asimetrización. Así, la indicación puede señalarse con el signo  $\Gamma$ , donde el lado interno de la forma es a favor del que se asimetriza,<sup>3</sup> y el lado externo es el denominado *unmarked state* o *unmarked space*; salvo si hay un elemento en cada lado. Cuando las distinciones hacen alusión a un elemento positivo y a uno negativo, el negativo funciona como elemento reflexivo respecto del positivo, de manera que se mantiene la asimetrización. Como se verá, en la distinción (código) conforme-a-derecho/no-conforme-a-derecho, la asimetrización está del lado conforme-a-derecho, donde ambos lados son operativos (por ser un código).

---

<sup>3</sup> En general, en términos de escritura, la asimetrización se enunciará asumiendo que el primer término (entre los dos distinguibles por el signo /) es a favor del cual se asimetriza la distinción.

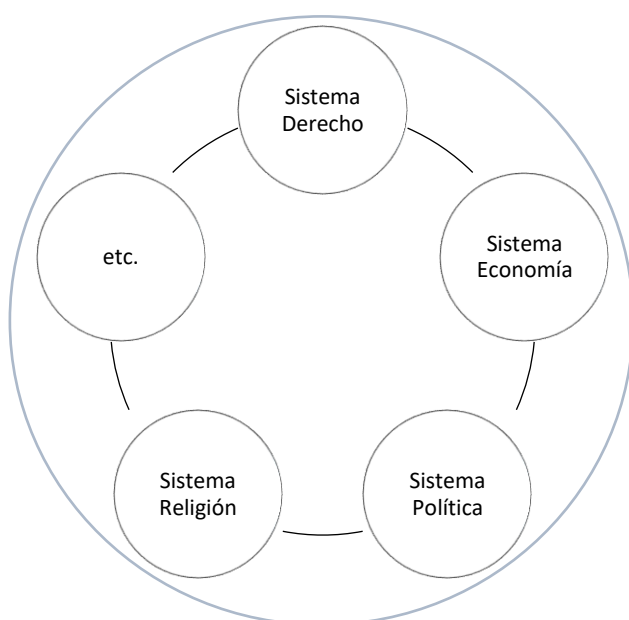
4.2. Las distinciones, al aplicarse en el medio del sentido (el cual sería el único que no tiene otro lado en una distinción), pueden desplegarse o desenvolverse en tres dimensiones: objetual (que se aborda con la teoría de la diferenciación social), temporal (acometido con la teoría de la evolución social) y social (que se aborda con la teoría de la comunicación y sus medios). Estas dimensiones están interrelacionadas.

4.3. Las distinciones, al distinguir, vuelven operativa una unidad: la unidad que se distinguió en dos partes. Así, la unidad del derecho se vuelve operativa cuando se logra la distinción (el código) conforme-a-derecho/no-conforme-a-derecho. La distinción vuelve ininteligible las operaciones que a partir de ahí se realizan. Sin embargo, la unidad original no se puede observar directamente, sólo se puede observar por medio de las distinciones (o diferencias) que se han operativizado. Cuando se intenta observar directamente la unidad (cuando se pregunta a la diferencia por su unidad) se vuelve paradójico: ya sea en tautologías (esto “es lo que es”) o en paradojas en sentido estricto (esto “es lo que no es”). Las tautologías o las paradojas derivan del tipo de distinción (por ejemplo: libertad/libertinaje sería tautológica; libertad/restricción, paradójica) y de su despliegue social, temporal y objetual. Así, por ejemplo, si se pregunta al derecho por su unidad se tendría que decir que lo conforme-a-derecho es no-conforme-a-derecho o que lo no-conforme-a-derecho es conforme-a-derecho. Los sistemas ocultan su unidad (paradójica) mediante el despliegue de distinciones, desparadojizándose (o destatologizándose) operativamente o en su observación. Los sistemas suelen tener problemas operativos cuando se enfrentan a situaciones en que buscan cruzar la frontera de la distinción: por ejemplo, cuando se establecen regulaciones que hacen que algo que se consideraría no-conforme-a-derecho sea conforme-a-derecho. Sin embargo, en principio, la frontera de la forma puede ser cruzada, dada la contingencia de la sociedad y de los sistemas sociales (en el derecho no hay normas irrenunciables, y si algo se reputa en esos términos, lo es porque el sistema así lo considera).

4.4. Del hecho de que los sistemas operen en el medio del sentido, mediante comunicaciones, implica que las personas no forman parte de los sistemas sociales, son parte de su entorno (de acuerdo a la distinción sistema/entorno). También implica que un solo acto puede ser parte de múltiples sistemas sociales (así, por ejemplo, una compraventa es parte del sistema jurídico y del sistema económico). La forma como se articulan los sistemas sociales es mediante *acoplamientos estructurales*. Estos acoplamientos permiten que cada sistema siga sus propios ritmos, sus propios

tiempos de manera que tengan simultaneidad y, sin embargo, no estén sincronizados con el entorno (aunque cada sistema proyecte sincronidad); pudiendo así irritarse a partir de los aspectos que son relevantes para cada sistema y puedan asignarse conforme a sus propias lógicas operativas. Los sistemas de la sociedad no se relacionan con la sociedad conforme al esquema todo/partes, pues todos los sistemas expresan la sociedad como unidad, y cada uno puede representarla, según sus propias formas semánticas. No obstante, cada sistema opera una función específica.

Gráfica 1. Sociedad mediante sistemas funcionales



Fuente: elaboración propia.

5. Los sistemas sociales para operar actualizan la diferencia sistema/entorno, y sólo pueden operar en el sistema: no operan en el entorno. Los sistemas establecen lo que consideran *entorno*, pero sólo conforme a sus propias distinciones, de manera que lo que realizan es un proceso de autorreferencia (por el cual reconocen sus operaciones internas) y heterorreferencia (con la cual reconocen lo que consideran entorno). Por ello, el entorno no puede participar en la delimitación de lo que es el sistema. Así, los sistemas, en su operación, se clausuran operativamente, pero, también, y gracias a ello, mantienen una apertura cognitiva (un ejemplo de esta forma de operación sistémica sería el cerebro, el cual opera clausurado operativamente respecto del exterior, pero mantiene apertura cognitiva). Cuando se hace referencia a las *personas* (que son

parte del entorno del sistema), opera la distinción inclusión/exclusión: los sistemas funcionales incluyen a todas las personas en la medida en que cualquier persona puede llegar a ser partícipe de ellos, pero les excluye en la medida que sus comunicaciones no son posibles en los sistemas o no son relevantes para ellos. Una forma más apropiada podría ser decir que incluye/excluye *comunicaciones* de las *personas*, de acuerdo a si esas comunicaciones son o no relevantes para el sistema, y que al incluir/excluir éstas, indirectamente incluye/excluye a las personas, puesto que la relación posible entre los sistemas y las personas sólo es como comunicación, donde la noción *persona* sólo sirve como indicador de un individuo, un ser humano<sup>4</sup> (una situación diferente ocurre con las *personas* en los sistemas denominados organizaciones, donde tienen una posibilidad distinta de ser incluidas/excluidas, mediante membresía y *carreras*).

5.1. El sistema jurídico realiza la autorreferencia y la heterorreferencia del sistema, entre otras formas, realizando la *clausura normativa* (autorreferencia), la cual es una operación vinculada a la *función* del derecho; y la *apertura cognitiva* (heterorreferencia), la cual es una operación vinculada al *código*. Ambos procesos funcionan de manera conjunta, no sólo porque toda operación lo es de una distinción como la autorreferencia/heterorreferencia, sino porque gracias a ellas se generan expectativas normativas y expectativas cognitivas.

6. Cada sistema social se orienta por una *función* que, a su vez, tiene como referencia la resolución de un problema, que en el caso del derecho es la fijación de expectativas, particularmente para que éstas persistan a pesar de ser defraudadas. Esta fijación de expectativas da un papel integrador al derecho, ya que permite abordar el aspecto temporal del sentido en las comunicaciones. Es decir, se trata de una fijación del tiempo que permite anticipaciones.

7. De igual forma, cada sistema social, para poder llevar a término su función, requiere de un *código*, el cual es un esquematismo binario con el cual lleva a cabo su operación. En el caso del derecho el código es conforme-a-derecho/no-conforme-a-derecho.

7.1. El código no es una norma sino una estructura de reconocimiento y atribución que se encuentra inmanente a cualquier operación que realice el sistema jurídico, puesto que una

---

<sup>4</sup> Así, la propia idea de *persona* (como *autor*, *destinatario* y *tema*) es distinta de los *individuos* concretos, de los seres humanos. Quizá sea conveniente desde ahora subrayar que la distinción individuo/persona, en tanto unidad, y como “ficción operativa”, resulta una *tautología* (Luhmann, OD, 2010b, pp. 116-117).

comunicación sólo será comunicación jurídica si puede ser asignada conforme a ese código. El código sólo puede observarse en una observación de segundo orden.

7.2. De ahí que el propio código es el que realiza la clausura operativa del sistema, y el que sirve de base para su autopoiesis (autorreproducción): cada comunicación jurídica se apoya en comunicaciones jurídicas, produce comunicaciones jurídicas, y las comunicaciones jurídicas que produce sirven de base para posteriores comunicaciones jurídicas. El código garantiza la capacidad de enlace entre las comunicaciones jurídicas pasadas, presentes y posteriores. El código, sin embargo, en su abstracción, no indica criterios específicos.

8. La forma como ingresan criterios específicos al sistema es mediante los *programas*, los cuales son *reglas formales o informales que permiten decidir sobre de la adjudicación de los valores*, los cuales, en general, son condicionales (esto es, responden a una forma “si x, entonces y”), pero también puede haber ciertos programas finalísticos que buscan la consecución de fines por parte del derecho. En todo caso, los programas finalísticos, para poder funcionar, requerirán usar de los programas condicionales.

8.1. Las normas jurídicas son una forma de sostener expectativas para soportar su decepción en el mundo fáctico. Es decir, a pesar de que esas expectativas sean decepcionadas serán sostenidas por el derecho como expectativas válidas. De esa forma, las normas sirven para proteger expectativas. En su conjunto, constituyen expectativas simbólicamente generalizadas.

9. El derecho usa el símbolo de la validez jurídica con el cual es posible dar cuenta de lo que se considera derecho; mediante este símbolo representa la unidad del sistema en el sistema, y por esa vía se hace referencia a la participación de la comunicación en el sistema jurídico. De esta forma, con la validez, se logra la aceptación de la comunicación y, en ese sentido, la autopoiesis del sistema.

9.1. La validez jurídica se anexa a las expectativas normativas del sistema, y permite la calificación de si son válidas o no. La validez es un símbolo que se transfiere entre las operaciones y que se diferencia del código porque el que algo sea conforme o no conforme a derecho puede ser considerado válido (o inválido) jurídicamente.



10. La justicia es una *fórmula de contingencia* del sistema jurídico, su base operativa es la forma igual/desigual, conforme a la cual asigna que un caso es igual o desigual en aspectos específicos, de manera que se hace posible determinar los enlaces operativos correspondientes. En último término, el sistema usará esta forma para *decidir*, particularmente porque está constreñido a decidir por la prohibición interna de *no decidir*, reconocida como *denegación de justicia*.

10.1. El sistema jurídico tiene una gran diversidad interna, de manera que no es posible que siga un solo criterio normativo como forma de garantizar su congruencia. La forma igual/desigual, no obstante, favorece la consistencia del sistema. La argumentación jurídica sirve a estos fines. La forma igual/desigual es una *forma*, no un criterio normativo, aunque puede llegar a comportarse como norma cuando además integra la distinción regla/excepción.

11. El sistema jurídico distingue entre *legislación* y *jurisdicción*, y, a su vez, la jurisdicción se entiende en el marco de una diferenciación centro/periferia. La jurisdicción se encuentra en el centro del sistema jurídico y su función es *decidir*.

11.1. Para lograr la toma de decisiones se usa el *proceso* o *procedimiento*, el cual sirve para separar el momento en que se genera el hecho a considerar y el momento de la decisión sobre ese hecho.

11.2. Los procedimientos ocultan la *arbitrariedad* de las decisiones y denotan así a las decisiones como relevantes *en sí mismas*. La “verdad” en las decisiones es una cuestión que tiene una relevancia menor respecto del hecho de que éstas sean tomadas *mediante procedimientos*. Sin embargo, para observar el aspecto que se busca denotar con la idea de “verdad”, debe considerarse que el *conocimiento* es la forma como cada sistema social puede observar y operar frente a la realidad (aunque esta al final permanezca incomprendida), y lo realizan mediante su apertura cognitiva.

12. Los sistemas sociales pueden autoobservarse y autodescribirse. Las autodescripciones del derecho constituyen semánticas que pueden ser usadas para su operación jurídica; estas generan

formas de identificar sus problemas y de resolverlos, así como de generar la representación de su unidad o de temas específicos.

13. El sistema jurídico evoluciona mediante la variabilidad de elementos semánticos que serán seleccionados mediante las estructuras del sistema jurídico, y que en la operación continuada serán estabilizados. Es posible que el sistema jurídico use semánticas *anteriores* o que realice *adelantos* semánticos (*preadaptative advances*) que posteriormente pasen a ser parte de las estructuras. Las estructuras jurídicas, sin embargo, son las que rigen las operaciones, de acuerdo a su nivel de relevancia en el derecho. Identificar su relevancia es posible observando qué *distinciones* son las que están operando de manera primigenia, y cuáles de manera secundaria o terciaria (etcétera) en situaciones específicas.

14. El sistema jurídico, al ser un sistema funcional de la sociedad, también es parte de la *sociedad mundial*, las articulaciones del sistema jurídico en este nivel están en una evolución relevante, entre otros temas, en relación a los derechos humanos.

#### B. BREVE CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

15. El derecho, al clausurarse o cerrarse operativamente, excluye toda posibilidad de que existan elementos externos que lo fundamenten. El derecho sólo puede tenerse a sí mismo como fundamento.

16. Por el hecho de que el fundamento del derecho sólo puede estar en sí mismo, no es posible que existan normas que se fundamenten desde el exterior del derecho y que se impongan al derecho (como el derecho natural o los derechos naturales). Los derechos humanos, para poder ser parte del derecho, deberán pasar por un proceso que hace que sólo puedan fundamentarse internamente.

16.1. En el derecho es posible que existan normas que se consideren irrenunciables, pero sólo si el propio derecho así las admite en su contingencia. En último término, estas normas irrenunciables podrían cambiar. Esto deriva de que para el derecho no hay normas que provengan de fuera del derecho, y cuya irrenunciabilidad se imponga al derecho. En todo caso, es posible

identificar que la distinción norma/hechos es irrenunciable para el derecho, y sólo en ese sentido la idea de *norma* es irrenunciable, pero así no *normas específicas*.

17. El derecho, al ser parte de una sociedad diferenciada funcionalmente, ha establecido *correspondencias* entre *aspectos* de los diferentes sistemas sociales que son esenciales para su operación y lo que solía reconocerse como *derechos fundamentales*.

17.1. En este sentido, los derechos fundamentales (al proteger esos aspectos) funcionan como mecanismos que evitan (y protegen respecto de) la desdiferenciación funcional de la sociedad. Es decir, los derechos fundamentales sirven para preservar la diferenciación funcional de la sociedad.

17.2. Los derechos fundamentales se corresponden con la estructura heterárquica (y no jerárquica) de la sociedad, pues cada sistema social es independiente o autónomo respecto de los demás, y de esa forma cada derecho fundamental se asocia de maneras específicas a cada sistema. Los derechos políticos, por ejemplo, al sistema político; el derecho a la propiedad a la economía.

18. Anteriormente, los derechos fundamentales se diferenciaban de los derechos humanos en que los primeros se reputaban como derechos reconocidos constitucionalmente, en tanto los segundos hacían alusión al ámbito internacional y, en algunos sentidos, a los derechos naturales. En esta última forma (como naturales) se les podía considerar derechos absolutos (sin restricciones) y eternos. Sin embargo, al momento actual, lo que se considera como derechos humanos se ha ido fusionando con lo que se considera derechos fundamentales, de manera que en algunas partes pueden referirse a dos tipos de derechos y en otras como el mismo tipo (en México, por ejemplo).

19. Por otro lado, los derechos humanos tienen la función que anteriormente se entendía respecto de los derechos subjetivos: estos permiten, a partir de su establecimiento sin un condicionamiento local o concreto en términos de derechos y obligaciones, generar una particular capacidad de reconocimiento (sensibilidad) respecto del entorno por parte del sistema jurídico.

20. Sobre las bases anteriores, los derechos humanos son parte del despliegue de una paradoja: la paradoja individuo/sociedad o individuo/derecho.

20.1. En tanto individuo/derecho es posible que los derechos humanos no requirieran una mayor apertura cognitiva del derecho, pero requirieran de la consistencia en la clausura normativa.

20.2. En tanto individuo/sociedad es posible que los derechos humanos sean el medio por el cual el derecho percibe o responde al requerimiento de la sociedad diferenciada funcionalmente de un incremento en la apertura cognitiva del propio derecho.

21. Los derechos humanos parecen ser un esfuerzo de respuesta del derecho, como parte de la sociedad, a los efectos de la exclusión agregada (societal) de los sistemas funcionales: las exigencias de *inclusión social* (que no es lo mismo que la inclusión/exclusión de los sistemas funcionales), que derivan de los reforzamientos recíprocos de las exclusiones (legítimas) realizadas por los diferentes sistemas sociales, en ciertos aspectos pueden ser procesadas mediante los derechos humanos. En este nivel parece realizarse un esfuerzo a partir de las capacidades heterorreferenciales del derecho en un despliegue de la paradoja individuo/sociedad, que es posible tematizar a partir de la distinción inclusión/exclusión.

22. Por otro lado, los derechos humanos están siendo el resultado, en el derecho, de la adquisición de una mayor consistencia jurídica (autorreferencialmente), donde posiblemente esta consistencia sea consecuencia de las operaciones heterorreferenciales del derecho frente a la sociedad, considerando que Luhmann ya señalaba los grandes efectos en la sociedad (en la sociedad mundial) de la exclusión agregada.

22.1. La consistencia se logra mediante la operación de la forma igual/desigual en el derecho. Los derechos humanos son, de manera nuclear, el resultado de la operación de esta forma.

22.2. Otras dos distinciones fundamentales en la operación de los derechos humanos son la distinción libertad/restricciones e identidad(mismidad)/diferencia. Estas parecen ser formas complementarias para la generación de consistencia jurídica.

22.3. Las formas igual/desigual, libertad/restricciones e identidad(mismidad)/diferencia, se encontrarían asociadas a los valores de *igualdad*, *libertad* y *diferencia*. Sin embargo, al operar en el derecho como distinciones, siempre presuponen su otro lado y, por lo tanto, que no pueden

considerarse como valores absolutos. En todo caso, esos tres valores y sus tres distinciones correlativas, son configurantes de los derechos humanos en los términos operativos actuales y en evolución; y no pueden considerarse en los mismos términos que cuando a los derechos humanos se les identificaba solamente en relación a los dos primeros, esto es, a los valores de libertad e igualdad.

22.4. El derecho, en general, tiene aspectos heterogéneos, no consistentes, sin embargo, estos se están articulando bajo un esquema operativo que asimetriza las normas a favor de las de derechos humanos, con lo cual se produce un efecto de jerarquía normativa que sitúa a los derechos humanos como normas preponderantes, si entran en conflicto con otro tipo de normas.

22.5. El valor *diferencia* y la distinción operativa identidad(mismidad)/diferencia, se asocian a problemas socialmente identificados como irreductibles en la sociedad mundial. Algunos de estos han podido ser operativizados internamente en el derecho mediante el reconocimiento de esa irreductibilidad, a través del denominado derecho a la no discriminación.

23. La semántica de los derechos humanos ha implicado que estos se vean como dos tipos de derechos (por un lado, los civiles y políticos, y, por otro, económicos, sociales y culturales), sin embargo, la evolución de los derechos humanos ha permitido la semántica de la indivisibilidad de estos, así como los cambios necesarios que permite observarles bajo una concepción y operación unificada. Esto se ha logrado mediante la *condicionalización* de los programas finalísticos del derecho, en particular, a partir de la evolución en curso del marco obligacional de los Estados. Este cambio en la clausura normativa, sin embargo, está asociado a una apertura cognitiva del derecho.

23.1. La apertura cognitiva está siendo en diversas vías.

- (a) En general, en el derecho se están modificando los términos en que deben valorarse las pruebas.
- (b) Sin embargo, un aspecto particular es que en el derecho, en general, también se están estableciendo criterios específicos cuando se tratan de violaciones de derechos humanos.
- (c) Una forma más refinada es que, de manera diferenciada, se ha generado un subsistema jurídico: el subsistema de los derechos humanos. La apertura cognitiva se realiza mediante una nueva codificación específica que justamente da lugar al subsistema.

23.2. La generación de este subsistema jurídico ha implicado que la apertura cognitiva solicitada se diferencie respecto de la forma como, en general, actúa el derecho, ya que si, de manera genérica opera de manera *no atractiva*, haciendo que se le requiera su operación, ahora el derecho en el ámbito de los derechos humanos puede actuar *oficiosamente* (anteriormente, esto sólo era posible punitivamente, en materia penal). Ahora, el subsistema jurídico requiere no sólo organizaciones propias de su materia, sino que algunas de estas sean *autoridades investigadoras*, (no sólo *jurisdiccionales*). Esto progresivamente, también implica que instituciones previamente existentes tengan que irse rearticulando conforme a los nuevos parámetros en evolución.

24. A partir de lo anterior, es posible identificar que en el derecho se están desarrollando evoluciones, tanto en relación a la posibilidad de representar su unidad (consistencia), como de su clausura normativa y de su apertura cognitiva, y, en particular, generando un nuevo subsistema.

24.1. Esto, a su vez, produce cambios semánticos del propio sistema jurídico que eventualmente podrían ser evaluados; y, también, puede ofrecer semánticas sobre los derechos humanos, como prestaciones, para los demás sistemas sociales o para la sociedad. Los avances del proceso en evolución, y sus dificultades, así como los enlaces operativos que se han ido conformando, permiten dar cuenta de la situación en que se encuentran los derechos humanos, y de la función que están teniendo.

25. La observación de estas caracterizaciones debe realizarse en el marco de la sociedad como sociedad mundial, dado que es en este nivel en que se está motivando la evolución, tanto por los efectos de la exclusión agregada como por las reacciones a ella del sistema jurídico.

26. Se espera que la observación realizada, al ser del derecho conforme a una teorización basada en la teoría de sistemas sociales, ayude a observar al derecho desde fuera del sistema, al tiempo que ayude a observar a la sociedad desde dentro del sistema jurídico.

27. Lo indicado busca ser un *mapa* general del planteamiento de la tesis en el marco de la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann, de forma que se facilite el *juego de categorías* usado para realizar las observaciones y los planteamientos, así como el sentido de los análisis subsiguientes.

## CAPÍTULO 1. LA PARADOJA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El lugar al que se llegará en este trabajo es a plantear que los derechos humanos son estructuralmente el resultado operativo de tres distinciones o formas que funcionan en la sociedad a partir de su subsistema derecho. Estas tres distinciones son: individuo/sociedad o individuo/derecho, inclusión/exclusión e igual/desigual.

1.1. La primera distinción se podría entender como un problema relacionado con el sistema sociedad; la segunda, de la relación entre el sistema sociedad y el sistema derecho; y, la tercera, con la operación interna del derecho.

1.2. Estas distinciones, se buscará mostrar, se pueden considerar de un nivel formal que, no obstante, en el sistema derecho, está teniendo como consecuencia su evolución en una serie de categorías y formas de operación. Por ello, se partirá de dar cuenta de la paradoja última de los derechos humanos (formada por la distinción individuo/sociedad o individuo/derecho), así como su desarrollo en relación a la distinción inclusión/exclusión (sociedad/derecho) e igual/desigual (al interior del sistema derecho).

1.3. Dicho de otra forma, los problemas principales a los que el derecho responde con los derechos humanos son: el de la unidad paradójica de la sociedad, mediante la distinción individuo/sociedad;<sup>5</sup> la posibilidad de reconocer esa paradoja en el marco de la inclusión/exclusión del sistema derecho (y, por equivalencia funcional, de los sistemas parciales) y de la sociedad (cada sistema parcial de la sociedad y la sociedad producen inclusión/exclusión); y a la consistencia del sistema del derecho mediante la forma igual/desigual. Pareciera que los derechos humanos sirven para generar, como prestación, inclusión en la sociedad mediante la evolución de las posibilidades de incrementar su propia consistencia.

2. El estudio del derecho desde esta perspectiva parte del supuesto de que la observación sociológica del derecho es diferente a las que se desarrollan internamente en el derecho y puede dar lugar a aprendizajes tras ver sus propios conceptos analizados desde una perspectiva distinta,

---

<sup>5</sup> Como precaución inicial, debe indicarse desde ahora que la *unidad paradójica de la sociedad* (entendida esta como comunicación) no puede ser representada por la distinción individuo/sociedad, sin embargo, esta distinción termina siendo fundamental para problematizar en la sociedad el lugar de los individuos.

si se logra generar una especificación suficiente de los temas que pueda favorecer “una contraposición inequívoca y el reconocimiento de lo idéntico en la diferencia”:

apoyarnos en la diferencia indisoluble entre autoobservación y observación ajena y preguntar qué podrían obtener el sistema jurídico y, en especial, los esfuerzos teóricos de éste, si aprenden a observar la observación ajena y a reconocer que la sociología presenta los hechos que le son familiares de manera totalmente distinta a la que éste adopta en su interior. [...] Sólo se requiere especificar suficientemente los temas para que sea posible una contraposición inequívoca y el reconocimiento de lo idéntico en la diferencia. [...] Esta diferencia, por su parte, debería poder observarse y entonces la reflexión doméstica del sistema jurídico podría reflexionar qué puede aprender para sí misma del hecho de que la sociología conceptualice de otro modo las instituciones y los conceptos internos del derecho.” (Luhmann, OSD, 1993b, pp. 106-107)

2.1. La pertinencia de la aproximación sociológica debe permitir dar cuenta de la autoobservación y la autodescripción del propio sistema observado, pues (además de que esto pueda también dotar de legibilidad a las observaciones internas del sistema) reconoce al objeto (el sistema jurídico) como un objeto que se autodescribe, y, con ello, se busca situarse en la “condición de posibilidad” de una “razonable descripción científica, realista” y “empíricamente adecuada”:

“una adecuada teoría sociológica del derecho puede utilizar las ventajas de la observación externa [...] puede trabajar con perspectivas incongruentes. Con todo, no debe equivocarse con respecto al objeto. Es decir: debe describirlo tal y como lo entienden los juristas. Su objeto es un objeto que observa y se describe a sí mismo. El compromiso con la autoobservación y la autodescripción del objeto es condición de posibilidad de una razonable descripción científica, realista e incluso, me atrevería a decir, empíricamente adecuada. De otro modo habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y autodescripciones.” (Luhmann, DS, 2005, p. 70)

2.2. Sin embargo, no debe olvidarse que “el destinatario de la sociología del derecho no es el sistema jurídico, sino el sistema de la ciencia”, y que, conforme a ello, las afirmaciones deben “permanecer en el nivel de aquello que la sociología puede determinar como hechos” (Luhmann, DS, 2005, pp. 85-86), ya que las propias normas son hechos (expectativas), y sólo se reconocen como “normas” en el sistema jurídico.



2.3. Atendiendo a estos criterios, este trabajo busca ser un esfuerzo de observación sociológica de los derechos humanos (a partir de perspectiva basada en la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann), con la cual sea posible también permitir una descripción del derecho de los derechos humanos que, con un poco de suerte, podría ser de utilidad para observaciones realizadas desde el derecho.

3. La comprensión de cómo es posible que los derechos humanos sean (cada vez más) el resultado de tres formas o distinciones que operan en la sociedad mundial, es una forma de comprensión operativa y no normativa, que puede permitir dar cuenta de por qué se desarrollan sus normas y principios en el sentido que se han desarrollado. Quizá esta observación no jurídica del derecho logre tener, sin embargo, un *efecto útil* para el derecho.

#### **A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PARADOJA COMO FORMA DE LA SOCIEDAD**

4. La comprensión del lugar de las paradojas en Luhmann resulta fundamental para comprender su propuesta teórica y la forma de aproximación a un objeto de estudio (como es el derecho o los derechos humanos). Las paradojas vienen a constituir la *forma* como opera la sociedad, como da cuenta de su unidad (se autoobserva), y como puede ser observada. El *sentido*, por ello, no puede sino desplegarse paradójicamente.

4.1. Por ello, tras una primera aproximación a las paradojas, se desarrollará la paradoja de los derechos humanos, lo cual permitirá una base para la observación de la operación de los derechos humanos en el derecho (y en la sociedad) y, finalmente, de las evoluciones que se han dado en el derecho a partir de ello.

5. En estos términos, lo primero que debe indicarse es que la paradoja es una forma de dos lados que se genera al momento en que hay una distinción. La paradoja se genera por el hecho de que la diferencia generada por la distinción implica que ambos lados de la distinción se excluyen mutuamente y, sin embargo, son parte de la unidad que era antes de llevarse a cabo la distinción. De esta forma, son, al mismo tiempo, dos entidades distintas, y también la misma entidad; son diferencia y unidad. Así, si operativamente se despliega la diferencia, se pierde la observación de

la unidad, pero cuando se busca dar cuenta de la unidad salta a la vista la paradoja de *ser y no ser* esa unidad, simultáneamente. (Luhmann, PxF, 1993a)

6. Al preguntarse por la unidad de la distinción habría dos posibles respuestas. Luhmann recuerda que las paradojas (en un sentido *general*) pueden ser de dos tipos: (a) paradojas, en un sentido *estricto*, cuya expresión podría decirse que es “algo es lo que no es”; o (b) tautologías, cuya expresión sería “algo es lo que es” (Luhmann, TP, 1988a). Sistémicamente, las paradojas y las tautologías mantienen formas de aparición distintas, pues mientras la tautología surge cuando la operación autorreferencial del sistema implica una confirmación de sí misma, la paradoja surge cuando esa autoconfirmación implica al lado contrario de la distinción, de manera que, con ello, se termina por incluir a la propia codificación:

Las paradojas son exactamente lo contrario de las tautologías. Surgen cuando una operación autorreferencial no se limita a confirmarse a sí misma [*tautología*], sino que pone en marcha la autoconfirmación implicando al contrario [*paradoja, en sentido estricto*]. Las paradojas aparecerán siempre que se diferencie un código positivo/negativo (*Positiv/Negativ-Code*) y se pretendan ordenar todas las operaciones de un ámbito determinado, incluida la codificación misma. (Luhmann, DD, 2016b, p. 36)

6.1. Esto es, si se pregunta a una distinción sobre la unidad, puede haber dos tipos de respuestas: tautológicas o paradójicas, sin embargo, esta observación inicial no puede ser satisfecha sólo dando cuenta de esta situación.

7. El problema de las paradojas, en general, es su necesidad de ser observadas de manera indirecta, pues, de otra forma, ellas mismas impiden su observación frontal, paralizan (Luhmann, Esteno, 2015a, p. 17-19); la unidad de las paradojas se invisibiliza, no puede ser observada sin paralizarse.<sup>6</sup> Por ello, inversamente, las paradojas dan cuenta, en último lugar, de la *unidad de la diferencia*, pues sólo hasta que se le pregunta a *una distinción* por *su unidad*, es que ésta se

---

<sup>6</sup> Luhmann nos propone que, frente a una *estenografía*, que usa las paradojas sólo para asustar a otros, puede postularse una *euriológica*, según la cual se puede reconocer una *desparadojización creativa* (Luhmann, Esteno, 2015a, p. 18-24) y “podría ocuparse de identificar qué distinciones son generadas por cuáles paradojas, y con cuáles prestaciones teóricas el problema puede ser atendido en las distinciones mismas” (p. 31), es “el espacio en el cual la respuesta se debería mostrar” (p. 37). De esta forma se podría ver “el vacío, el silencio, el blanco del papel como condición irrenunciable para la diferencia, para pasar de un lado a otro, para la posibilidad de proseguir las posibilidades autopoieticas, para la constitución de formas, para la constitución de sistemas” (Cfr. Luhmann, Esteno, 2015a, p. 18).

muestra como paradoja. (Luhmann, PDHa, 1998d, p. 62). La aplicación de una distinción a sí misma conlleva la paradoja y paraliza, por lo que es necesario desparadojizar.<sup>7</sup> Por ello, aquello de lo que un observador puede dar cuenta es del despliegue de la paradoja o desparadojizaciones, esto es, de las “soluciones sustitutivas creativas” que para el propio sistema parecen “naturales y necesarias”, pero “artificiales al observador del observador”, y con ello de la “recursividad” de esas soluciones sustitutivas. (Cfr. Luhmann, Esteno, 2015a, p. 21-22).

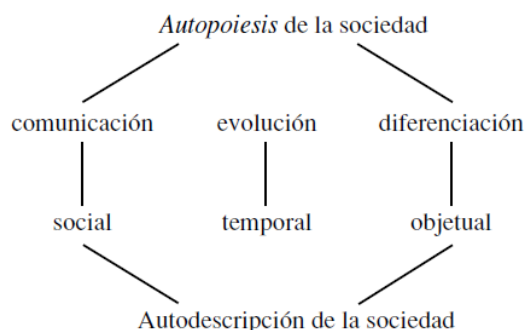
8. La paradoja es la respuesta al problema de la observación, ya que es la forma en que es posible la observación misma, no sólo en cuanto a lo que ella “es” sino en cuanto a lo que con ella se produce. La observación no puede sino desplegarse paradójicamente. Y, de acuerdo con Luhmann, la manera mediante la cual ha sido posible la observación, desparadojizándose, es en tres vías: objetualmente (desplegando distinciones), temporalmente (seleccionando operaciones de distinciones ya hechas) y socialmente (mediante la coexistencia de diferentes observaciones-observadores). Siendo posible observar a través del cambio de las distinciones en la historia cómo han evolucionado éstas, siempre que al mismo tiempo se conciba la paradoja, en su unidad, como algo constitutivo de las distinciones, y no como un problema del que hay que huir (Luhmann, PxF, 1993a). Por ello, la observación y operación social, en último término, depende de una cuestión *formal*, las condiciones de posibilidad mismas de la observación y operación social (de la comunicación), que, indica Luhmann, se realizan en el medio del sentido.

9. Al haber tres diferentes dimensiones de operación y observación en el medio del sentido —temporal, objetual y social—, y aunque estas se presuponen, la determinación de cuál servirá como punto de partida obedece a las decisiones del observador, dado que no hay preeminencia de una dimensión o de las teorías —teoría de la evolución, teoría de la diferenciación y teoría de la comunicación, respectivamente— que las analizan (Cfr. Luhmann, SS, 2006, p. 901). En todo caso, la pertinencia de una aproximación respecto de otra, podría depender del objeto de estudio. Así, por ejemplo, podría afirmarse que, si lo que se busca es observar la forma de operación de las distinciones en un momento específico, se trataría de una aproximación cuya base sería la dimensión objetual, en cambio, si se buscara explicar el cambio de las distinciones a lo largo del

---

<sup>7</sup> Esto aplica propiamente a lo que Luhmann identifica como *códigos*, señalando que: “Si el valor positivo y el valor negativo se referencian recíprocamente, es decir, remiten el uno al otro en su propio sentido, autorreferencialmente, se producirán paradojas que pueden paralizar las operaciones codificadas. De ahí que todos los sistemas codificados desarrollen desparadojizaciones (*Entparadoxienmgen*) que impidan al sistema bloquearse por la aplicación del código al propio código.” (Luhmann, DD, 2016b, p. 29)

tiempo, requeriría una aproximación con mayor relevancia a la dimensión temporal. No obstante, siempre están presupuestos los diferentes tipos de aproximación ya que sólo se observan distinciones que operativamente funcionan. En cualquier caso, las tres aproximaciones (objetual, temporal y social), en conjunto, dan cuenta de la autopoiesis y de la autodescripción de la sociedad:



Luhmann, SS, 2006, p. 901.

9.1. En este trabajo, como podrá observarse, se adopta un punto de partida que cuestiona desde la dimensión *objetual* y *evolutiva* (aunque obviamente se presupone la social), por lo que, en principio, se busca dar cuenta de las distinciones que operan (y que en otras aproximaciones podrían verse como categorías) y de su evolución en el derecho:

En la 'dimensión objetual' (*Sachdimension*) —tradicionalmente representada por la doctrina de las categorías— se origina lo "interior" de la forma a diferencia de lo "exterior". La versión de la teoría de sistemas habla de sistema y entorno. [...] (Luhmann, SS, 2006, p. 900)

"en la dimensión objetual, en la teoría de la diferenciación, descubre el problema de la selección de las referencias sistémicas. No solo acepta que existen al mismo tiempo muchos sistemas distintos, sino que, como observador de segundo orden, se ve ella misma obligada a decidir desde cual sistema ella ve a lo demás como entorno." (Luhmann, SS, 2006, p. 902)

9.2. Esto es, se busca situar las *distinciones directrices* —en lugar de las *ideas directrices* (Luhmann, DD, 2016b, pp. 31-34)— que operan y conducen otras operaciones (distinciones) del sistema, mediante una asimetrización.<sup>8</sup> Estas distinciones pueden buscarse al nivel de la autodescripción o de la autopoiesis del sistema: podría considerarse que cuando se observan al

<sup>8</sup> Como podrá constatar, las distinciones directrices que al parecer estarían operando serían: individuo/derecho (o individuo/sociedad), inclusión/exclusión, e igual/desigual, en el contexto de la sociedad diferenciada funcionalmente y del subsistema social derecho.

nivel de la autodescripción, las propias categorías que usa el sistema se usarán en la identificación de su propia operación; pero, cuando se observan al nivel de la autopoiesis, podría darse cuenta de distinciones que operan sin que necesariamente correspondan con la semántica que las opera.

9.2.1. Así, por ejemplo, se referirá que la distinción individuo/sociedad o individuo/derecho, como paradoja (que resulta al preguntarle a esa distinción por la *unidad de su diferencia*) es *invisibilizada por semánticas jurídicas* que, no obstante, en todo momento categorialmente la presuponen al hablar de derechos humanos. Esto es: las categorías que se desarrollan en lo que conocemos como derechos humanos remitirían, en último término, a la paradoja individuo/derecho (y, por esa vía, a la paradoja individuo/sociedad), según se mostrará. Sintéticamente, la distinción individuo/sociedad (individuo/derecho) es una distinción directriz que permite el despliegue de semánticas, y que mediante ese despliegue la invisibilizan u ocultan.

9.3. Se da, entonces, una operación que busca mostrar cómo algunas distinciones se pueden ordenar dentro de, o en relación con, la operación de otras distinciones (Luhmann, DD, 2016b). Así, en el caso del derecho, se puede plantear que en último término la distinción directriz es su código conforme a derecho/no conforme a derecho (Luhmann, DD, 2016b, p. 34), y que otras distinciones operarán en el marco operativo posibilitado por ésta, pudiendo funcionar otras distinciones de forma directriz respecto de otras distinciones. Por ello, Luhmann señala que la distinción directriz es básicamente un *marco* de operación (Luhmann, POS, 1995a, pp. 39 y ss).

10. La observación indirecta de la paradoja requiere tomar como objeto las distinciones que han sido puestas en operación, dado que no puede verse las propias distinciones invisibilizadas paradójicamente. Y, dado que, en último término, toda observación implica una distinción, no hay forma de ser (ontológicamente) el último observador. En estos términos, sólo es posible estudiar el despliegue de las paradojas.

11. La *observación paradójica* de la sociedad oscila en el despliegue de dos tipos de paradojas (la *paradoja*, propiamente, y la *tautología*) en el marco de las condiciones posibilitadas por las dimensiones objetual, temporal y social del sentido en los diferentes sistemas sociales (la sociedad, los sistemas funcionales, las organizaciones y las interacciones).

12. En una primera aproximación cabría recordar que las paradojas nos llevan a problemas irresolubles. Si se recuerda que incluso la distinción entre operación y observación finalmente es una distinción paradójica (Luhmann, PxF, 1993a), con lo cual conllevan ambas el ser paradójicas, y que respecto de ambas se puede postular su posibilidad de operar como tautología o como paradoja, podemos dar cuenta de la parálisis a la que se sujeta uno si se le considera de manera abstracta, sin procesos de despadojización temporales, objetuales o sociales.

12.1. En condiciones de una reducción total de los condicionamientos espaciales y de una absoluta simultaneidad del tiempo (en cuya cierta tendencia encontraríamos al poder hablar de la distinción sociedad/sociedad mundial)<sup>9</sup> sería posible concebir su unificación en la comunicación,<sup>10</sup> resolviéndose las paradojas tautológicas y paradójicas, en una relación última, como *unidad*. Sin embargo, dadas nuestras condiciones, esto no puede suceder (siendo esta la razón por la que la distinción sociedad/sociedad mundial requiere permanecer). Incluso, los sistemas suponen formas temporales distintas, pues cada uno debe funcionar conforme a sus propias dinámicas, y llegan a ser intransparentes entre sí. Así, la intransparencia entre los sistemas, que suponen los acomplamientos estructurales y que posibilita la autopoiesis, debe lograr simultaneidad para que

---

<sup>9</sup> En este sentido podemos entender que Luhmann señale: “Suponemos que el descubrimiento total del globo terráqueo como esfera cerrada de comunicación con sentido puso la pauta. Las sociedades antiguas cuentan con límites dados por las cosas mismas [...] Estas condiciones fueron cambiando gradualmente desde el siglo XVI hasta llegar a convertirse en irreversibles. Todo el globo terrestre fue ‘descubierto’ y poco a poco colonizado a partir de Europa, o bien subsumido en las relaciones regulares de la comunicación. Desde la mitad del siglo XIX existe también un tiempo único del mundo. Y esto significa: en cualquier lugar del globo terráqueo –independientemente de la hora local del lugar– puede establecerse simultaneidad con todos los otros lugares y comunicarse en todo el mundo sin pérdida del tiempo. Como en la física la constante de la velocidad de la luz, así el tiempo del mundo garantiza en la sociedad la convertibilidad de todas las perspectivas temporales: lo que en un lugar es temprano o tarde, en otro es también temprano o tarde. [...] Con esto se desvanece la posibilidad de definir la unidad del sistema sociedad a partir de límites territoriales o a partir de sus habitantes separándolos de quienes no son sus miembros –por ejemplo, cristianos a diferencia de paganos. Los sistemas funcionales [...] proponen cada uno exigencias de acuerdo a sus propios límites, límites que ya no pueden quedar concretamente integrados a un espacio o con relación a un grupo de seres humanos.” (cfr. Luhmann, SS, 2006, pp. 111-112). Este tema se desarrollará más ampliamente posteriormente.

<sup>10</sup> Como se verá más adelante, la sociedad concebida como el triunfo de la comunicación.

estos puedan operar.<sup>11</sup> Y esto considerando que *sincronización*, en último término, no puede entenderse sino como *una proyección* de los propios sistemas.<sup>12</sup>

13. Consecuentemente, en nuestras condiciones *espacio temporales*, lo usual sería la constante oscilación entre las posibilidades operativas representadas por las paradojas (distinciones) tautológicas y paradójicas, así como por el cruce de las distinciones de esas paradojas, o el cambio por otras distinciones (paradojas) operativas.

13.1. De este modo, al observar los sistemas sociales, podemos considerar que estamos diferenciando entre una operación comunicativa que puede señalarse como *tautológica* o *paradójica* de la distinción (unidad de la diferencia) que se esté observando.

13.2. La persistencia de un tipo de paradoja, tautología o paradoja, en la reflexión de la unidad del sistema puede dar lugar a que se consideren autodescripciones de la sociedad de un tipo: conservador o progresista (que así se vuelven ideologías), sin embargo, debería considerarse que, en último término, la sociedad oscila tanto operativamente como en sus autoobservaciones.

Por tanto, la sociedad moderna no admite que su autodescripción se enfrente a un problema de tautología o paradoja. Sólo mediante la codificación de su identidad la sociedad puede construir teorías sociales. Pero dependiendo de si se eligen enfoques tautológicos o paradójicos para las autodescripciones, surgen sistemas semánticos muy diferentes. Los enfoques tautológicos conducen a autodescripciones más bien conservadoras; los enfoques basados en la paradoja conducen a autodescripciones más bien progresistas -si no revolucionarias-. El problema básico de la autorreferencia genera el antagonismo entre ambos enfoques. Si se supone que la sociedad es lo que es, entonces el problema sólo puede ser conservar la sociedad, seguir resolviendo sus problemas, y posiblemente mejorar la resolución de problemas y superar las dificultades inesperadas. Si, por el contrario, se supone que la sociedad es lo que no es, entonces teorías de otro tipo deben ser propuestas.<sup>13, 14</sup>

---

<sup>11</sup> Luhmann refiere así que “la realidad” de los sistemas es una conmutación de “relaciones de tiempo” entre sistemas: “La necesidad de sincronizar el tiempo según las exigencias de las propias autopoiesis respectivas explica, por consiguiente, la emergencia de un mundo que independientemente de las cogniciones es tal como es. Los sistemas conmutan relaciones de tiempo por realidad, sin que con ello anticipen concretamente determinadas formas de sentido.” (Luhmann, SS, p. 85).

<sup>12</sup> “cada sistema proyecta al mundo sincronía con otros sistemas y similitud de hechos indicados heterorreferencialmente *en el mundo*; a pesar de que para ello no hay controles ni metagarantías de correspondencia.” (Luhmann, SS. p.85).

<sup>13</sup> “Therefore, modern society does not admit that its self-description faces a problem of tautology or paradox. Only by coding its identity is society able to construct social theories. But depending on whether tautological or paradoxical approaches to self-descriptions are selected, very different semantic systems

14. Frente a los problemas de dar cuenta de tautologías (y destautologizaciones) o paradojas (y desaparadojizaciones), es necesario dar cuenta de la unidad que se invisibiliza, y cómo las distinciones permiten la operación.<sup>15</sup>Cuál es la unidad de la diferencia invisibilizada y por qué ha

---

emerge. Tautological approaches lead to rather conservative self-descriptions; approaches based on paradox lead to rather progressive —if not revolutionary— self-descriptions. The basic problem of self-reference generates the antagonism between the two approaches. If society is supposed to be what it is, then the problem can only be to conserve society, to continue solving its problems, and possibly to improve problem solving and to overcome unexpected difficulties. If, on the other hand, society is assumed to be what it is not, then theories of a different kind must be suggested.” (Luhmann, TP, 1988a, p. 28)

<sup>14</sup> Se puede ejemplificar lo referido por Luhmann adelantando un tema. La *libertad* como valor, al ser puesta en el sistema jurídico, requiere de la reintroducción (*re-entry*) de la *restricción*; esto, es, la reintroducción (en ella misma cuando se le reconoce jurídicamente) del otro lado de la diferencia libertad/restricción. De esta forma, el lado reflexivo (la restricción) se vuelve posible de ser considerado por el derecho, lo cual no sucedería si se considerara a la libertad como valor absoluto (donde, siendo un valor absoluto, el derecho perdería su contingencia y su forma *positiva*, esto es, su fundamentación en sí y por sí mismo).

Este reingreso de la *forma* libertad/restricción dentro del concepto libertad (de manera que siempre se implicará considerar ambos lados de la forma), es de un modo que puede considerarse *crítico* o *progresista*, pues el reingreso de la forma se realiza como *paradoja* (“es lo que no es”). Si el reingreso fuera como tautología (“es lo que es”), entonces se trataría de una forma *conservadora*. Este ejemplo tautológico lo muestra Luhmann al indicar que la libertad puede *distinguirse* (tautológicamente) de *sí misma*:

El encubrimiento de la paradoja mediante un *re-entry* se hace más claro cuando, en el estilo del derecho racional moralista, se distingue la libertad no sólo de su contrario [CRL: el valor reflexivo paradójico], sino de sí misma [CRL: en la forma tautológica] en la separación de *liberty* y *licentiousness* (libertad y libertinaje). La diferencia entre *libertas/licentia* era un uso común del derecho natural, desarrollado con motivo de la polémica contra Hobbes, y después pudo ser utilizado también para legitimar la insistencia en tales derechos civilizatorios de libertad y, así, diluir las consideraciones políticas. [...] esta paradoja de la *re-entry* (la reentrada de la distinción en la distinción), puede usarse tanto para fines radicales y críticos, como para fines más bien conservadores y analíticos. [...] Entretanto, incluso la teoría crítica se ha vuelto conservadora. Jürgen Habermas [...] en la tradición de Kant (sin referirse al derecho natural) distingue la libertad arbitraria de la autonomía. (Luhmann, DS, 2005, p. 297n).

En otro momento diría: “tendencias conservadoras orientadas hacia las redundancias [...] tendencias más bien progresistas orientadas hacia la variedad” (cfr. Luhmann, DS, 2005, p. 485).

<sup>15</sup> Un ejemplo sobre la forma como funciona la tautología y la paradoja en el medio de sentido (en sus dimensiones temporal, social y objetual) puede observarse en torno al tema de la evolución de la *individualización* (tema relevante en este trabajo), en que Luhmann hace ese ejercicio de forma muy explícita (el cual se subrayará a fin de comentarlo) en torno a dos tipos de individualismo que avanzaron de formas paralelas y con simbiosis (Luhmann, III, 1995b, p. 140): el “individualismo de la reflexión”, que en términos generales genera que los individuos se pregunten quiénes son con base en la distinción identidad/diferencia; y el “orientado a las pretensiones”, que moviliza al individuo a buscar y satisfacer sus pretensiones, sus deseos, conforme a la distinción cumplimiento/frustración. Así, Luhmann indica:

[1] Después de todo esto ya no basta con tener un nombre y ser [tautología en la identidad] lo que uno es (o, dicho según la tradición, con haber nacido). [2] En forma de pretensión se pone de manifiesto más bien que [paradoja en las pretensiones] uno no es lo que es. Le falta a uno cuando menos el reconocimiento de lo que se manifiesta como pretensión de reconocimiento. [1] La ingenuidad [aquí: tautológicamente] incorporada a la autodescripción tiene una dimensión social y una temporal, mientras que [2] el individuo ha de especificar lo que está realmente en juego [mediante la paradoja en la dimensión]



sido necesario usar dicha unidad en el contexto de otras distinciones, posiblemente más abstractas, en que se incluye. En último término, es necesario lograr llegar a dar cuenta sobre cómo se insertan las distinciones sucesivas en otras distinciones con operación más abstracta y formal, que dan cuenta de la sociedad como unidad, considerando que ésta sólo puede entenderse en último término en el ámbito de la unidad sin diferencia, sin exterioridad, del *sentido* (Luhmann, Sen, 1998a, p. 80).

## B. LA PARADOJA DE LOS DERECHOS HUMANOS

15. Los derechos humanos, para el derecho, son la expresión de una paradoja fundamental: la paradoja dada por unidad de la distinción individuo/sociedad; pues en el sistema jurídico se expresa como individuo/derecho, y sus efectos son tanto semánticos como estructurales:

En el dogma de los “derechos humanos” se encuentra una paradoja muy distinta. Aquí de lo que se trata es de la distinción entre individuo y derecho. Esta

---

objetual del sentido]. [2] Sin este déficit [paradójico] no habría ningún motivo para reflexionar sobre [1] la propia identidad [que sin el déficit sería prácticamente tautológica]. Y a la inversa: [i] la [paradoja en la identidad] reflexión produce el déficit [o: la asimetrización] como diferencia entre lo que uno [dimensión objetual] es [tautología] y lo que uno no es [paradoja]. La individualidad es insatisfacción. Finalmente, la lógica de una individualidad tal [paradojizada] incluye [ii] la pretensión que [dimensiones temporal y social] los demás dejen de tener pretensiones y de intentar satisfacerlas [que se comporten tautológicamente, haciendo paradójicas a las pretensiones]. [\*] Este principio redondea la individualidad ya que sólo se puede formular para las pretensiones sobre uno mismo [paradojizando a las propias pretensiones en la forma sistema/entorno]. (Luhmann, III, 1995b, p. 143)

Como puede observarse, esto incluye tres *niveles*:

- (a) El planteamiento de Luhmann es que el *individualismo de la reflexión* (basado en la distinción *identidad/diferencia*) pasó de una posición tautológica (conservadora en la dimensión *social y temporal* del sentido) a una paradójica (apoyada por la asimetrización en la dimensión *objetual* del sentido), mediante el *individualismo de las pretensiones* (basado en la distinción *cumplimiento/frustración*). Así, habría un “primer movimiento” [1] cuando la dimensión social y temporal podían comportarse tautológicamente, y un segundo “movimiento” cuando [2] la dimensión objetual (mediante las pretensiones) paradójiza y moviliza.
- (b) Posteriormente, tras indicar “Y a la inversa”, Luhmann invierte todo y pasa a analizar la *respuesta* a ambos movimientos: ahora la respuesta será del [i] el individualismo de la reflexión (ahora, *inversamente*, como *paradójico*), hacia el [ii] individualismo de las pretensiones en el que, ahora, *inversamente*, se incluye un aspecto *tautológico*. Así, en esta ocasión la reflexión paradójiza, produciendo una nueva asimetrización, volviendo insatisfacción a la individualidad en la dimensión objetual de la conceptualización de “uno”, y avanza hacia las otras dos dimensiones de sentido, en particular, incluyendo su sentido tautológico.
- (c) Finalmente, Luhmann cierra [\*] indicando la forma *paradójica* final de las pretensiones al indicar que, aunque se refiera *a otros*, sólo es una pretensión *propia*, de manera que sólo es un movimiento *en el sistema*. Así, el sistema se ha asimetrizado operativamente mediante las distinciones.

distinción adquiere explosividad semántica y estructural debido al desarrollo de la sociedad moderna. [...] la unidad de la forma de Derecho entre individuo y sociedad. (PDHa, 1998d, p. 62).

16. La distinción individuo/sociedad habría dado lugar a las ideologías de la sociedad moderna (Luhmann, TP, 1988a, pp. 29-33), en particular porque “la distinción entre individuo y sociedad plantea un punto de referencia eterno que sirve de norma para evaluar las condiciones sociales.”<sup>16</sup> (p. 31).

16.1. Las ideologías han perdido sentido como resultado de la diferenciación funcional de la sociedad, pero eso no ha significado que las paradojas o las tautologías alcancen resolución:

Dado que todas las autodescripciones de la sociedad se basan en la paradoja o en la tautología, el problema no es evitar la paradoja o la tautología, sino interrumpir la reflexión autorreferencial para evitar las tautologías y las paradojas *puras* y sugerir autodescripciones de la sociedad con sentido.<sup>17</sup> (Luhmann, TP, 1988a, p. 34).

16.2. Al nivel del sistema jurídico, las autodescripciones del sistema requieren verse de acuerdo a este problema, pero sería conveniente dar cuenta, antes, de la forma como operativamente se resuelve el problema de la unidad de la diferencia derecho/individuo; considerando que en el derecho los derechos humanos responden también a esta forma.

17. Luhmann registra diferentes despliegues históricos de la paradoja de los derechos humanos: (a) mediante el *contractualismo*, donde el problema se representó como la relación del individuo con la sociedad según un esquema antes/después del contrato; (b) mediante la necesidad de “positivización del derecho prepositivo”; (c) mediante la paradoja de que las normas se reconocen en su transgresión, donde toma un papel relevante la figura del escándalo; (d) mediante el desarrollo de la noción “derecho subjetivo”; y, como un desarrollo particular a partir de estos, (e) mediante los derechos fundamentales.

---

<sup>16</sup> “the distinction between the individual and society posits an eternal reference point that serves as a standard for evaluating social conditions”

<sup>17</sup> “Since all self-descriptions of society are either based on paradox or on tautology, the problem is not to avoid paradox or tautology but to interrupt self-referential reflection so as to avoid *pure* tautologies and paradoxes and to suggest meaningful societal self-descriptions.”

18. Como se verá a continuación, la última forma de despliegue de la paradoja de los derechos humanos considerada por Luhmann, es su función de escándalo en la sociedad mundial. Sin embargo, es difícil ver que ésta sea la última que pueda dar cuenta de la evolución de los derechos humanos, por lo que es necesario recuperar y poner en perspectiva algunas otras formas en que se despliega su paradoja.

### C. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ESCÁNDALO EN LA SOCIEDAD MUNDIAL

19. Un aspecto necesario de observar para dar cuenta del despliegue de la paradoja de los derechos humanos es referir que éstos no funcionan igual en el derecho que en la política o en los medios de masas. Si bien los derechos humanos pueden concebirse semánticamente como los mismos, en cada sistema de la sociedad operan de formas específicas. Así, un punto de partida es que la sociedad realiza en el derecho operaciones específicas de derechos humanos que no pueden desarrollarse en otros sistemas. Luhmann, aunque expositivamente refiere la misma paradoja, distingue entre esas diferentes formas de operación sistémica: cuando tematiza los derechos humanos en la sociedad mundial no hace referencia propiamente al funcionamiento de estos derechos en el derecho.

20. En su libro *Los derechos fundamentales como institución*, Luhmann estudia los *derechos fundamentales* mostrando su operación para asegurar el funcionamiento de la sociedad diferenciada funcionalmente. En ese momento identifica a los *derechos humanos* con una naturaleza distinta a los *derechos fundamentales*, los primeros pertenecen a un escenario internacional y los segundos a uno nacional; los primeros no pueden ser objeto de exigencia mediante procedimientos, los segundos sí.

20.1. Posteriormente, los desarrollos de Luhmann vincularían ambas formas de derechos bajo una idea de un origen, aunque siempre asociando más la función de los derechos humanos al escenario de la sociedad mundial. De ahí se puede derivar la necesidad de que, cuando se trata el problema de los derechos humanos con Luhmann, necesariamente se haga referencia a la sociedad mundial y no sólo al derecho de un Estado, y, consiguientemente, al derecho internacional si se desea tratarlos en el sistema jurídico.

20.2. Esto es particularmente relevante porque el desarrollo de los derechos humanos al estar vinculado al Estado territorial, “deja sin explicar el fundamento de la vigencia de los derechos humanos para la sociedad mundial”, lo cual es un problema “cada vez más perentorio que es improbable que se pueda resolver simplemente poniendo en duda la existencia de un Derecho de la sociedad mundial” (Luhmann, PDHb, 2014a,63).

21. En las últimas teorizaciones sobre el tema, Luhmann hizo referencia a la función “escandalizante” de los derechos humanos en el ámbito de la sociedad mundial. Esta forma de observarlos parece obedecer, además de la necesidad de preguntarse por su fundamento, a la posibilidad de dar cuenta de las violaciones de derechos humanos (más allá de cualquier ponderación e, incluso, orillando a aceptar o comprender que se derive en *tragic choices*, según se desarrollará posteriormente) desde una perspectiva *unitaria* del mundo:

“Solamente se puede hablar de lesiones de los derechos humanos vividas por el mundo de modo unitario cuando ocurren sucesos absolutamente inaceptables en los que ya no es posible ponderación alguna y en todo caso todavía se puede esperar comprensión de las ‘*tragic choices*’. Contrariedad a Derecho en todo caso.” (Luhmann, NI, 2014b, p. 100).

22. Sin embargo, esta perspectiva unitaria de los derechos humanos desde la sociedad mundial también conlleva problemas adicionales al dar cuenta de las grandes diferencias regionales en la sociedad, lo que para Luhmann requiere una delimitación de lo que se considera como *violaciones de derechos humanos*. Esto es así porque, de acuerdo a la línea basal de lo que se considere *violación de derechos humanos*, al ver el mundo como unidad y hacerse necesario el contraste de regiones, para quienes se encuentran por debajo de esa línea, supone la posibilidad de una exigencia de asistencia o de ayuda –en particular por parte de los países más pobres– y una inflación de los reclamos (basados en “exigencias mínimas de la dignidad humana” y en “necesidades e intereses del ser humano supuestamente fundamentales”), lo cual considera que sólo llevaría a que se mostrara una “impresión generalizada” de ausencia de respeto de los derechos humanos, y a la idea de que en todas partes habría *techos de cristal*.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Una cita muy clara es la siguiente: “La tendencia dominante, sobre todo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y de la descolonización del globo terráqueo, es la de ampliar los derechos humanos –tanto exigir el respeto universal, como ampliar sus contenidos–. En correlación con el desarrollo del Estado de bienestar, también en el ámbito de los derechos humanos se ha completado, si no sustituido, el concepto de defensa con un concepto de prestación de asistencia. Se agrupan necesidades e intereses ‘del’ ser humano

22.1. Frente a ese escenario, Luhmann no veía en el sistema jurídico la posibilidad de hacerse cargo de esas exigencias, por lo que da cuenta de la posibilidad de que se desarrollen otras respuestas no jurídicas: uno de los más relevantes sería el de la comunicación de los medios de comunicación de masas que podrían escandalizar sobre violaciones de derechos humanos (sin que estas fueran todas las exigencias, en particular no las de ayuda que observaba que podrían tener otras vías).

23. Más relevante aún para el desarrollo de la paradoja de los derechos humanos es que Luhmann consideraba que con el *escándalo*, y mediante los medios de comunicación de masas, se *fundamentaban* los derechos humanos. Su *fundamento* consiste en una paradoja, que en este caso se expresa como la *producción de normas mediante su vulneración*:

La forma más actual de la afirmación de los derechos humanos parece ser que es la más prístina (la más natural). Las normas se reconocen precisamente en su transgresión; los derechos humanos, en que son violados. [...] lleva implícita una paradoja: la validez de la norma se pone de manifiesto por su violación. (Luhmann, PDHa, 1998d, p. 65).

23.1. Esta paradoja, al desplegarse en la sociedad mundial y al nivel de la opinión pública, supone la necesidad de mantener la atención sobre dichas violaciones, de forma que son los medios de comunicación los que tienen la función principal de producción de las normas de derechos humanos (y no el derecho):

El problema, sin embargo, está en la comunicación de tales violaciones y en el mantener despierta la atención pública, ante esta cantidad tan alta de reproducción del fenómeno. (Luhmann, PDHa, 1998d, p. 65)

[...] lo que se puede observar es una forma muy espontánea de génesis de normas, debido a los acontecimientos escandalosos sobre los que informan los medios de comunicación en el mundo entero. (Luhmann, NI, 2014b, p. 98)

---

supuestamente fundamentales y se exige ayuda. [...] Desde una perspectiva política, esta idea constituye una base para las exigencias de los países más pobres a los más ricos. Sin embargo, con esta ampliación se llega al mismo tiempo a unas proporciones alarmantes de lesiones de las exigencias mínimas de la dignidad humana. Por ello, el inflacionamiento de la idea y de la terminología puede llevar a la impresión generalizada de que, de todos modos, los derechos humanos no son respetados (se habla también de 'ideales') y que respecto a esta cuestión todos tienen un tejado de vidrio." (Luhmann, NI, 2014b, pp. 98-99)

23.2. Este distanciamiento del fundamento de los derechos humanos respecto del derecho se realiza mediante la semántica del sistema sociedad, y *no las estructuras y la semántica del sistema jurídico*, por lo que Luhmann explícitamente señala el papel residual de los textos y las operaciones jurídicas:

[...] la cuestión de si existen textos que prohíben hacer esto y quién los decreta, quién los ha ratificado y quién no, apenas desempeña papel alguno. No se tiene por qué comparar el texto jurídico y el comportamiento para averiguar si algo infringe o no el Derecho. El mismo escándalo puede generar una norma (que antes no había sido formulada) en a un nivel mucho más directo. [...] Una forma jurídica, una regulación del Derecho internacional solamente puede añadirse a tal modelo [del escándalo público], pero no asumir el papel de una fuente del Derecho. (Luhmann, NI, 2014b, p. 98)

24. Al momento de los últimos textos sobre los derechos humanos de Luhmann, para la sociedad mundial, el fundamento de los derechos humanos no está en el derecho sino en la semántica de la sociedad. Sin embargo, al momento actual es posible observar que el incremento de la interacción del derecho nacional con el internacional, así como el desarrollo de éste, implica la necesidad de hacer una nueva observación sobre el desarrollo de sus paradojas, siendo necesario pasar previamente por una consideración sobre el tipo de normas que suponen los derechos humanos.

#### **D. ¿LOS DERECHOS HUMANOS COMO NORMAS IRRENUNCIABLES?**

25. Luhmann desarrolla el problema de las normas irrenunciables a partir de la pregunta de si es posible que en ciertos casos se justifique el uso de la tortura. Su pregunta no pretende dar una respuesta jurídica sobre la decisión, sino una aproximación sociológica al problema; lo cual es particularmente relevante considerando que el derecho es un derecho clausurado operativamente, que no está obligado a decidir necesariamente conforme a ciertos valores que podrían considerarse extra sistémicos.

26. Las *normas*, para la sociología, no pueden observarse bajo la distinción ser/deber ser; las normas son “fórmulas de expectativa contrafáctica” que pueden ser cumplidas o defraudadas, de manera que su distinción directriz es aprender/no aprender: debido a que se mantienen a pesar

de haber sido incumplidas, no aprenden. Frente a esta forma de observar las normas, “con qué medios semánticos el sistema jurídico puede fundamentar la *irrenunciabilidad* de las normas” (Luhmann, NI, 2014b, p. 77), pregunta Luhmann.

27. Una forma tradicional de pretensión de fundamentación de estas normas se deriva del derecho natural, por lo que se trata de un derecho externo al derecho positivo que lo fundamenta. Sin embargo, señala Luhmann, el derecho natural ha tenido una gran capacidad de adaptación a todos los escenarios sociales lesivos (como el esclavismo), desde el orden feudal al Estado constitucional, por lo que es difícil ver que realmente este derecho pueda ser un fundamento de irrenunciabilidad. Por ello, concluye que:

“del sentido históricamente deducible del Derecho natural no se deriva nada que pudiera responder a nuestra pregunta sobre la validez de normas irrenunciables en la sociedad actual” (Luhmann, NI, 2014b, p. 81)

28. Por otro lado, Luhmann se pregunta sobre la fundamentación que no proviene desde el exterior (como se pretende con el derecho natural) sino que se desarrolla desde el interior del derecho, en particular, cuestionando la función de la *fuerza* del derecho, y señalando que ésta corresponde con la forma de los mitos de origen, y que sólo es una metáfora que detiene la reflexión, pues se deja de preguntar por el fundamento del fundamento o el origen del origen, invisibilizando, así, la decisión:

“tras la representación de un origen sin proceso se esconde el paradjismo de una decisión que construye una alternativa en la que ella misma ya no aparece. [...] La metáfora tiene el sentido de detener la reflexión, tiene la función de hacer invisible a quien decide la decisión. Y si tal metáfora es plausible, lo es por otras razones.” (Luhmann, NI, 2014b, p. 82)

28.1. Las “otras razones” a que hace referencia se constituyen por el desarrollo de la sociedad funcionalmente diferenciada, y los efectos que en las necesidades de responder a una mayor complejidad social en que se rompen las jerarquías producidas por las diferenciaciones sociales que eran predominantes anteriormente. Así, concluye que la diferenciación funcional requiere que las normas irrenunciables que surjan no respondan a las antiguas representaciones jerárquicas de la sociedad, sino que se correspondan a un esquema heterárquico.

habrá que esperar que también una estructura recursiva en tales términos, ordenada no jerárquicamente, sino heterárquicamente, de operaciones contingentes genere “valores propios” y construya “*inviolable levels*” que hagan justicia a su tipo de orden. La pregunta es solamente: ¿con qué formas? (Luhmann, NI, 2014b, p. 86)

29. Luhmann señala que las formas que se da la sociedad moderna para resolver esto son los valores. Sin embargo, estos suelen ser problemáticos incluso porque con ellos se sustituye el abordaje de los problemas, así, por ejemplo, en la política sustituyen el análisis de la realidad social, y en el derecho sustituye “la orientación a formas clásicas de la dogmática jurídica (por ejemplo: los derechos subjetivos).” (Luhmann, NI, 2014b, p. 87).

29.1. Los valores son problemáticos, además, porque no se discuten sino que se dan por sentados, de manera que la validación que proporcionan es indirecta, supuesta, “*per implicationem*” (Luhmann, NI, 2014b, p. 88); y, aunque ante conflictos de valores se pueden establecer “*inviolable levels*”, no hay una jerarquía definitiva entre ellos, “de los valores no se deriva nada para la decisión de los conflictos entre valores” (Luhmann, NI, 2014b, p. 89), sólo puede haber prioridad definitiva respecto del contra valor (Luhmann, NI, 2014b, p. 90) (por ejemplo, seguridad/inseguridad), no tienen exclusión recíproca y siempre se pueden admitir más valores, y solamente se puede decidir una priorización de forma *ad hoc*.

30. No obstante, Luhmann señala que en el derecho hay escenarios distintos, pues hay momentos en que (a) se puede tener claro qué valor debe prevaler, como cuando se establecen reglas para ello, y momentos en que (b) no es posible tener esta claridad como cuando se realiza una “ponderación de valores”:

puede ser útil ver cómo se resuelve este problema de colisión en el plano de los típicos programas condicionales del Derecho. Ello tiene lugar o bien mediante reglas de supresión: el Derecho nuevo deroga el Derecho anterior o (cuando se trata del Derecho constitucional) a la inversa. O bien se conduce la colisión al esquema de regla y excepción. Tal como se dice, se confirma la regla cuando se admiten excepciones. De esta manera, el Derecho genera crecimiento, diferenciación, adecuación al caso mediante formas que pueden ser transmitidas en cuanto tales. Sin embargo, todo esto no se puede transponer al nivel de los valores. (Luhmann, NI, 2014b, 90).



La jurisprudencia y la dogmática jurídica hablan de “ponderación de valores”, pero ésta es una fórmula que solamente encuentra su unidad en que no revela a qué conclusiones conduce, esto es, que (como es típico de los desarrollos del paradojismo) no dice que no dice lo que no dice. Evidentemente, esto no constituye un “error” que haya que criticar, sino solamente una semántica transitoria que hace posible la construcción de decisiones de precedente (Luhmann, NI, 2014b, p. 91)

30.1. Evidentemente, en el primer caso Luhmann hace referencia a mecanismos de *procedimiento* y en el segundo a cuestiones de *contenido*, de manera que los valores inicialmente se podrían considerar asociados sobre todo a la segunda forma. Sin embargo, como se podrá ver posteriormente, existen normas de procedimiento que refieren mecanismos de determinación de contenidos, como es el denominado *principio pro persona*, siendo esta una de las cuestiones que habrían evolucionado, atenuando el alcance de la crítica de Luhmann a la posibilidad de decidir priorizar valores.

31. Luhmann concluye que “la sociedad opera así bajo la condición de la *incertidumbre autogenerada*”, y que de esto podría derivar una nueva forma de concepción jurídica que, en definitiva, no podría asociarse a las formas clásicas:

Se puede dudar que de ello surja jamás algo semejante a una concepción jurídica al estilo clásico. Quizá la evolución se dirija más bien hacia una vinculación a precedentes típica del *common law*, con la correspondiente compleja necesidad de conocimientos de decisión y un estilo de argumentación menos conceptual. [...] hay que contar con desarrollos propios del sistema jurídico, que son difíciles de sincronizar. (Luhmann, NI, 2014b, p. 92)

31.1. Respecto de ello, se puede indicar que los derechos humanos, como lo preveía, han tenido su evolución con base en un gran desarrollo basado en precedentes, aunque no se ha prescindido de una argumentación conceptual, sino que, por el contrario, se ha dado un pronunciado desarrollo en estos términos que se ha ido incorporando progresivamente al funcionamiento estructural del derecho.

32. Luhmann consideró que la ponderación jugaría un papel fundamental, al ser posible el despliegue de la paradoja, por lo que funcionalmente ocuparía el lugar de las normas

irrenunciables, pues mediante esta se irían tomando las decisiones (Luhmann, NI, 2014b, p. 92) y el derecho permanecería clausurado operativamente:

la pregunta solamente puede ser la de si se logra también en el futuro mantener la autonomía, la autodeterminación y el cierre operacional del sistema jurídico que se han alcanzado. (Luhmann, NI, 2014b, p. 93)

33. De esta forma, Luhmann afirmaría la autopoiesis del sistema jurídico trasladando el acento de la pregunta inicial por las “normas irrenunciables” a una pregunta posterior por la “irrenunciabilidad de la norma”; “en la teoría del derecho se considera irrenunciable el concepto de norma como concepto *fundamental*”, diría Luhmann en el Derecho de la Sociedad (Luhmann, DS, 2005, p. 64):

Entonces, no hay duda de que este sistema puede estructurar la propia autonomía, desarrollar el paradjismo de la unidad de las propias distinciones (incluso la distinción entre conformidad a Derecho/contrariedad a Derecho) y componérselas con la necesidad de la contingencia. La irrenunciabilidad de la norma -ello es la autopoiesis del sistema. (Luhmann, NI, 2014b, p. 93)

33.1. Una simple consideración sobre ello sería sólo reincorporar la indicación previa de que el derecho puede determinar *inviolate levels* en relación a normas que considere de mayor valor, en particular por su relación con la estructura de la sociedad funcionalmente diferenciada, como se podría observar en relación al desarrollo que el propio Luhmann realizó en *Los derechos fundamentales como institución*.

33.2. En esta línea puede considerarse no sólo el hecho de que se cualifique a los derechos humanos como derechos de naturaleza distinta a otro tipo de derechos (por ejemplo, contractuales), sino que se desarrollen criterios que priorizan algunos derechos humanos respecto de otros, como cuando se indica que la *libertad de opinión* es un derecho absoluto, pero la *libertad de expresión* es un derecho que admite restricciones.

33.3. Así, dentro de los derechos humanos, la distinción *derechos absolutos/derechos restringibles* supone un *inviolate level*; siendo un caso semejante la *prohibición de la tortura*, que en el ámbito de los derechos humanos se considera como un *derecho absoluto*.

34. Luhmann expone el caso de la prohibición de la tortura a fin de dar cuenta de si ésta puede considerarse una norma irrenunciable (con base en lo anterior, puede ya indicarse que sólo en caso de que el propio derecho así lo considerara). Luhmann subraya el hecho de que la tortura constituye un caso problemático porque tiene que ver con el despliegue de la paradoja *conforme a derecho/no conforme a derecho*, pues en ciertos casos excepcionales, considera, se trataría de que se admitiera conforme a derecho lo que normalmente sería contrario a derecho: el “derecho a la contrariedad del derecho” (Luhmann, NI, 2014b, p. 95) que suele indicarse como una *tragic choice*.

34.1. El derecho a la contrariedad del derecho, señala Luhmann, puede resolverse mediante programas. Así, lo que, dada la existencia de los programas previos se presenta como una contradicción para la aplicación del código, se resuelve mediante la generación de nuevos programas:

Por consiguiente, también en este caso se podría pensar en una solución jurídica semejante –dejando de lado todas las dudas legalistas en virtud del art. I GG–. Por ejemplo: admisión de la tortura por tribunales vigilados internacionalmente, vigilancia por medio de cámaras de la escena criminal en Ginebra o en Luxemburgo, control remoto mediante telecomunicación, desplazamiento de la distinción conformidad a Derecho/contrariedad a Derecho a la opción de la víctima de ser un héroe o un traidor.” (Luhmann, NI, 2014b, p. 97)

34.2. Generando una problematización sobre esta situación, podría indicarse que la discusión sobre la admisibilidad de la tortura se ha vuelto a abrir en las últimas décadas en algunos países y en el ámbito de algunos teóricos del derecho.<sup>19</sup> Sin embargo, esta discusión que podría tener efectos a nivel de regulaciones nacionales requeriría a nivel internacional de una modificación de los tratados de derechos humanos relativos a la tortura, ya que éstos prescriben la tortura de

---

<sup>19</sup> En particular, tras el ataque a las torres gemelas en Nueva York en 2001 esta discusión se acentuó, por ello, en 2004 el *Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* de Naciones Unidas incluso señaló que “[d]esde el 11 de septiembre de 2001, se ha detenido a miles de personas consideradas presuntos terroristas, incluidos menores de edad, sin informarles de su situación legal ni permitirles el acceso a asistencia letrada. Algunas de esas personas permanecen en confinamiento solitario, lo cual podría constituir en sí una violación del derecho de las personas a no ser torturadas.” (A/59/324, párr. 20), y, en general, señalaba que la lucha contra el terrorismo era un alegato reiterado en esos años. Frente a ello, enfatizó que conforme al marco de derechos humanos, no se podía justificar la tortura incluso en esos casos: “en ningún caso pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.” (A/59/324, párr. 14)

manera tajante. En este sentido, su prohibición sería un *inviolable level*, hasta que, en todo caso, lograran eliminar dichas normas.

34.3. Una posible observación sería la de enfatizar la indeterminación última del sistema jurídico. De manera que éste, en principio, podría admitir todo tipo de regulaciones, siempre que no se comprometan los *inviolable levels* que se encuentren en operación. Sin embargo, las razones últimas que se pueden aportar posiblemente sí contienen un nivel de posicionamiento individual. Así, por ejemplo, Luhmann señala la posibilidad de que se admita la tortura en ciertos casos, con el objetivo de evitar el sacrificio de personas derivado de un fanatismo, de lo cual no refiere las razones teóricas o sistémicas.

“En general, una solución no demasiado satisfactoria. Pero tampoco es satisfactorio no hacer nada y sacrificar a inocentes al fanatismo de los terroristas.”  
(Luhmann, NI, 2014b, p. 97)

34.4. Como tal, esta posición puede llegar a querer justificarse moral y jurídicamente, como lo muestra la teoría de sistemas sociales, en particular, dada la contingencia del sistema jurídico; por lo que, en todo caso, se remite solamente a la determinación sobre cuáles son los *inviolable levels* determinados en el sistema jurídico. Esto es, es necesario sopesar cómo la sociedad funcionalmente diferenciada (heterárquica o policontextual), afirma valores *irrenunciables* en el derecho. Y, con base en ello, dar cuenta de cómo ha abordado la sociedad este problema.

34.4.1. Así, pueden considerarse tres aspectos sobre cómo se tratan internacionalmente los *inviolable levels* en el derecho: (a) en primer lugar, indicar la manera en que, en general, se consideran en el derecho internacional; luego, (b) en particular, indicar su situación en los derechos humanos; para, finalmente, (c) referir cómo se trata el caso específico de la tortura — esto con independencia de que aún quedaría pendiente el problema de una posible confrontación entre derechos humanos, la cual, en muchos casos en la medida que funcionen como valores tienen que resolverse en la forma de la ponderación (Luhmann, SNI, 2005, pp. 89 y ss.), aunque hay casos que casuísticamente se han ido definiendo criterios conforme a los cuales se determina qué derecho prevalece, además de que también existen normas o principios para resolver controversias entre normas—:

- a) En relación a la situación general del derecho internacional, hay diversas formas como se reconocen *inviolable levels*, sin embargo, la más relevante para efectos de este trabajo es el *ius cogens* (también se reconoce jerarquía si es así atribuido en un tratado o si son normas *erga omnes*<sup>20</sup>), la cual es considerada como una norma con el máximo grado de imperatividad, “por el fondo de las normas”. En estos términos fue reconocido en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, la cual indicó:

31) *Relaciones jerárquicas entre las normas de derecho internacional.* No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho, como se indica en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Generalmente, no es procedente hacer analogías con las jerarquías vigentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, a causa de las diferencias existentes entre esos ordenamientos y el derecho internacional. Sin embargo, algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. [...]

32) *Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas: jus cogens.* Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena de 1969), es decir, toda norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario» (CDI, 2013, p. 200).

- b) En relación a los derechos humanos, en su interior se ha establecido la distinción interna *derechos absolutos/derechos no absolutos*, o bien, derechos que *no admiten restricciones* y derechos que sí las admiten. Las razones sociales de esta distinción, independientemente de que en último término serán contingentes (cuestionando así la irrenunciabilidad social de tales derechos), sin embargo, ya muestra la necesidad de la sociedad funcionalmente diferenciada de afirmar que los derechos humanos, en general, “no son absolutos”<sup>21</sup> y que, por tanto, solo a algunos se les considera así.<sup>22</sup> Sin embargo, también define que no puede

---

<sup>20</sup> Las cuales son “obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto” (CDI, 2013, p. 201).

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos.” (Corte IDH, 2008, párr. 174)

<sup>22</sup> Además de la prohibición absoluta de la tortura, en el Sistema Universal de Derechos Humanos se pueden señalar algunos otros derechos señalados en el artículo 4, segundo párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aunque el artículo regula la *suspensión* de derechos, esta disposición también se

haber una *restricción absoluta*,<sup>23</sup> con lo cual reitera, al menos temporalmente, cierta irrenunciabilidad de todos los derechos humanos. En este marco moderado de irrenunciabilidad de la sociedad de estos derechos es que se puede valorar cierta flexibilidad.<sup>24</sup>

- c) En relación a la tortura, su prohibición permanece como un *inviolable level* en el marco de derechos humanos de Naciones Unidas: su prohibición se estableció desde el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 7 en relación con el diverso 4.2) y en la

---

aplica para los casos de *restricción*, la diferencia esencial entre suspensión y restricción es que la primera es temporal y la segunda permanente, sin embargo, algunos de los derechos que no pueden suspenderse ya entrañan restricciones, como es el derecho a la vida —este tema no puede desarrollarse apropiadamente en este momento—):

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto [...].

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes], 8 (párrafos 1 [prohibición de la esclavitud] y 2 [prohibición de la servidumbre]), 11 [prohibición de pena privativa de libertad por obligaciones de carácter civil], 15 [garantía de tipicidad de la ley penal: *nulla poena sine lege*], 16 [derecho a la personalidad jurídica] y 18 [libertad de pensamiento, conciencia y religión].

Asimismo, puede encontrarse otros derechos que, sin estar comprendidos en el artículo 4, se consideran absolutos, por ejemplo:

- a) La *libertad de opinión* (a diferencia de la libertad de expresión, pues ésta sí tiene restricciones): “aunque la libertad de opinión no esté enumerada entre los derechos que no admiten excepción de conformidad con el artículo 4 del Pacto, cabe recordar que ‘en las disposiciones del Pacto que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que, a juicio del Comité, no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4’. La libertad de opinión es uno de esos elementos, ya que nunca será necesario suspender la vigencia de ese derecho durante un estado de excepción.” (CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 5).
- b) El derecho a la *competencia, independencia e imparcialidad de los tribunales*: “El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna.” (CCPR/C/GC/34, 2011, párr. 19).

<sup>23</sup> El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su *Observación General 31*, ha indicado esto al señalar que no puede menoscabarse el elemento esencial de un derecho: “En ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto.” (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, párr. 6).

<sup>24</sup> Cabe aclarar que esta idea de irrenunciabilidad se considera con referencia a la sociedad. En el caso de las personas, la idea jurídica de irrenunciabilidad se refiere a que los derechos humanos no pueden ser objeto de transacción. Esto deriva de un aspecto estructural de los derechos humanos que se tocará más adelante, relativo a la distinción entre derechos humanos y derechos patrimoniales, o bien, derechos indisponibles y derechos disponibles, los cuales, en realidad, obedecen al tipo de relación que se establece: los derechos humanos implican una relación con el Estado, los derechos patrimoniales con otras personas.

*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículo 2) como una norma que no admite restricciones (que son de carácter permanentes) ni suspensión (que es de carácter temporal). Asimismo, la prohibición se ha estipulado como una norma de *ius cogens*,<sup>25</sup> con lo cual internacionalmente tiene plenamente garantizado su lugar como *inviolable level*.

34.5. Un aspecto de la discusión en torno a prohibición absoluta de la tortura refiere que ésta no garantiza que las personas que torturan vayan a obtener la información que quieren obtener (ya sea porque no se diga, porque no haya precisión, porque no se sepa, porque el tiempo del hecho de tortura implique que cambien las condiciones respecto de las que se buscaba la información), de manera que en último caso puede resultar que la torturara sea *en vano*, según ese tipo de criterios. Por ello, denota que la sociedad, incluso, ha establecido la obligación de que “ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.” (artículo 15 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*). Así, en el derecho se ha imposibilitado incluso la discusión sobre la pertinencia o no de una declaración obtenida bajo tortura.

34.6. Por otro lado, un argumento que podría considerarse, aunque se ha usado para otro tipo de hechos con estructura semejante (la pena de muerte), es que se busca que el sistema jurídico, como sistema, no actúe de la misma forma que se busca reprochar.

34.7. No obstante, posiblemente un tema más trascendental para la teoría de sistemas sería responder si la sociedad tendría que fundarse en una integración fuerte en lugar de una integración sistémica, pues, así como el *cuerpo* de los individuos funciona como forma de integración en el ámbito de la exclusión (según se verá), donde la sociedad no alcanza a funcionar diferenciadamente, el cuerpo de los suplicados sería una integración fuerte reintroducida como un sustento operativo de la sociedad. Legalizar la tortura implicaría así que la sociedad exige como base de su funcionamiento dicha exclusión e integración fuerte alimentada por el cuerpo de las personas.

---

<sup>25</sup> “33) *Contenido del jus cogens*. Los ejemplos de normas de *ius cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben [...] la tortura [...]” (CDI, 2013, p. 200).

34.7.1. Posiblemente, una forma de observar más apropiadamente esta situación, sea dar cuenta de que, en relación a los individuos, la sociedad funcionalmente diferenciada sólo mantiene sus acoplamientos estructurales con estos a través de la conciencia y no del cuerpo. De manera que querer hacer hablar al cuerpo mediante tortura, castigarlo, o realizar cualquier operación de ese orden al nivel del cuerpo, pareciera ser aquello de lo que se aleja la sociedad diferenciada funcionalmente, más que aquello a lo que se aproximaría.

#### **E. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS**

35. Frente a la observación de los derechos humanos como resolución de una paradoja, ya sea mediante la el contractualismo, la positivización del derecho o el escándalo, o frente a la idea de una posible irrenunciabilidad de ciertas normas en una sociedad jerárquica o heterárquica, Luhmann desarrolla un aspecto trascendental para comprender la operación de los derechos humanos en el derecho y la sociedad a partir de la noción *derechos subjetivos*.<sup>26</sup>

36. Luhmann muestra que los derechos subjetivos tienen como trasfondo que en la evolución de la sociedad se genere “la orientación social al individuo para hacer valer sus pretensiones, para decirlo así, *qua* existencia” (Luhmann, III, 1995b, p. 138), en la que no hay un correlato concreto del individuo con otra persona, sino que la relación es con la sociedad: “El individuo se convierte a sí mismo en un punto de partida de relaciones asimétricas, irreversibles” (Luhmann, III, 1995b, p. 137). Es sobre esa base que se cumple una función de incrementar la adaptación del sistema jurídico con el entorno. Para ello, la forma juridizada, en que se establecen las relaciones sociales, pasó evolutivamente de una forma en que la situación concreta era determinante para ambas partes de una relación, a otra en que la situación concreta ya no es la determinante; se avanzó desde la concreción hacia la abstracción de los vínculos, de la reciprocidad concreta a una complementariedad abstracta basada en las expectativas:

La integración en relaciones jurídicas recíprocas, la génesis por contrato mutuo, la adscripción a las obligaciones correspondientes, no están en absoluto excluidas, o

---

<sup>26</sup> Las reflexiones sobre este tema se realizan de manera primordial con base en el artículo “De la fonction des «droits subjectifs»” de Luhmann, el cual funge como guía de los argumentos señalados en este apartado, los cuales se consideran en relación con los resultados finales expuestos en *El derecho de la sociedad*.



incluso sólo desacreditadas. Pero ya no están vinculados esencialmente al derecho como derecho [ley]. Ahora es posible pensar en una justificación que ya no está compensada y contenida por las obligaciones paralelas hacia la pareja. Es posible concebir la escandalosa idea de que la libertad es un derecho. La innovación decisiva es que, para el carácter jurídico de una relación social, la complementariedad de la expectativa es suficiente. (Luhmann, FDS, 2009b, pp. 3-4)<sup>27</sup>

37. La *abstracción* de los derechos subjetivos permite dos características que, como se buscará mostrar, son esenciales para la comprensión de los derechos humanos: (a) el incremento de su dominio o campo de aplicabilidad, y (b) la ausencia de correspondencia entre derechos y obligaciones (o derechos y deberes). Estos aspectos Luhmann los presentará como la abstracción, en sí misma (a), y como la generación de un riesgo (b).

Dos aspectos de esta innovación son inmediatamente evidentes: su grado de abstracción y su carácter arriesgado. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 4)<sup>28</sup>

37.1. *Incremento del campo de aplicabilidad (abstracción)*. Luhmann referirá que, al dejar atrás la reciprocidad como forma, no se excluye la posibilidad de que aún se sustente ésta –lo cual sucederá, en un sentido también más abstracto, como *solidaridad* (Luhmann, DS, 2005, p. 556)–, pero, más relevante aún, que se dan tres efectos: (i) la disminución de “calidad jurídica” se asocia a un más vasto campo de aplicación de los derechos subjetivos, con lo cual (ii) el propio derecho gana un potencial de complejidad superior, y (iii) gracias a eso tiene una capacidad de cualificar jurídicamente a una mayor cantidad de relaciones sociales:

Los derechos subjetivos son más abstractos que las instituciones jurídicas basadas en la reciprocidad, porque pueden permitir la reciprocidad, pero ya no la presuponen. Sus requisitos de calidad jurídica son menores y su campo de aplicación es, en consecuencia, más amplio. Por lo tanto, un ordenamiento jurídico que haga uso de esta figura fundamental puede conferir calidad jurídica a

---

<sup>27</sup> “L’intégration à des relations de droit réciproques, la genèse par contrat mutuel, l’attachement aux obligations correspondantes, ne sont pour autant nullement exclus, ni même seulement discrédités. Mais ils ne sont plus essentiellement liés au droit en tant que droit. On peut à présent penser une justification qui ne soit plus compensée et contenue par des obligations parallèles à l’égard du partenaire. On peut concevoir l’idée scandaleuse que la liberté est un droit. L’innovation décisive, c’est que, pour le caractère juridique d’une relation sociale, la complémentarité de l’attente suffit.”

<sup>28</sup> “Deux aspects de cette innovation sautent immédiatement aux yeux : son degré d’abstraction et son caractère risqué.”

un mayor número de relaciones sociales. Tiene un mayor potencial de complejidad. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 4)<sup>29</sup>

37.1.1. De esta forma, el surgimiento de los derechos subjetivos no fueron un desarrollo que se pueda limitar a alguna materia específica del derecho, sino que constituyeron una ganancia sistémica para todo el derecho, en sus posibilidades operativas en relación al entorno. La ampliación del campo de aplicabilidad, sin embargo, no será suficiente para los derechos humanos (como se mostrará posteriormente al tratar el tema de las *obligaciones* en materia de derechos humanos).<sup>30</sup>

37.2. *No correlatividad entre derechos y obligaciones: incremento de riesgo.* Luhmann caracteriza la función de los *deberes* u *obligaciones*, frente a los derechos, como un *correctivo inmanente* del ejercicio de estos, puesto que constituyen sus límites más inmediatos al estar predispuestos y surgir de forma correlativa. Sin embargo, con la abstracción generada, estos límites, estos correctivos inmanentes, se diluyen, de forma que no sólo es posible pensar a la libertad como un derecho, sino que es posible dar cuenta de que los derechos pueden ser explotados sin restricciones: las personas pueden no pagar impuestos y, sin embargo, esto no afecta sus derechos fundamentales.

El riesgo es mayor, como se desprende del hecho de que incluso la libertad puede ser ahora un derecho, una libertad cuyos únicos límites son la libertad de los demás, por utilizar la fórmula liberal. Los derechos subjetivos tienen ciertamente otros límites. Pero estos no tienen que concretarse como deberes hacia cada uno de los socios, lo que significa que ya no operan como un correctivo inmanente al ejercicio del derecho. La propiedad de la empresa no crea obligaciones hacia los que trabajan en ella. Los que no pagan sus impuestos no pierden sus derechos fundamentales. Esto lleva a situaciones en las que el sujeto puede explotar sus derechos sin consideración y hasta el límite, hasta límites que sólo pueden definirse de forma general y, por tanto, amplia. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 4)<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> “Des droits subjectifs sont plus abstraits que des institutions juridiques reposant sur la réciprocité, parce qu’ils permettent sans doute la réciprocité, mais ne la supposent plus. Leurs exigences à l’égard de la qualité juridique sont moindres, leur domaine d’applicabilité est d’autant plus vaste. Un ordre juridique qui se sert de cette figure fondamentale peut par conséquent conférer une qualité juridique à un plus grand nombre de relations sociales. Il a un potentiel de complexité supérieur.”

<sup>30</sup> Frente a su evolución más reciente, incluso, los derechos subjetivos llegarán a ser vistos con un potencial reducido, por lo que bajo la misma lógica de abstracción aún se generarán evoluciones adicionales, particularmente, en lo que se conoce como las *obligaciones estatales* de derechos humanos.

<sup>31</sup> “Le risque est supérieur, on le voit au fait que même la liberté peut désormais être un droit — une liberté dont les seules limites sont la liberté de l’autre, pour reprendre la formule libérale. Les droits subjectifs ont certes aussi d’autres frontières. Mais celles-ci n’ont pas à être concrétisées comme des devoirs à l’égard de chacun des partenaires, ce qui signifie qu’elles n’opèrent plus comme un correctif immanent à l’exercice du

37.2.1. De esta forma, los derechos fundamentales se diferencian operativamente de los derechos contractuales, representándose como teniendo una naturaleza jurídica distinta. Así, frente a las respuestas tradicionales sobre la diferencia de naturaleza entre este tipo de derechos —y que el propio Luhmann descarta; respuesta que puede indicarse en los siguientes términos: que los derechos humanos deben su trascendencia o irrenunciabilidad a que provienen del derecho natural, o que fueron instaurados como base del contrato social y, por ello, su vigencia es anterior y concomitante a éste (Luhmann, PDHa, 1998d, pp. 62 y ss.)—, puede encontrarse, así, una respuesta correlacionada con la complejización de la sociedad diferenciada funcionalmente, particularmente a partir de la abstracción de los derechos subjetivos. Dicho de otra forma: la diferencia debe buscarse en la abstracción operativa (con diversidad de justificaciones semánticas: derecho natural, contractualismo) que ganaron evolutivamente los derechos subjetivos en una sociedad funcionalmente diferenciada.

38. Un paréntesis necesario en este momento es necesario para considerar que, si se quiere buscar en los derechos humanos el fundamento del propio derecho, en todo caso será por razones distintas de esta abstracción operativa. Es decir, los derechos humanos, en tanto derechos subjetivos, no fundamentan semánticamente al derecho, aunque la abstracción que se genera con los derechos subjetivos facilita evitar su anclaje a los contextos cotidianos, favoreciéndose una semántica de trascendencia, que, de esta manera, en todo caso, se trata de una trascendencia positivizada, una trascendencia «terrenal», para decirlo de alguna forma.

38.1. Debe recordarse que la pregunta por fundamentación del derecho implica recordar que en una sociedad diferenciada funcionalmente sólo el derecho puede fundamentarse a sí mismo, sólo puede existir como derecho positivo (Luhmann, DS, 2005, 93 y ss), y, sin embargo, la distinción social por la que reiteradamente se le pregunta al derecho, cuando se habla de los *derechos humanos como fundamento*, es a la paradoja que se constituye por la unidad de la diferencia individuo/derecho (o individuo/sociedad). Cuando así se voltea hacia los derechos humanos, no se puede afirmar (normativamente) que el despliegue de la paradoja necesariamente es o *debe ser*

---

droit. Avoir la propriété de l'entreprise ne fonde pas d'obligations envers ceux qui y travaillent. Celui qui ne paie pas ses impôts ne perd pas ses droits fondamentaux. Cela mène à des situations dans lesquelles le sujet peut exploiter ses droits sans égards et jusqu'aux limites — jusqu'à des limites qui ne peuvent qu'être définies de manière générale, et donc large."

en la forma de los *derechos subjetivos* u otras formas de desarrollo, pero sí es necesario reconocer (cognitivamente) que esta paradoja permanece presente en el derecho, como legitimación semántica<sup>32</sup> y como operación,<sup>33</sup> en la sociedad diferenciada funcionalmente. En esta sociedad, el problema individuo/sociedad debe entenderse en relación a la distinción inclusión/exclusión, como se verá posteriormente.

39. Dado que se trata del tema de la correlatividad entre los *derechos* y las *obligaciones* entre personas específicas, otro aspecto que, al menos brevemente, debe adelantarse en este momento —a fin de evitar confusiones posteriores— es el de la *reconfiguración* de los derechos y las obligaciones, pues, como indica Luhmann, ahora “la libertad puede ser ahora un derecho, una libertad cuyos únicos límites son la libertad de los demás” y los “derechos subjetivos tienen ciertamente otros límites”, donde los límites ya no son las obligaciones “hacia cada uno de los socios”. Por ello es necesario entender sus nuevos límites y su correlatividad específica.

39.1. Aunque ahora la *sociedad* funcionalmente diferenciada *semánticamente* afirma, en general, como valores *irrenunciables* a los derechos humanos, *operativamente* el *derecho* se limita sólo a algunos (aquellos que considera absolutos), ya que los derechos humanos, en general, presuponen restricciones. Y, además, respecto de otro tipo de derechos (patrimoniales o disponibles), declara irrenunciables (o indisponibles) a los derechos humanos. Es decir, el derecho genera dos niveles irrenunciabilidad: (a) entre los propios derechos humanos, y (b) frente a los otros derechos. Los límites en los derechos humanos necesariamente tienen que ser así (salvo para los que el derecho considera como absolutos, en los términos referidos anteriormente), pues, como indica Luhmann en el derecho no se pueden afirmar libertades sin límites. La introducción de la *libertad* en el sistema implica que ingrese con restricciones.

---

<sup>32</sup> Aunque se reconozcan problemas para afirmarlo como legitimación cuando se indica que el derecho *no puede ser consistente* (Cfr. Luhmann, DS, 2005, p. 287) dada la diversidad de situaciones a que el derecho se enfrenta en una sociedad funcionalmente diferenciada. Justamente, un aspecto que se busca mostrar es que en la medida que la falta de consistencia logra resolverse en el derecho mediante la aplicación de la forma igual/desigual vinculada a la distinción individuo/derecho, es posible afirmar una semántica (interna —y externa— al derecho) de legitimación del derecho a partir de los derechos humanos.

<sup>33</sup> Evidentemente, si los derechos humanos no se entendieran como *derechos subjetivos* no se les indicaría una forma operativa, tendrían a lo más una forma semántica. Ahora, siendo derechos subjetivos se les entiende como de un tipo particular de ellos, pues se les considera *indisponibles*, diferenciándose de otros tipos de derechos subjetivos que serían *disponibles*. Esta diferencia (disponibles/indisponibles) se comentará posteriormente.

39.1.1. Como puede observarse, el mayor grado de abstracción y la mayor capacidad de asumir riesgo, se correlaciona paradójicamente con la posibilidad de identificar normas que la sociedad funcionalmente diferenciada y el derecho identifican como “irrenunciables”, al tiempo que, de nueva cuenta, de forma paradójica, establece criterios de operación para su restricción y alcances posibles de las restricciones. Es decir, las *restricciones* de los derechos humanos favorecen asumir riesgo, situación muy difícil si se considerara que todos los derechos humanos fueran absolutos. El movimiento por el cual es posible esto, es referido por Luhmann partiendo de la semántica de los derechos humanos que los consideraba sin restricciones, indicando la forma como se establecen las restricciones al reintroducirse la libertad en el derecho, pudiendo ahora regularse tanto la libertad como las restricciones:

En el nivel de los derechos humanos universales, la libertad es exclusión de restricciones externas [...]. Esto, sin embargo, nos regresa a la vieja paradoja iusnaturalista en el sentido de que el derecho sólo puede presentarse como desviación del derecho. La solución de la paradoja se encuentra, entonces, en una *re-entry* de la distinción en lo por ella ya distinguido. La libertad tiene que aceptar restricciones jurídicamente aceptadas [...]. El “otro lado” de la libertad [...] se incluye en el derecho: la propia diferencia se convierte en objeto de regulaciones jurídicas que puede disponer de ambos lados de las dos distinciones. (Luhmann, DS, 2005, p. 296)

39.2. Por otro lado, lo que se aplica para la libertad, es semejante para la *igualdad*, aunque tiene otras condicionantes. La abstracción generada desacopla de los contextos sociales y, en la diferenciación funcional, implica también indiferencia respecto de las personas. Las desigualdades que se generan por la diferenciación funcional son admitidas y reforzadas por el sistema jurídico sin identificar dichas desigualdades como violatorias del principio de igualdad, de manera que no pueden considerarse como desigualdades ilegítimas:

Es característico de la diferenciación funcional que aumente la necesidad de abstracción y especificación de las relaciones sociales. Esto se expresa, por ejemplo, en una diferenciación de los roles cada vez más refinada. [...] Cuando se contrata un trabajador, generalmente es poco importante saber si es católico o no, si pertenece al club local de fútbol o no, si es padre de familia o no –y el orden jurídico refuerza esta indiferencia cuando desacredita los casos de transgresión como violaciones del principio de igualdad. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 5).<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> "Il est caractéristique de la différenciation fonctionnelle qu'elle fasse croître le besoin d'abstraction et de spécification des relations sociales. Cela s'exprime par exemple dans une différenciation des rôles de plus en plus affinée. [...] Lorsqu'on embauche un ouvrier, il est en règle générale peu important de savoir s'il est catholique ou non, s'il appartient ou non au club local de foot-ball, s'il est ou non père de famille — et

39.2.1. En relación a la igualdad, como con la libertad, también se genera una *re-entry* que permite reconocer la desigualdad dentro del derecho. En el marco de los derechos humanos así es como es posible regular jurídicamente tanto lo igual como lo desigual, asignando un lugar específico a la *diferencia*, cuando del lado de lo diferente (desigual) amerite reconocer nuevamente qué es igual y qué desigual:

En el nivel de los derechos humanos universales, [...] la igualdad es exclusión de desigualdad. [...] Esto, sin embargo, nos regresa a la vieja paradoja iusnaturalista en el sentido de que el derecho sólo puede presentarse como desviación del derecho. La solución de la paradoja se encuentra, entonces, en una *re-entry* de la distinción en lo por ella ya distinguido. La [...] igualdad tiene que aceptar desigualdades jurídicamente aceptadas. El “otro lado” de [...] la igualdad se incluye en el derecho: la propia diferencia se convierte en objeto de regulaciones jurídicas que puede disponer de ambos lados de las dos distinciones. (Luhmann, DS, 2005, p. 296)

39.2.2. La identificación de desigualdades *legítimas* (“jurídicamente aceptadas”) en función de roles atribuidos a los individuos sirve como referencia para especificar la cualidad de otro tipo de desigualdades surgidas para la aplicación de la forma igual/desigual cuya consideración también tiene su referencia en los individuos (aunque ha podido extenderse a ciertas entidades que se estipulan en el derecho con la forma *persona*, según se verá posteriormente), y que normativamente ha sido reconocido como un derecho para reconocer las diferencias legítimas (siendo ahora aplicable la distinción diferencia/identidad), el *derecho a la no discriminación* y, a partir de ahí, el desarrollo de derechos humanos específicos a tipos de individuos o colectividades de individuos —Luhmann analizará algunos de los aspectos relacionados con esta identificación a partir de la idea de no-irritabilidad (Luhmann, SS, 2006, pp. 630-635)—.

39.3. Sintéticamente, puede decirse que la reconfiguración de los derechos humanos ha implicado, así, la introducción de la distinciones libertad/restricción (libertad), igualdad/desigualdad (igualdad) y diferencia/identidad (no discriminación).

39.4. Sin embargo, el otro aspecto relevante es que, simultáneamente, estos derechos que ya no se generan con obligaciones correlativas para otros individuos, se establecen con obligaciones

---

l'ordre juridique conforte cette indifférence lorsqu'il discrédite les cas de transgression comme des atteintes au principe d'égalité”

correlativas atribuibles al Estado<sup>35</sup> —de donde deriva su doble exigibilidad política y jurídica, dado que el Estado surge del acoplamiento estructural entre el derecho y la política (Luhmann, DS, 2005, pp. 480 y ss)—; y se adjudica esta correlatividad de manera permanente, no contingente.

40. Las relaciones sociales, tras perder su capacidad de control social en el contexto inmediato de los actores y ganar en abstracción, requiere que éste se traslade hacia ámbitos más generales. Esto supone la necesidad de instituciones para verificar el ejercicio o la garantía de los derechos de manera indirecta, abstracta, esto es, no local:

[...] Por eso, cuando la diferenciación de roles es muy especializada, las antiguas formas de control social, el autocontrol de cada individuo en relación con sus otros roles y el control externo inmediato del compañero que tiene enfrente (que ahora carece de los medios sancionadores de un nuevo encuentro en otros contextos de rol), no funcionan. El control debe realizarse ahora de forma más indirecta y más abstracta, por ejemplo, mediante la supervisión estatal o la observación colegiada. Esto ya hace necesarias otras formas más determinadas de establecer los derechos. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 5)<sup>36</sup>

40.1. Es particularmente relevante el traslado del control social al momento en que se observa que el Estado se debe vigilar a sí mismo cuando al hablar de derechos subjetivos se hace referencia a los derechos fundamentales, pues es el propio Estado, y no otro individuo, quien debe responder ante los reclamos de vulneración de esos derechos (incluso si los actos que llevan a la afectación de esos derechos tienen origen en la actuación de otros individuos y no de las instituciones estatales).

41. Como señala Luhmann, con estas evoluciones se hace necesario desarrollar formas de determinar los derechos, puesto que ya no es posible sólo indicar que cuando surge un derecho correlativamente surge una obligación, como aún se considera en el derecho privado,<sup>37</sup> surgiendo tanto el derecho como la obligación de forma contingente a través de un equilibrio

---

<sup>35</sup> Esto se desarrollará posteriormente.

<sup>36</sup> “[...] C’est pourquoi, lorsque la différenciation des rôles est fortement spécialisée, les formes plus anciennes du contrôle social, l’autocontrôle de chacun par égard à ses autres rôles et le contrôle extérieur immédiat par le partenaire qui vous fait face (auquel manque à présent le moyen de sanction que constitue une nouvelle rencontre dans d’autres contextes de rôles), ne fonctionnent pas. Le contrôle doit désormais être assuré sous une forme plus indirecte et plus abstraite, par exemple par la surveillance de l’État ou par l’observation collégiale. Cela, déjà, rend nécessaire d’autres formes, plus déterminées, de fixation de droits.”

<sup>37</sup> En *El derecho de la sociedad* Luhmann especificará que, además de la diferenciación entre derecho público y derecho privado, esto supone también una distinción respecto del *ius* en el antiguo derecho romano. (Luhmann, DS, 2005, p. 554)

situacional de las cargas, sino que finalmente se ha terminado por establecer, en el ámbito de los derechos humanos, que tanto los derechos como las obligaciones se consideran permanentes.<sup>38</sup> El ajuste de las cargas ya no será de manera individualizada.

Al mismo tiempo, como resultado de la especificación funcional, las relaciones pierden el margen para equilibrar las cargas. [...] La equidad ya no puede garantizarse mediante un equilibrio 'local' de intereses dentro de una única institución jurídica. Sería absurdo, por ejemplo, equilibrar los beneficios de la propiedad con las correspondientes obligaciones hacia quienes se ven obligados a respetar la propiedad. [...] El arreglo local y la no utilización de las posibilidades legales están incluso mal vistos, y no pocas veces prohibidos por la ley. [...] (Luhmann, FDS, 2009b, pp. 5-6).<sup>39</sup>

41.1. Desde el punto de vista de la sociedad, esto da oportunidad de reequilibrar los roles que puede jugar una persona, pues se constituye en una condición de libertad que permite la posibilidad de combinar diferentes roles sociales, evitando, al menos en principio, condicionamientos mutuos entre estos.

La equidad concreta se sustituye, por un lado, por un equilibrio *indirecto* entre las cargas particulares, por encima de la media, y, por otro lado, por un alto grado de *movilidad* en el establecimiento y la disolución de las relaciones jurídicas, que permiten al individuo equilibrar las oportunidades y las cargas en su combinación individual de roles. (Luhmann, FDS, 2009b, pp. 5-6)<sup>40</sup>

42. Lo que a nivel individual se observa como una posibilidad de coexistencia de roles sociales, presuponiendo cierta indiferencia entre estos, se correlaciona, al nivel de la sociedad, con la posibilidad de los acoplamientos estructurales entre sistemas sociales. La diferenciación funcional lleva a que la resolución de los problemas se difiera en tiempo y lugar en los sistemas sociales, y se realice mediante mecanismos altamente especializados, de manera que el *equilibrio de sus*

---

<sup>38</sup> El desarrollo de tipos de obligaciones en materia de derechos humanos, como obligaciones permanentes, se desarrollará en un apartado posterior.

<sup>39</sup> "Dans le même temps, du fait de la spécification fonctionnelle, les relations perdent le champ de manœuvre permettant l'équilibre des charges. [...] L'équité ne peut plus être garantie par un équilibre « local » des intérêts au sein d'une seule et même institution juridique. Il serait par exemple absurde d'équilibrer les avantages de la propriété par des obligations correspondantes à l'égard de ceux qui sont forcés de respecter la propriété. Au lieu de cela, on paie des impôts. [...] Un arrangement local et la non-utilisation locale des possibilités juridiques sont même désapprouvés, il n'est pas rare qu'ils soient interdits par le droit. [...]"

<sup>40</sup> "À l'équité concrète se substituent d'une part un équilibre *détourné* entre des charges particulières, dépassant la moyenne, d'autre part une *mobilité* élevée dans l'établissement et la dissolution des relations juridiques, qui permettent à l'individu d'équilibrer les opportunités et les charges dans sa combinaison de rôles individuelle."



*consecuencias*, aunque se da en tiempos separados, se desarrolla indirectamente de manera acoplada, particularmente por los medios de comunicación simbólicamente generalizados (como el poder o el dinero):

También hay que tener en cuenta que la diferenciación funcional conduce a técnicas de resolución de problemas muy especializadas, con la consecuencia de que a menudo resulta absurdo resolver los problemas allí donde están sus causas, o donde se producen, y entonces se hace en otro lugar. [...] Así que inevitablemente, y en gran medida, existen mecanismos para desplazar los problemas y equilibrar indirectamente las consecuencias. Esta desviación es en gran medida obra de los medios abstractos de comunicación, como el dinero o el poder de decisión vinculante. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 6)<sup>41</sup>

42.1. La libertad generada por esta forma de *equilibramiento indirecto* es una característica esencial de la diferenciación funcional de la sociedad, deriva de una inversión de la forma en que bajo otras formas de diferenciación social se consideraba a los individuos. Los individuos anteriormente requerían ser incluidos como tales, ahora sólo bajo una ficción (usualmente la forma *persona*) que les permite, en tanto ficción, quedar corporal e individualmente libres. La integración social individual pasó a ser sólo necesaria como integración sistémica (Luhmann, SS, 2006, pp. 490-491).

43. El derecho permite mantener una semántica de la reciprocidad pese a que no exista ésta, pese a que los sistemas sociales realmente difieran su operación y sólo mantengan su interacción que se constituye sólo por instantes (Luhmann, SS, 2006, pp. 479-480). De ahí que podemos ver que la estructura del derecho subjetivo, incluso más que la categoría persona, es la figura que permite tanto la operación jurídica de los derechos humanos, y a partir de ahí su semántica jurídica y social, puesto que, si bien las personas son las formas que sirven como referente para establecer el enlace operativo, el enlace mismo se lleva a cabo bajo la forma desarrollada por el derecho subjetivo.

---

<sup>41</sup> "Il faut par ailleurs tenir compte du fait que la différenciation fonctionnelle débouche sur des techniques de résolution des problèmes hautement spécialisées, avec cette conséquence qu'il devient souvent absurde de résoudre les problèmes là où se trouvent leurs causes, ou bien là où ils se présentent, et qu'on le fait donc ailleurs. [...] Il y a donc forcément, et dans une mesure considérable, des mécanismes de déplacement des problèmes et d'équilibrage indirect des conséquences. Ce détournement est largement l'œuvre des médias abstraits de communication, tels que l'argent ou le pouvoir de prendre des décisions contraignantes."

Desde el punto de vista de la forma jurídica, esto suele mantener la ficción de la reciprocidad inmediata de las prestaciones. Desde el punto de vista jurídico, este equilibrio indirecto difícilmente podría organizarse sin la figura del derecho subjetivo. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 6)<sup>42</sup>

43.1. Posiblemente, de esto puede entenderse por qué en el ámbito operativo de los derechos humanos tiene sentido preguntarse *qué se entiende por persona*,<sup>43</sup> pero no se pregunta *qué se entiende por derechos humanos*:<sup>44</sup> la categoría persona no es propiamente un “fundamento”, no ocupa el lugar de la paradoja, no es un punto ciego. En cambio, los derechos humanos (con la

---

<sup>42</sup> “Vu sous l’angle de la forme juridique, cela permet souvent de maintenir la fiction d’une réciprocité immédiate des prestations. Du point de vue juridique, pareil équilibre indirect ne pourrait guère être organisé sans la figure du droit subjectif.”

<sup>43</sup> A nivel internacional existe una diversidad de consideraciones en torno a lo quien se considera como titular de derechos humanos. En un principio se avanzó a considerar un avance significativo el que en el derecho internacional no sean ya solamente los Estados quienes pueden ser titulares de derechos, puesto que con los tratados de derechos humanos las personas pasaron a ser titulares directas de estos derechos. Sin embargo, tras este reconocimiento, se ha avanzado más en la discusión sobre quiénes son los titulares de derechos humanos, llegándose a este momento a considerar, en general, que lo son los individuos, la persona humana, aunque de forma excepcional lo pueden ser algunas personas jurídicas. Asimismo, entre una situación y la otra, se han reconocido matices o situaciones “intermedias”: por ejemplo, en el *Sistema Universal* se ha señalado que algunos derechos humanos pueden ser disfrutados colectivamente, que la vulneración de derechos de personas jurídicas puede ser equivalente a una violación de las personas individuales (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, párr. 9), que en el caso de discriminación racial la titularidad puede ser de personas individuales, grupos de personas o instituciones (CERD, 2003, párr. 6.4; 2005, párr. 7.4; 2013, párr. 11.2 y 11.3); asimismo, en el *Sistema Interamericano* se ha indicado que algunas personas jurídicas (sindicatos, comunidades indígenas) en específico sí gozan de derechos humanos directamente y que en algunos casos los derechos humanos pueden ser ejercidos a través de personas jurídicas (Corte IDH, 2016). De esta forma, aunque no existe una respuesta definitiva, es posible observar que la evolución de la determinación sobre qué incluye la categoría persona posiblemente no se ha concluido. Como corolario, es posible señalar que a nivel nacional se han desarrollado criterios. En México, también se ha requerido de determinación judicial, por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que: “*al disponer [la Constitución] que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales [...], no prevé distinción alguna, por lo que debe interpretarse en el sentido de que comprende tanto a las personas físicas, como a las morales, las que gozarán de aquellos derechos en la medida en que resulten conformes con su naturaleza y fines.*” (SCJN, 2015: P./J. 1/2015).

<sup>44</sup> La ausencia de operaciones jurídicas que indiquen qué es un derecho humano y el traslado de este problema al nivel de la autodescripción da lugar a que, por ejemplo, Cruz Parceró señale que: “Una teoría tendría que distinguir entre derechos humanos —cuya fuente jurídica puede ser la Constitución o un tratado internacional— y otros derechos fundamentales que establece la Constitución. [...] se trata de una cuestión del estatus especialmente importante de algunos derechos. Algunos derechos, pese a formar parte de una Constitución, no reúnen tal estatus, por lo que no habría que confundirlos con derechos humanos. Tenemos dos tipos de criterios para establecer qué es un derecho humano: un criterio filosófico y uno político-institucional. Si bien estos criterios pueden operar de forma coherente o armónica, no siempre es así.” (Cruz Parceró, 2017, p. 53). El recurso a definir los derechos humanos en razón de la moral o el iusnaturalismo sería parte de los problemas que ya Luhmann enfrentaba. Por otro lado, la discusión sobre qué son los derechos humanos ha llevado también a buscar definiciones formales o estructurales, donde destaca, Ferrajoli (Ferrajoli, 2006, pp. 45 y ss).

estructura esencial de los derechos subjetivos)<sup>45</sup> se dan por sentados, dando lugar a que el surgimiento (vía interpretación) de nuevos derechos humanos no se realice definiendo para ellos primero *qué son los derechos humanos* o argumentando *de qué forma los nuevos derechos responden a una previa estructura común*,<sup>46</sup> sino que simplemente se derivan, metonímicamente –por así decir– evitando contradicciones evidentes con los términos de origen, por lo que sería difícil esperar que alguna instancia estableciera una definición sobre los criterios para determinar qué sería considerado como un derecho humano.

43.2. En este sentido, si la categoría *persona* (y la categoría correlativa *víctima*) puede fungir como finalidad de los derechos humanos (Rueda Luna, 2019), lo es sólo en la medida que alude a la paradoja individuo/sociedad, cuya forma operativa es en la forma surgida a partir de los *derechos subjetivos*. De ahí se entiende por qué puede resultar socialmente que no toda persona es titular de derechos humanos,<sup>47</sup> aunque aún sería necesario comprender cómo es posible que no todo derecho subjetivo sea un derecho humano.

44. Los derechos subjetivos no sólo permiten la variabilidad de los roles de los individuos (y la integración sistémica). En las sociedades diferenciadas funcionalmente se requieren cambios constantes que no pueden realizarse bajo una estabilización sistémica vía reciprocidad sino que requieren de un mayor nivel de abstracción, que posibilitan esos derechos, con lo cual se provee de una constante y mayor capacidad de reequilibramiento sistémico de las relaciones sin tener que renegociar condiciones con cada persona y en cada ocasión. Las relaciones, así, prescinden de una forma política para adoptar una forma jurídica, aunque simultáneamente se mantenga la capacidad de la política para reequilibramientos circunstanciales en función del *status quo*:

---

<sup>45</sup> Se puede discutir si la conceptualización de los *derechos subjetivos* permite dar cuenta de lo que son los derechos humanos (Cruz Parceró, 2017a, 2017b), particularmente a partir de la amplitud de formas en que diversos autores han abordado la cuestión. No obstante, la caracterización sobre los derechos subjetivos de Luhmann se sustenta en su operación social, más que en su conceptualización jurídica.

<sup>46</sup> Así, a diferencia de la determinación en la operación del propio sistema jurídico (dentro de la jurisprudencia internacional y nacional) sobre los alcances de la categoría *persona*, no existe una determinación semejante sobre los alcances de la categoría derechos humanos. Esta categoría, en todo caso, se “desarrolla” al nivel de las autodescripciones del sistema jurídico, en su semántica.

<sup>47</sup> Como se indicaba en una nota anterior, los casos que se han reconocido aluden a cuando se trata de sindicatos, comunidades indígenas, cuando son objeto de discriminación racial, o en los casos en que tienen un efecto extensivo en razón de la naturaleza de la persona jurídica o sus fines.

“ Los tipos impositivos deberían, por ejemplo, poder ser modificados sin que el Estado se vea forzado a renegociar toda su relación con las personas afectadas, concediendo beneficios como privilegios o libertades. [...] En todo esto, saber en qué medida es necesario tener en cuenta el *statu quo* y reequilibrar derechos y deberes entre las personas afectadas no es más que una cuestión política, y deja de ser una cuestión de derecho.” (Luhmann, FDS, 2009b, p. 6)<sup>48</sup>

45. La posibilidad de variabilidad aportada a través de los derechos subjetivos no es, sin embargo, orientada sólo hacia el cambio, de manera que toda operación mediante los derechos subjetivos implique la *transformación* como lógica permanente. Los derechos subjetivos de igual forma facilitan la *conservación*. Luhmann señala el potencial de posibilidades combinatorias que se desarrollan, entre la el cambio y la conservación, gracias a la abstracción de los derechos subjetivos facilita la adaptación del derecho.<sup>49</sup>

Al igual que la variabilidad, la protección contra la variabilidad, sin embargo, también necesita la forma más abstracta del derecho subjetivo. Esto no es una contradicción: esto significa solamente que se necesita buscar y encontrar el equilibrio sostenible entre conservación y transformación en las categorías más abstractas que permitan más posibilidades de combinación. [...] Sólo el derecho subjetivo podría ser garantizado de manera abstracta sin tener un efecto inmovilizador retroactivo sobre el conjunto del orden jurídico y, a diferencia de los privilegios medievales, ser al mismo tiempo garantizado su cumplimiento. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 6-7)<sup>50</sup>

45.1. Para dar cuenta de la dinámica de transformación y conservación puede observarse la relevancia operativa de los derechos subjetivos, como derechos humanos, si se considera la forma operativa de las paradojas y las tautologías. Posiblemente a ello podría deberse la posibilidad de que estos derechos puedan presentarse semánticamente como *normas irrenunciables*<sup>51</sup> (la forma

---

<sup>48</sup> “Les taux d'imposition doivent par exemple pouvoir être modifiés sans que l'État ne soit forcé de renégocier la totalité de son rapport avec les personnes concernées en accordant des avantages comme des privilèges ou des libertés. [...] Dans tout cela, savoir dans quelle mesure il faut tenir compte du statu-quo et rééquilibrer droits et devoirs entre les personnes concernées n'est plus qu'une question politique et cesse d'être une question de droit.”

<sup>49</sup> Esta capacidad de adaptación posteriormente se tratará de forma más amplia.

<sup>50</sup> “Tout comme la variabilité, la protection contre la variabilité a cependant elle aussi besoin de la forme plus abstraite du droit subjectif. Ce n'est pas une contradiction: cela signifie seulement qu'il faut chercher et trouver l'équilibre durable entre conservation et transformation dans des catégories plus abstraites qui permettent plus de possibilités de combinaisons. [...] Seul le droit subjectif pouvait être garanti de façon abstraite sans effet immobilisant rétroactif sur l'ensemble de l'ordre juridique et, à la différence des privilèges médiévaux, être en même temps assuré d'être mis en œuvre.”

<sup>51</sup> Lo cual no significa que operativamente todos los derechos humanos se consideren irrenunciables, aunque semánticamente se observen de esta forma. En todo caso, podría indicarse que adquieren cierta irrenunciabilidad respecto de otro tipo de derechos, incluso de otro tipo de derechos subjetivos.

tautológica) y ser, al mismo tiempo, mecanismos de transformación (la forma paradójica), donde puede observarse su función inclusiva como resultado de ser una forma de desarrollo de la paradoja individuo/sociedad, que para los sistemas sociales se traduce en el problema inclusión/exclusión, y para el derecho en la necesidad de operar lo incluido bajo la forma igual/desigual, enfrentándose, internamente, a sus problemas de consistencia (como se desarrollará posteriormente).

46. En otras palabras, la separación *social* del derecho respecto de las determinaciones “locales”, mediante la abstracción, cuya comprensión dentro del *derecho* es vista como una ruptura de la interrelación entre derechos y deberes, permite también la elasticidad adaptativa sistémica del derecho.<sup>52</sup> Sin embargo, las determinaciones locales (como equilibrio situacional entre deberes y derechos) no pueden dejar sólo vigentes a los derechos (ahora desvinculados de los deberes por el proceso de abstracción), ya que ahora requieren equilibrarse a través de otros medios, también más abstractos e indirectos, aunque esto necesariamente puede llevar al descuido de aspectos estructurales:

No se puede simplemente desechar la actividad de equilibrar derechos y deberes, es necesario reemplazarla por formas más abstractas [...] esta debe ser realizada por estructuras y procesos que se asocien de forma menos directa, que actúen de forma indirecta y sean más ricos en alternativas. [...] la insistencia en el derecho subjetivo en tanto derecho lleva fácilmente a descuidar las cuestiones estructurales.<sup>53</sup> (Luhmann, FDS, 2009b, p. 7)

46.1. Posiblemente, el descuido *acumulado* de aspectos estructurales pueda estar relacionado con aquellos temas que los sistemas no consideran en sus comunicaciones, incluso por la necesidad de priorizar las propias necesidades sistémicas. Algunos podrían encontrarse en los

---

<sup>52</sup> “la abstracción reside [...] en la renuncia a un equilibrio ‘local’ de las prestaciones en la institución jurídica tomada aisladamente, en una renuncia a la imbricación concreta e intermedia de derechos y deberes considerada como condición de la juridicidad en general [...] para lograr una mayor elasticidad adaptativa del derecho como estructura de la sociedad.” (p. 7) [“l’abstraction réside [...] dans le renoncement à un équilibre «local» des prestations dans l’institution juridique prise isolément, dans un renoncement à l’emboîtement immédiat et concret des droits et des devoirs considéré comme condition de la juridicité en général [...] afin d’atteindre une élasticité adaptative supérieure du droit comme structure de la société.”]

<sup>53</sup> “On ne peut pas simplement laisser tomber l’activité visant à équilibrer les droits et les devoirs, il faut la remplacer par des formes plus abstraites [...] il doit être réalisé par des structures et des processus qui s’associent de manière moins directe, qui agissent de manière détournée et sont plus riches en alternatives. [...] l’insistance sur le droit subjectif en tant que droit induit facilement à négliger les questions de structure.”

efectos acumulados de la inclusión/exclusión que posteriormente pueden ser reintroducidos como programas, como se indicará más adelante.

47. Por otro lado, Luhmann advierte frente a cierta tendencia a regresar a la situación previa en que se buscaba el equilibrio entre derechos y deberes (de manera local, menos abstracta), ya que, aunque ello puede ser visto como un efecto conservador de intereses (del status quo), en realidad se trata de “sustraer las cuestiones estructurales a la atención y la problematización”<sup>54</sup> (p. 8) como resultado de los problemas de *variación estructural*, pese a que precisamente el desarrollo de estructuras posibilita soluciones a partir de ellas.

Sus razones radican más bien en el problema de la variación estructural. Una complejidad creciente de los sistemas sociales tiene como consecuencia típica el hecho de que las decisiones sobre las estructuras son más difíciles de tomar porque tienen más consecuencias — mientras que es más fácil encontrar una solución a los problemas derivados de una estructura establecida porque están disponibles en todas partes las alternativas y las posibilidades de sustitución. (Luhmann, FDS, 2009b, p. 8).<sup>55</sup>

47.1. Al habilitar posibilidades de transformación estructural, los derechos subjetivos se encuentran en una tensión, particularmente porque permiten la irritación del sistema jurídico, entre otras razones porque los derechos subjetivos también fungen como acoplamiento estructural entre la conciencia de los individuos y el sistema jurídico. (Luhmann, DS, 2005, pp. 552-553).

47.2. Más aún, esta situación permite, simultáneamente, un acoplamiento estructural, a partir de los individuos, con los demás sistemas funcionales, y una compensación para los individuos por los cambios surgidos con la diferenciación funcional de la sociedad, al grado que el derecho se comporta como un *sistema de captación de consecuencias*:

las nuevas formas de acoplamiento que se desarrollaron, las formas que enlazan los sistemas funcionales particulares, coinciden con la institución jurídica de los derechos individuales. [...] en una extensión amplia, el sistema jurídico actúa -en

---

<sup>54</sup> “soustraire les questions de structure à l’attention et à la problématisation”.

<sup>55</sup> “Ses raisons résident plutôt dans la problématique de la variation structurelle. Une complexité croissante des système sociaux a pour conséquence typique le fait que les décisions portant sur les structures sont plus difficiles à prendre parce que plus lourdes de conséquences — tandis qu’il est plus facile de trouver une solution aux problèmes découlant d’une structure donnée parce que l’on dispose partout d’alternatives et de possibilités de substitution.”

todo caso, en un principio- como un sistema de captación de consecuencias que para el individuo trae aparejada la reestructuración de la sociedad, en el sentido de la diferenciación funcional. En compensación por la pérdida de todas sus posiciones fijas, el individuo es ahora provisto de derechos subjetivos. (Luhmann, DS, 2005, p. 558)

47.3. Esta forma de comportamiento del derecho funge como un rendimiento para la sociedad, sin embargo, esto eventualmente requeriría de evoluciones estructurales de mayor abstracción, ya que la simple agregación de derechos subjetivos evidentemente resultaría problemática:

En la línea de tales compensaciones se complementan luego los simples derechos de libertad con derechos sociales; los derechos de oposición, con derechos de participación: como si el problema en la forma jurídica misma pudiera ser resuelto con meros añadidos. (Luhmann, DS, 2005, pp. 558-559)

48. Las evoluciones estructurales que han podido desarrollarse desde entonces requieren indicar los aspectos estructurales (y formales) que la sociedad busca requerir de los derechos humanos, en el marco de lo que estos pueden realizar con los mecanismos operativos del derecho.

48.1. Luhmann señala que el fundamento de los derechos subjetivos no puede encontrarse en la pregunta por el sujeto. Por ello, debe lograrse problematizar como los derechos subjetivos despliegan la paradoja individuo/derecho. Para ello, más que atender a las tematizaciones semánticas en el marco de las autodescripciones es necesario dar cuenta de su operatividad estructural en el derecho, donde la comprensión de los derechos subjetivos es esencial.

48.2. Con ese objetivo —extendiendo lo que en ese apartado indica Luhmann respecto de la Constitución y los valores—, no debería olvidarse que los derechos humanos (o fundamentales), vistos como valores, cumplen una función semántica distinta que, en su caso, requiere ser problematizada recordando que ésta no implica la operación estructural de estos derechos en el sistema jurídico:

la interpretación de la Constitución desemboca en un doble lenguaje. Se habla de “derechos fundamentales” de cara a la administración de justicia: instrumental técnico de los derechos subjetivos, derecho, capacidad de entablar una demanda, responsabilidad limitada... En cambio, se habla de “valores fundamentales” cuando se trata de un enaltecimiento semántico en aras de la legitimación del derecho. (Luhmann, DS, 2005, p. 600)

## F. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

49. Luhmann sostenía en su libro *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política* (1965), que estos derechos más que ser normas supra-positivas, cumplían una función social, al evitar “el peligro de la desdiferenciación” porque impiden “que todas las comunicaciones se encaminen a los fines particulares de la burocracia estatal, haciendo así posible que dichos fines se racionalicen en dirección de una prestación *funcional específica*”, puesto que la comunicación debe mantenerse “completamente abierta a la diferenciación”<sup>56</sup> de los sistemas sociales. Sin embargo, en el momento de escribir este libro él observaba una diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, pues mientras consideraba que los primeros se relacionaban “con este momento del desarrollo civilizatorio de la sociedad” que se presentaban para buscar “contrarrestar las tendencias involutivas contenidas en él”, los segundos eran “algo enteramente distinto” con una pretensión de ser “eternos” (Luhmann, DFI, 2010a, pp. 99).

50. Esta consideración tendría una modificación con el tiempo, puesto que en *El derecho de la sociedad* (2005 [1993]), indicaría que la semántica de los derechos humanos estaría cambiando problemáticamente por extenderse de manera “inflacionaria”:<sup>57</sup>

“En la actualidad se entiende, cada vez más, por derechos humanos no sólo los derechos de protección, sino también los derechos asistenciales; en particular, en aquellos casos de patente desabasto y necesidad. [...] Sin embargo, existe el peligro, en esta extensión de inflacionar e ideologizar la discusión, además de que

---

<sup>56</sup> Para comprender el alcance de esta indicación, debe considerarse que para Luhmann la diferenciación funcional de la sociedad significa que ésta sucedió en la sociedad de forma que ésta pasó de un orden jerárquico (estamentario) a uno horizontal equivalencial formado por sistemas sociales que pretenden ser omniabarcativos de la sociedad y que, aunque no tienen el mismo peso socialmente, cumplen funciones específicas. Estas usualmente se encuentran relacionadas a través de su *código* (el elemento que les permite diferenciarse de otros sistemas, operar y clausurarse operativamente) con problemas que se asocian a alguna necesidad de las personas (a lo que le denomina como *mecanismo simbiótico*), por ejemplo: la *verdad* del sistema de la ciencia, con la percepción humana; el *poder* del sistema de la política, con la fuerza; el amor del sistema de las relaciones íntimas, con la sexualidad; el dinero del sistema de la economía, con la satisfacción de necesidades (Luhmann, PS, 2009a, p. 117).

<sup>57</sup> La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, deriva fundamentalmente del orden de observación. Así, “En léxico jurídico y político se ha ido acumulando una gran variedad de términos para designar, en el ámbito de disciplinas distintas, este tipo de derechos: «derechos públicos» o «constitucionales» en la doctrina constitucionalista, «derechos personalísimos» o «de la personalidad» en la civilista, «derechos humanos universales» en la internacionalista., «derechos de ciudadanía», «derechos 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» en las filosofías iusnaturalistas del derecho y en las teorías de la justicia.” (Ferrajoli, 2011, p. 685) o, incluso, garantías individuales, en algunas dogmáticas jurídicas como la mexicana.



se presenta aquí el problema de que los destinatarios no son ya, en sentido estricto, los transgresores del derecho, sino quienes podrían ayudar. El problema de los derechos humanos se funde con un deseo enorme expandido de trabajo social y ayuda para el desarrollo. [...] La inflación arruina el valor del medio simbólico [...]” (Luhmann, DS, 2005, pp. 655-656).

51. Puede considerarse que en esos momentos el medio simbólico implicaba una falta de positivización de los derechos humanos, ya que simultáneamente sostenía que únicamente la positivización jurídica de los derechos fundamentales les permitía que estos tuvieran un funcionamiento social (p. 655).<sup>58</sup>

52. Esta diferencia de naturaleza y efectos sociales se ha ido transformando de tal manera que en este momento, sería necesario comprender *a)* si los derechos humanos se establecen, como los derechos fundamentales, asociados a sistemas sociales para garantizar el funcionamiento de los *códigos* de cada sistema<sup>59</sup> o si tienen alguna otra función social; y, por otro lado, *b)* cómo han podido transitar, más allá de observárseles como una idea “inflacionaria” del derecho, a una configuración que funcione en el sistema de la política, así como respecto de otros sistemas. En relación al primer tema, sería posible indicar que algunos derechos, como el derecho al agua o el derecho a un medio ambiente sano, podría implicar que existen derechos que no sólo se refieren a los sistemas funcionales, pues, estos derechos en particular se encuentran asociados al entorno de la sociedad (los problemas ecológicos, por ejemplo, indica Luhmann, sólo pueden ser observados desde varios sistemas). En relación al segundo problema, podría indicarse que la producción de semántica de derechos humanos podría ser una prestación del sistema jurídico para otros sistemas o para la propia sociedad.

53. Podría admitirse que no todos los derechos fundamentales o humanos sustentan la diferenciación de sistemas sociales específicos, aunque se reconozca que estos tengan su “unidad funcional e institucional” en “preservar la diferenciación social”. Esto ya observaba Luhmann

---

<sup>58</sup> Luhmann subraya el carácter de los derechos fundamentales como aquellos establecidos y con operatividad en el orden jurídico.

<sup>59</sup> Al momento de escribir *Los derechos fundamentales como institución*, Luhmann, no se refería a su concepto de *código* como lo haría posteriormente, puesto que su lectura de los derechos devenía de una cercanía mayor con la teorización de Parsons, por ello, en ese momento se circunscribiría específicamente a la unidad de la función de los sistemas de acción, de acuerdo a la categorización de éste (Luhmann, DFI, 2010a, pp. 296 y ss.). En ese sentido, se asume la traducción de las funciones de esos sistemas de acción a algunos de los sistemas sociales definidos posteriormente en los términos de la teoría de Luhmann, que se definen en función de su *código* como el elemento que constituye la clausura operativa del sistema y permite su autopoiesis.

cuando indicaba que “Si la trayectoria de esta protección se limitara, por ejemplo, a preservar la personalidad (como lo supone la dogmática dominante) el orden total apenas si podría estabilizarse” (Luhmann, DFI, 2010a, p. 312). Asimismo, también habría que admitir que la idea “inflacionaria” tampoco implicaría que otros derechos que no fueron considerados originalmente en 1965 por Luhmann no funcionen como garantía de la diferenciación social, como sucede con aquellos que, por el contrario, cabrían en su noción de derechos asistenciales;<sup>60</sup> en donde un caso emblemático sería el derecho a la educación que también sustenta la diferenciación funcional del sistema de la educación.<sup>61</sup>

54. Así, también podría asumirse que los derechos fundamentales pueden funcionar, en su conjunto (esto podría ser: como subsistema), como garantía de la diferenciación funcional. A partir de esta consideración, sería necesario recordar que, al menos en el contexto mexicano, los derechos fundamentales y los derechos humanos han pasado a tener una misma naturaleza a partir de la reforma constitucional del año 2011 en que se asimilaron ambos al reconocerse los derechos provenientes del ámbito internacional como derechos positivizados jurídicamente en el orden jurídico interno,<sup>62</sup> dando lugar a que se modificara el *control de constitucionalidad y convencionalidad*, pasando de ser un control concentrado (que sólo podía realizar el poder judicial

---

<sup>60</sup> En realidad, la noción original de los derechos fundamentales considerados por Luhmann se orientaba a los que son reconocidos como derechos civiles y políticos, los que él denomina como *derechos de protección*, en tanto que los *derechos asistenciales* corresponden a los que se reconoce como derechos económicos, sociales y culturales (entre los que se encuentran el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo más que a la profesión, etc.), por lo cual los asocia más al desarrollo y a la ayuda frente al desabasto y la necesidad.

<sup>61</sup> Dado el énfasis en el tema asistencial, habría que señalar que la idea de desarrollo actualmente es un componente esencial de los derechos humanos, no sólo por el principio de *progresividad* sino porque las propias *obligaciones generales del estado* fueron establecidas en esos términos. Estas obligaciones, como las conocemos, fueron reconocidas originalmente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siguiendo el trabajo de Asbjørn Eide, en su calidad de *Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a una alimentación adecuada como un derecho humano*, quien las concibió como “niveles” de actuaciones que los Estados deben realizar para garantizar para el goce de los derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987) bajo la idea de desarrollo. La forma de especificar esta idea termina por generar formas de programas condicionales que así pueden dar lugar a una intervención jurídica.

<sup>62</sup> En la Constitución mexicana se modificó incluso la denominación original del primer capítulo para pasar de denominarse “De las Garantías Individuales” a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Asimismo, la identidad entre derechos humanos (internacionales) y derechos fundamentales (constitucionales, o bien, positivizados en el orden jurídico interno) se estableció en los párrafos primero y segundo del artículo primero:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano [...].

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia [...]”.

federal) a un control difuso (que pueden realizar todas las autoridades de acuerdo a sus facultades específicas). En este sentido, la diferencia jurídica conceptual entre unos y otros, que se basa fundamentalmente en la positivización en el orden jurídico interno, habría sido difuminada. Con ello, sería posible señalar no sólo que otros derechos sustentan la diferenciación funcional de los sistemas sociales, sino que en la actualidad éstos se desarrollan tanto en el ámbito nacional como en el internacional, aunque de forma genérica les conocemos como derechos humanos, y también que, en la medida en que obedecen a esquemas de regulación comunes, estos esquemas pueden ser parte de la garantía de la diferenciación funcional de la sociedad.

#### **G. INDIVIDUO/DERECHO, INCLUSIÓN/EXCLUSIÓN E IGUAL/DESIGUAL**

55. La recuperación y discusión de los anteriores textos sobre los derechos humanos permite situar algunas conclusiones sobre su operación hasta el momento en que Luhmann los conceptualizó en los años 90. Sin embargo, resulta sustantivo situar sus implicaciones en la observación actual de los derechos humanos; para ello, es posible proceder bajo su sugerencia de situarse en un nivel de abstracción que permita identificar las estructuras sociales y correlacionarlas con una observación formal de sus distinciones. Esto se puede buscar señalando las distinciones con que se rige la operación social específica en observación, así como explicando su forma de operar y sus articulaciones con otras distinciones.

56. En esos términos, es posible identificar que, al hablar de derechos humanos, será necesario desarrollar una conceptualización sobre: (a) la distinción directriz individuo/sociedad, aunque al operar en el sistema funcional derecho se identifica como individuo/derecho. Esta distinción básica, sin embargo, se observará bajo el esquema operativo de los sistemas funcionales en la sociedad funcionalmente diferenciada, por lo que –como se verá– es necesario conceptualizar (b) la *inclusión/exclusión* en la sociedad (en sus formas específicas al nivel operativo de la *sociedad*, de los *sistemas funcionales* y, específicamente, del sistema funcional *derecho*, y de las *organizaciones*), y atendiendo a problemas que derivan de la *sociedad mundial*; para, finalmente, considerar (c) la forma operativa del esquema igual/desigual específicamente en el derecho. Esta idea se puede resumir en la siguiente tabla:

Tabla. Observación y operación de los derechos humanos en la sociedad

sociedad mundial			
individuo / sociedad	inclusión / exclusión	- sociedad	
		- sistemas funcionales	derecho (indiv/der) • igual / desigual
		- organizaciones	

56.1. La anterior esquematización puede expresarse en diversos niveles de abstracción y profundidad, sin embargo, para efectos de este trabajo constituye solamente una visión general (un mapeo) sobre cómo la distinción individuo/sociedad constituye una referencia (insuficiente pero necesaria) a la unidad paradójica de la sociedad que se despliega desde el derecho como derechos humanos a partir de las distinciones operativas inclusión/exclusión (en el marco de la sociedad mundial) e igual/desigual.

56.2. El despliegue de este esquema general será el que se buscará desarrollar en lo subsecuente, hasta justo antes de considerar las evoluciones estructurales (u operativas) internas del derecho que son semantizadas como derechos humanos. En ese momento será necesario mostrar un planteamiento adicional que permita visualizar la exposición subsecuente.

57. Una discusión sobre la sociedad mundial se irá indicando en diversos momentos, dada su “transversalidad”. Esta discusión es necesaria debido a que integra una observación sobre lo problemático de la *espacialidad*. Así, se busca establecer presupuestos teóricos para dar cuenta de las circunstancias espacio-temporales de la evolución de los derechos humanos, en particular, atendiendo a los efectos de las exclusiones agregadas en la sociedad mundial. Sin embargo, como se ha señalado al inicio, la discusión central sobre la evolución se busca desarrollar bajo un vector de observación que centre y analice las formas o distinciones operativas. Por ello, también la exposición inicial se basa en esas distinciones.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Como se sugiere en la exposición, una observación de este tipo buscaría enfatizar un esquema de *tiempo-espacio*, en tanto la observación del orden de la sociedad mundial enfatizaría un esquema de *espacio-tiempo*.

## G.1. La distinción individuo/sociedad - individuo/derecho

### G.1.1. Individuo

58. La noción de individuo, en el marco de la teoría de sistemas, supone a los seres humanos como parte de un proceso de diferenciación social, puesto que la individualización y la individualidad es resultado y forma parte de la diferenciación funcional de la sociedad (Luhmann, III, 1995b). Así, el individuo es más que el resultado de la convergencia de un sistema biológico, un sistema neurológico y un sistema psíquico, pero también permanece indeterminado en cuanto es, también, el resultado de estos sistemas. Más aún, incluso, los seres humanos, en cuanto tales, no son parte de la sociedad sino de su entorno, pues como sistemas psíquicos no operan en la comunicación de la sociedad, sino que simplemente son presupuestos (como *interpenetración*). Y la misma noción *persona*, como forma de identificación de sí misma, es una *forma* que requiere el uso de otras distinciones para operar, pues, como sistemas psíquicos, aplican la forma autorreferencia/heterorreferencia para poder identificarse a sí mismos, ya sea respecto del mundo, o respecto del cuerpo y de los sistemas sociales, generando así una personalidad, de manera que “*las personas sirven al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales*” (Luhmann, FP, 1998c, p. 243).

59. Referido lo anterior, es posible ubicar algunas especificidades de la distinción individuo/sociedad a partir de identificar otras distinciones a las que se asocia. En estos términos, puede considerarse que para este trabajo, al menos, habría que referir las distinciones: (a) individuo/mundo, (b) individuo/sociedad, y (c) individuo/sistema funcional (o individuo/derecho). En lo subsiguiente, buscaremos situar de manera sucinta las dos primeras, para dar lugar, en el marco de la tercera, a la distinción individuo/derecho, propia del sistema jurídico.

### G.1.2. Distinción mundo/individuo

60. La distinción mundo/sociedad se asocia a la distinción sistema/entorno, en función de que la (auto)observación en el mundo permite distinguir entre sistema y entorno, de manera que puede ser posible la sociedad como sistema, como comunicación (Luhmann, SS, 2006, p. 139). El mundo, como se detallará posteriormente, es el lado *unmarked* de todas las formas, de todas las

distinciones y, consecuentemente, es inaccesible; además, el mundo no puede ajustarse a un reconocimiento del mismo como la *totalidad* de todas las cosas, puesto que también es su lado *unmarked*. Permanece en vacío, sin-nombre.

60.1. Por ello, la distinción mundo/individuo se presenta como un “abismo ontológico entre el sujeto y el mundo” que puede considerarse como “indescriptibilidad del mundo” (Luhmann, OR, 1993c, p. 492), de ahí la necesidad de fondo de trasladar la observación fuera del marco dado por esta distinción; pero, por otro lado, también la necesidad de reconocer que el mundo y los individuos, suponen una mayor complejidad, en tanto *entorno*, que lo comunicable, y desde ese lugar se generan paralelamente irritaciones a la sociedad y sus sistemas funcionales.

Si concebimos la sociedad como un sistema autopoietico que produce y reproduce la comunicación mediante una red de comunicaciones, los problemas ecológicos y los problemas relacionados con las personas son cuestiones estrictamente paralelas. Las condiciones ecológicas y los individuos son hechos del entorno. No operan dentro del sistema social de la sociedad. No son comunicaciones, sino que se mantienen y reproducen mediante otro tipo de operaciones. (Luhmann, OR, 1993c, p. 494)<sup>64</sup>

### G.1.3. Distinción individuo/sociedad

61. A partir de lo anterior, puede verse que, si bien la distinción mundo/individuo implica una posición externa a la sociedad en ambos lados de la distinción, la distinción individuo/sociedad sólo lo implica en cuanto al individuo, el cual ha quedado fuera de la sociedad (concebida como comunicación), permitiéndose así que los individuos puedan participar de todos los sistemas funcionales sin ser parte interna de ellos.

a partir de nuestro concepto-de-sociedad [...] la distinción individuo/sociedad [...] describe una diferenciación societal externa. Con esta distinción se significa —sin reconocerlo ni hacer una recepción teórica— que la sociedad moderna no consiste de individuos ni se deja ya describir de esa manera, sino que a los individuos —en cuanto existencias corpóreo-mentales debe atribuirse una posición externa. Esto también es consecuencia necesaria de la diferenciación

---

<sup>64</sup> “If we conceive of society as an autopoietic system producing and reproducing communication by a network of communications, ecological problems and person-related problems are strictly parallel questions. Ecological conditions and individuals are environmental facts. They are not operating within the social system of the society. They are not communications but maintain and reproduce themselves by other kinds of operations.”

funcional puesto que esta forma de diferenciación excluye que los individuos concretos se asignen a los sistemas funcionales como se asignan por ejemplo a las familias, a las casas, a los pueblos, a las ciudades, a los estamentos sociales. Ahora cada individuo debe poder participar en todos los sistemas funcionales [...]. (Luhmann, SS, 2006, p. 844).

61.1. El hecho de que se considere a los individuos como externos a la sociedad no implica que no puedan ser conceptualizados semánticamente, sino que operativamente (estructuralmente) no actúan, como tales, dentro de los sistemas funcionales, y, por esta vía, en la sociedad. Participan en cada sistema funcional de acuerdo al rol con que en cada sistema funcional se les reconoce: sujeto jurídico, cliente, feligrés, etc. En las organizaciones, pueden participar conforme a las formas de membresía. Sin embargo, al nivel del sistema omniabarcador sociedad, semánticamente también persiste con la forma persona, y pueden tener participación o ser reconocidos en ese nivel en los diferentes sistemas funcionales y, también, incluso aludiendo a su individualidad, mediante movimientos de protesta o medios de comunicación, por ejemplo. En todo caso, puede considerarse que los individuos pueden aún irritar a la sociedad, como sistema omniabarcador, más allá de los sistemas funcionales específicos, aunque también en el nivel de estos sistemas (Luhmann, SS, 2006, pp. 636-637). La forma individuo/sociedad persiste pese a que al interior de los sistemas funcionales específicos no tenga operación dando un status a los *individuos*. Esto es, aunque sí puedan ser reconocidos como parte del entorno, de eso “no se sigue [...] una competencia interna del sistema para el tratamiento de cuestiones referidas al entorno”.

los sistemas orientados hacia el sentido siempre operan con el contexto de autorreferencia/ heterorreferencia. No pueden olvidar su entorno, sigue estando presente en la inclusión de lo excluido. Esto mismo es válido para la comunicación ordinaria, para la continuación de la *autopoiesis* del sistema. De eso, sin embargo, no se sigue la diferenciación de una competencia interna del sistema para el tratamiento de cuestiones referidas al entorno. (Luhmann, SS, 2006, p. 636)

Toda información sobre el entorno se produce en los sistemas funcionales así como en los movimientos suplementarios de protesta. [...] cuya integración sólo puede consistir en una delimitación recíproca de los grados de libertad autopoieticamente posibles en sí. Pero, entonces, ¿qué es el “entorno” y qué efectos tienen sobre la sociedad esas limitaciones del trato con el entorno? Esta pregunta remite al problema de las consecuencias societales de la diferenciación funcional.

Si se conceptúa a la sociedad como *autopoiesis* de la comunicación todo lo que está excluido pertenece al entorno. [...] Tenemos entonces dos clases de

entornos, los cuales se distinguen entre sí, según si contribuyen a la continuación de la comunicación, esto es: si son abordables como “personas” o no. La biomasa de los cuerpos humanos participa de ambos entornos y ofrece de facto el punto de vista desde el cual la comunicación societal se ocupa de problemas del entorno sobre todo en cuanto problemas de supervivencia de la humanidad. (Luhmann, SS, 2006, p. 637)

61.2. Luhmann subraya que la distinción individuo/sociedad se puede ubicar dentro del marco de los procesos que han existido para referir la simbolización “de la unidad del todo” (aunque no ha sido el único), pues la sociedad, que anteriormente podía representarse unitariamente, ahora únicamente se podría “identificar de modo paradójico o tautológico” y se invisibiliza su unidad a través de distinciones (Luhmann, SS, 2006, p. 840-842): la evolución de la sociedad hacia una diferenciación funcional se realizó en las dimensiones objetual, temporal y social del sentido (Luhmann, SS, 2006, pp. 840-857), teniendo como efecto que su unidad e identidad sólo pudiera ser señalada mediante distinciones operantes desde los sistemas funcionales, es decir, con representaciones específicas de la sociedad en cada sistema, por lo que necesariamente se carece de una forma única de representar su unidad.<sup>65</sup> De ahí que representaciones de la unidad como individuo/sociedad, que no forma parte de la representación de ningún sistema funcional, carece de una operación específica que se desarrolle en algún sistema funcional específico. No obstante, podría ser posible señalar cierta funcionalidad, para lo cual se comentarán los aspectos referidos a cada dimensión del sentido, de acuerdo a las indicaciones de Luhmann contenidas en *La sociedad de la sociedad*.

61.2.1. En cuanto a la dimensión *objetual*, la sociedad ha podido ser referida con diferentes distinciones: estado/sociedad, individuo/sociedad y comunidad/sociedad (Luhmann, SS, 2006, pp. 842-846). Estas distinciones “contribuyen a la descripción ‘objetual’ de la sociedad moderna”, pero “el objeto”, la sociedad, “se reduce [...] a uno de los dos lados de la distinción [...] como antítesis del otro. De esta manera surgen múltiples conceptos de sociedad” según a qué “se contraponen”, por lo cual se carece “de un concepto unitario”, de “un concepto del sistema omniabarcador de la sociedad” (Luhmann, SS, 2006, pp. 846-847). Sin embargo, es conveniente destacar que, en cuanto a la diferencia individuo/sociedad, señala que en el marco de ésta se dado la problematización de “lo que significa la inclusión social para volver a regularla nuevamente mediante nuevos conceptos de valor como los de libertad e igualdad.” (Luhmann, SS, 2006, p. 844), así como la posibilidad de

---

<sup>65</sup> Además de que cualquier representación de la misma está sujeta a ser observada desde una observación de segundo orden (Luhmann, SS, 2006, pp. 879-893)



identificar al individuo como un valor supremo y una concepción del individuo como “*distinto de sí mismo*”, a partir del desarrollo de la individualidad (incluso en el marco de la población) y de la posibilidad de distinguir incluso un nivel inconsciente, al tiempo que se concibe como un objetivo la autorrealización de cada individuo (Luhmann, SS, 2006, p. 845). Estos elementos, relacionados con el individuo, configuran parte de lo que se concibe como derechos humanos (en particular los valores de libertad e igualdad), donde posiblemente el ámbito que resulta problemático se constituye por los objetivos de autorrealización que se muestran como inacabables (en este nivel, es posible identificar el desarrollo de un principio de, o derecho a la, diferencia, según se verá).

61.2.2. En cuanto a la dimensión *temporal*, se termina generando una conceptualización pasado/futuro, en la que “[a]l parecer lo que importa es lograr que lo pasado se vuelva punto de referencia de las externalizaciones” (mediante la historia), de manera que el presente se vuelve una “cesura” y “se puede (al menos por un cierto tiempo) tolerar la incertidumbre del futuro.” Futuro que “no indica de manera inmediata indeterminación del mundo, sino sólo apertura de aquellas condiciones que se darán en el progreso real de la humanidad.” (Luhmann, SS, 2006, p. 849). Se logra, finalmente, que mediante la descripción del tiempo con la distinción pasado/futuro, “la sociedad se encuentra entre un pasado que ya no es válido ni vinculante y un futuro todavía indeterminado”, aunque el futuro se oscurezca, y el presente se presenta como “la unidad de la diferencia de pasado y futuro.”, de manera que el presente “se catapulta a sí mismo más allá del tiempo”, como “tiempo en el cual no se tiene tiempo”, que se logra desparadojizar “en la medida en que se distingue entre pasado-presente o futuro-presente y los presentes pasados o futuros, es decir, la conceptualización del tiempo se modaliza por partida doble.” Se logra “la historización de la conciencia histórica.” (Luhmann, SS, 2006, pp. 850-851). La comprensión problemática del futuro (y del tiempo) debe considerarse en razón de la función temporal del derecho y de los derechos humanos. El derecho da lugar a una relación con el futuro, con las expectativas, que tensiona con la dimensión social del sentido; “el derecho se presenta como una forma relacionada con el problema de la tensión entre dimensión temporal y dimensión social y es el que permite soportarla —aun en condiciones de incremento evolutivo de la complejidad social.” (Luhmann, DS, 2005, p. 188). En este marco, es necesario observar los derechos humanos abriendo un ámbito específico de garantía para los individuos de apertura al futuro:

La función latente de estos derechos humanos [libertad e igualdad] no se halla, entonces, precisamente en honrar y ratificar ventajas que están dadas con la “naturaleza del ser humano”. Se encuentra, más bien, en que en la sociedad moderna no se puede predecir por principio en qué contextos sociales quién tiene que decir algo o aportar de alguna manera. Radica en mantener abierto el futuro contra toda determinación anticipada que pudiera provenir de alguna división o clasificación de los seres humanos (por ejemplo, de mayor o menor) y, ante todo, de las clasificaciones políticas. (Luhmann, SS, 2006, p. 852)<sup>66</sup>

61.2.3. En cuanto a la dimensión *social*, Luhmann la acota indicando que “la cuestión es cómo puede representarse a la sociedad como unidad en vista de la diferencia de la forma ego/alter”, y señala que para ello han acontecido dos formas de observación: las observaciones de primer orden que tratan sobre los seres humanos, sus diferencias, destinos, y reclamos de justicia; y las de segundo orden, que requieren dar cuenta de “cómo la sociedad misma regula las posiciones que ella atribuye a las personas y la manera en la cual lo justifica”. Por ello, el problema es el de la inclusión/exclusión en la sociedad diferenciada funcionalmente (Luhmann, SS, 2006, p. 851). De manera que, concluye, se da lugar a “nuevos principios de inclusión que toman los nombres de libertad e igualdad y la forma de derechos de ciudadanía o aun de derechos humanos”<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Luhmann desarrolla este aspecto en *La sociedad de la sociedad* relación a la dimensión social de sentido y no en relación a la dimensión temporal, sin embargo, precisamente porque se trata de una cuestión de tensión entre ambas dimensiones, y porque el derecho tiene su función específica en cuanto a la dimensión temporal, parece conveniente también enfatizar los derechos humanos en cuanto a las implicaciones en su dimensión temporal. Por otro lado, empíricamente no es posible distinguir ambas dimensiones, como Luhmann enfatiza: “se puede distinguir analíticamente la dimensión temporal dentro de la dimensión del sentido, pero por el hecho de que las dimensiones de sentido están implícitas en toda vivencia de sentido, empíricamente no se pueden aislar.” (Luhmann, DS, 2005, p. 188). Por otro lado, conviene recordar que los derechos humanos, concebidos como una forma de lograr la *inclusión del ser humano en la sociedad*, remite en sí mismo a un problema de la dimensión temporal:

“Cuando a partir de esto se concibe la inclusión sin la exclusión (inclusión ‘del’ ser humano en ‘la’ sociedad), se hace necesaria una lógica totalitaria [...].

La lógica totalitaria exige la eliminación del opuesto. Reclama elaboración de uniformidad. Apenas ahora todos los seres humanos devienen seres humanos —dotados de derechos humanos y provistos de oportunidades. Tal lógica totalitaria parece desembocar en una lógica del tiempo. No se pueden ignorar las diferencias en las condiciones de vida, pero sí postergarse como problema temporal. [...]” (Luhmann, SS, 2006, 496)

Quizá podría identificarse que el objeto de esta lógica totalitaria sería la sociedad y no los seres humanos, concebidos, así, como dotados de derechos y de oportunidades, puesto que la inclusión en los sistemas funcionales de los seres humanos, como entidades de carne y hueso, no sería posible, *per se*. En los sistemas funcionales, estructuralmente, siempre hay exclusiones, aunque la semántica pudiera proponerse algo diverso.

No obstante, es posible indicar que, en los derechos humanos, sí hay cierto sentido en que se incluye a todas las personas en su goce, cuando se argumenta sobre *niveles esenciales* del goce. Así, por ejemplo, cuando se indica en relación al derecho a la educación que la educación primaria es *obligatoria* para todas las personas, *pero no* así la educación secundaria o superior (artículo 13, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), o bien, cuando en el derecho al agua se indica que ésta debe

(Luhmann, SS, 2006, pp. 851-852). Aunque es posible deducir a partir de estos aspectos el marco de derechos humanos, en el siguiente capítulo será necesario recuperar de manera específica lo que significa *libertad* e *igualdad* conforme a los términos especificados por Luhmann, en particular, como se verá más adelante, valorando la necesidad de considerar la idea *diferencia* para una comprensión de los derechos humanos.

61.2.4. Como puede observarse, de acuerdo con la teorización de Luhmann, en las dimensiones de sentido temporal y social, los derechos humanos han sido un mecanismo con el cual se ha dado cuenta de la unidad de la sociedad sobre la base de la distinción individuo/sociedad de la dimensión objetual, por lo que esta distinción resulta relevante como marco operativo de la sociedad y no sólo del derecho.

61.3. Los derechos humanos constituyen un desarrollo de la sociedad (y del derecho) que dan cuenta de forma invisibilizada de la identidad paradójica de la sociedad, donde los individuos, como tales, son externos a la sociedad, pero con esos derechos se responde a una cuestión de inclusión social. Sin embargo, pueden identificarse algunos problemas centrales, en cuanto a la pregunta por la unidad de la sociedad y al desarrollo de los principios de libertad e igualdad: (a) el despliegue de respuestas tautológicas o paradójicas que se expresan como ideologías conservadoras o progresistas; (b) el hecho de que, si bien esos principios funcionan como forma de regulación de acceso y participación en los sistemas funcionales, estos siempre van a producir procesos de exclusión; (c) el hecho de que se podría esperar una posible respuesta funcional de la

---

ser suficiente y accesible para todas las personas no es, por ejemplo, para que realicen las actividades industriales que puedan desear, sino “para el uso personal y doméstico” (E/C.12/2002/11, párr. 2), por lo que, incluso cuando se trate de otros derechos cuyo goce también requiere de agua, en su asignación “debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos” (E/C.12/2002/11, párr. 6). De esta forma, la propia formulación de los derechos humanos excluye en su interior una lógica de *total inclusión*.

<sup>67</sup> Aunque en el momento actual los esenciales derechos de ciudadanía se consideran parte de los derechos humanos. Así, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

sociedad; y, sin embargo, (d) no puede haber una instancia centralizada que pueda regular las formas de inclusión/exclusión en lugar de los propios sistemas funcionales; e, igualmente, permanece (e) una probable imposibilidad de respuesta única de los sistemas funcionales. En todo caso, estos problemas conllevan la imposibilidad de determinar previamente su resolución, y deja en circunstancia de dar cuenta de su evolución como la sociedad misma lo realice. Estos aspectos se recuperarán posteriormente, una vez que, para una mejor comprensión, se haya desarrollado el tema de la distinción inclusión/exclusión.<sup>68</sup>

62. Una breve exposición sobre la relevancia de la distinción individuo/sociedad en la sociedad diferenciada funcionalmente se deriva de recordar que los individuos carecen de una participación como *entidades* de carne y hueso en la sociedad, pues sólo constituyen parte del entorno de las comunicaciones y en todo caso pueden ser representados con la ficción de *personas*. En este contexto, su ventaja es que potencialmente pueden participar de todas las comunicaciones (en todos los sistemas funcionales), de manera que la carga de los acoplamientos sistémicos no recae sobre ellos [“el lugar vacío concedido por la sociedad” (Luhmann, SS, 2006, p. 638)], sino sobre los propios sistemas funcionales; los individuos, como tales, no tienen un sentido operativo para los sistemas funcionales (y en este sentido, para la sociedad). Así, en cuanto a la forma inclusión/exclusión, la *inclusión nunca es de los individuos* y, sin embargo, pueden participar de las comunicaciones. No obstante, la exclusión sí es de los individuos y, por ello, su no-participación sí es posible atribuirseles como individuos; con ello, la sociedad se *ahorra la percepción* de la exclusión “como fenómeno socioestructural”:

Los individuos deben poder participar en todas estas comunicaciones; por eso, de manera correspondiente, sus acoplamientos con los sistemas funcionales cambian de momento a momento. La sociedad, en consecuencia, ya no les ofrece un *status* social mediante el que se defina a un tiempo lo que el individuo particular “es” de acuerdo a su origen y calidad. Hace depender la inclusión de oportunidades de comunicación altamente diferenciadas, las cuales ya no pueden coordinarse entre sí de manera segura ni mucho menos duradera. (Luhmann, SS, 2006, p. 495)

Y si alguien no aprovecha sus oportunidades de participar en las inclusiones, esto se le atribuye individualmente. De esta manera la sociedad moderna se ahorra —al menos por lo pronto— el percibir el otro lado de la forma (la exclusión) como fenómeno socioestructural. (Luhmann, SS, 2006, p. 496)

---

<sup>68</sup> Tema que se desarrollará en el siguiente capítulo.

62.1. Desde esta perspectiva, se puede dar cuenta de que la distinción individuo/sociedad podría carecer de capacidad de enlace para las operaciones de los sistemas funcionales (y en ese sentido para la sociedad), por lo que podría carecer de sentido para representar su unidad; sin embargo, al parecer, no carece de capacidad para la sociedad misma. Los individuos pueden reclamar su exclusión, de manera que se puede irritar a la propia sociedad, particularmente porque, al igual que el *mundo* y la *realidad*,<sup>69</sup> los individuos existen, aunque permanezcan desconocidos, y pese a ser parte del entorno de los sistemas funcionales, son reconocidos por la sociedad;<sup>70</sup> y, en particular, gracias a ser sistemas psíquicos tienen posibilidades de irritarla, incluso, por los efectos que esta misma produce en los individuos (no sólo como cuerpos sino) cuando llama a la autorrealización de la individualidad. Luhmann reconocía en esto uno de los principales desafíos de la sociedad:

las causas de irritación venidas del entorno del sistema de la sociedad han aumentado dramáticamente en las últimas décadas —y principalmente sobre la pantalla de la sociedad misma. Lo cual es válido por lo menos en tres aspectos:

- (1) Con relación a los problemas ecológicos del entorno extrahumano causados por la técnica y la sobrepoblación.
- (2) Con relación al aumento mismo de la población, es decir, al rápido incremento de cuerpos humanos y de sus migraciones incontrolables.

---

<sup>69</sup> Como se verá posteriormente, la referencia al mundo es la referencia a un lugar *unmarked* de todas las distinciones, por lo que se puede reconocer su realidad sin que pueda darse por conocido, al igual que sucede con la misma idea de realidad, que, sin negarse, se puede admitir que sólo se puede conocer a partir de distinciones, y, en este sentido, permanece desconocida.

<sup>70</sup> Conviene precisar, si bien se puede indicar el origen de las irritaciones en el entorno, esto no puede considerarse preciso en sentido estricto. Luhmann señala cómo ellas sólo pueden ser detectadas gracias a otras comunicaciones, pues de otro modo no podrían ser percibidas. Quizá esto podría implicar una necesidad de existencia de la semántica, incluso si no hay sistemas funcionales cuya operación enlace ese tipo de comunicaciones. Al parecer, en estos términos también podría considerarse la necesidad de la distinción individuo/sociedad y las semánticas que de ella derivan.

Luhmann señala: “las irritaciones nunca pueden atribuirse (como unidad) al ‘entorno’, sino que exigen la identificación de las fuentes específicas de la interferencia; de otro modo no se percibirían. El concepto entonces no se refiere a la relación general de sistema/entorno sino a las relaciones sistema-a-sistema; y ésta es la razón por la cual las irritaciones perceptibles en una sociedad varían con las formas de diferenciación de los sistemas.” (Luhmann, SS, 2006, p. 627). Y más adelante: “[...] la irritación [...] presupone [...] la diferencia entre una secuencia normal, estructuralmente prevista, de operación y un estado de cosas cuyas consecuencias no son claras y su transición hacia las operaciones de enlace, indecisa. [...] Esta diferencia es la forma con la cual un sistema de sentido reacciona a influencias del entorno y con ello reacciona a algo que sucede en otros niveles de realidad (por ejemplo, químicamente o en términos de conciencia) o también en otros sistemas funcionales que no son accesibles al sistema por la clausura operativa de este.” (Luhmann, SS, 2006, p. 628).

(3) Con relación a las expectativas cada vez más individualizadas e “idiosincrásicas” de los individuos particulares orientados a la felicidad y a la autorrealización. (Luhmann, SS, 2006, p. 630)

62.2. Dada la situación referida sobre la distinción individuo/sociedad, no resulta extraño que los tres problemas indicados por Luhmann se encuentren también tematizados en el ámbito de los derechos humanos (en particular como derecho al medio ambiente,<sup>71</sup> derechos de personas migrantes<sup>72</sup> y derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>73</sup>), aunque el sistema jurídico no pueda operar por sí mismo las respuestas que sólo los sistemas funcionales podrán realizar conforme a sus propias lógicas operativas.

63. Un aspecto adicional a considerar sobre la distinción individuo/sociedad resulta de la imposibilidad de agotamiento que la complejidad del entorno (como mundo y como individuos) ofrece a la sociedad, incluso aunque ese entorno se refiera solamente al individuo, como sistema psíquico. Esto no sólo porque el entorno siempre tendrá más complejidad que el sistema (Luhmann, OR, 1993c, p. 493), sino porque los propios sistemas sociales se irritan mutuamente, y de esta forma la sociedad se autoirrita de manera creciente, sin que se genere “un tratamiento centralizado de la sociedad”. “Dispersa en la sociedad las repercusiones, las distribuye en los diversos sistemas funcionales en calidad de irritaciones”, a las cuales sólo puede esperarse que la sociedad genere respuestas con cambios en sus estructuras en la forma de la racionalidad (Luhmann, SS, 2006, p. 631-632).<sup>74</sup> Así, debe añadirse lo que resulta (como entorno de los propios sistemas funcionales) de la relación entre cada sistema funcional y los individuos, en particular, por los efectos agregados de la exclusión de los sistemas funcionales, según se verá.

---

<sup>71</sup> Este derecho ha tenido una larga trayectoria hasta haber sido reconocido por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 76/300 (A/RES/76/300), del 28 de julio de 2022.

<sup>72</sup> Por ejemplo, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/158 (A/RES/45/158), del 18 de diciembre de 1990.

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 22 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al *libre desarrollo de su personalidad*.” [Cursivas propias.]

<sup>74</sup> Racionalidad que en el marco de la teoría de sistemas debe entenderse como la reintroducción de la distinción sistema/entorno en el sistema, en función del uso operativo de la distinción alta complejidad/baja complejidad, y la reintroducción de esta distinción (alta/baja) en el lado de baja complejidad; de manera que existe una operación constante de reducción de complejidad en cada sistema (Luhmann, OR, 1993c, p. 493).

64. En cualquier caso, la distinción individuo/sociedad es el trasfondo último de los derechos humanos. Esto se observa con más claridad cuando a la distinción se le pregunta por la unidad de su diferencia, y se deja observar como paradoja. La unidad de la diferencia individuo/sociedad es la paradoja última de los derechos humanos, aunque, como tal, se despliega sólo a través del derecho, y desde éste en forma de prestaciones para los demás sistemas sociales; y, también, como unidad se muestra problemática pues la sociedad no está compuesta de individuos sino de comunicaciones, pero tampoco puede renunciar a ese nexo. Es un entorno que no puede sólo ignorar. Y esto sin considerar que la propia sociedad se autoirrita produciendo mucho de lo que se vuelve problemático para los individuos, que ya después regresan a requerir soluciones.

#### G.1.4. Distinción individuo/derecho

65. Con la diferenciación funcional de la sociedad, la sociedad pierde la representación de su unidad y una instancia centralizada que mantenga una jerarquía o regule las relaciones entre los sistemas sociales. Los sistemas sociales funcionales, por su parte, son el marco en el cual se producen las comunicaciones y copian las referencias sistémicas, sin que por ello se pierda la necesidad de observar a la sociedad como el sistema omniabarcador. Así, Luhmann puede señalar los problemas de la sociedad diferenciados de los sistemas funcionales:

los sistemas funcionales de la sociedad son una carga para sí mismos y con ello para la sociedad [...]. Otro sector se refiere a las relaciones del sistema de la sociedad con el entorno y, particularmente en este punto, la falta de una instancia central que fuera competente para atender dichos problemas. Las señales que origina el entorno —y que la sociedad transforma en informaciones— únicamente se perciben y se procesan en los sistemas funcionales particulares, porque no hay otras posibilidades. [...] La sociedad misma no es capaz de actuar. Ella no reaparece en la sociedad y tampoco puede hacerse representar en la sociedad, una vez que la diferenciación funcional se ha impuesto. (Luhmann, SS, 2006, p. 636)

66. Así, es posible dar cuenta de que la distinción individuo/sociedad se referencia en el derecho como individuo/derecho sin que por ello se mantengan las mismas implicaciones entre ambas distinciones. Por ello, individuo/derecho es “la unidad de la forma de Derecho entre individuo y sociedad. (PDHa, 1998d, p. 62)”, pero simultáneamente es la condición de posibilidad de que el sistema funcional excluya directamente a los individuos: para comprender la articulación

de los individuos con el derecho, en el marco de los derechos humanos, es relevante identificar que la distinción individuo/derecho permite dar lugar al operación de la exclusión por parte del sistema jurídico:

En el sistema del derecho -como en otros sistemas que atienden a una función-, el rodeo que se logra mediante un proceso de aislamiento de la “persona” y los correlatos semánticos del individuo moderno, son condiciones previas para que los sistemas funcionales construyan su propia complejidad y asuman, como decisión propia, el control de la inclusión y la exclusión. (Luhmann, DS, 2005, p. 355)

67. Al subrayar Luhmann la paradoja individuo/derecho de los derechos humanos, y señalar sus formas tradicionales de desarrollo o despliegue (contractualismo, iusnaturalismo y positivismo), así como la forma de desarrollo que en ese momento observaba como la actual (el escándalo público mundial), en el entorno de “las agitadas relaciones mundiales del presente y de cara a la pérdida de significación de los órdenes estatales clásicos”, indicaba que “el propósito” era lograr “una estructura jurídica” mundial.

En una visión de conjunto acerca de la elaboración y desenvolvimiento de la doctrina de los derechos humanos [...] se pone de manifiesto que de lo que se trata es siempre del desarrollo de una paradoja fundamental, cuya determinación histórica se da en la pregunta por la relación entre los individuos y el derecho. (Luhmann, DS, 2005, p. 659)

No obstante, si *todas* estas ideas de fundamentación desembocan, en última instancia, en una paradoja, la discusión sobre el alcance de los contenidos de la tradición específicamente europea está cerrada, y cabe esperar que la sociedad mundial se escandalice en buena medida a causa de todo aquello que resulte drásticamente insoportable. El propósito de ello es constituir una estructura jurídica normativa independiente de las tradiciones regionales y de los intereses políticos regionales y estatales. (Luhmann, DS, 2005, pp. 659-660)

68. Sin embargo, de igual forma señalaba que esa estructura no sería posible, dado que, por un lado, se carecía de la posibilidad de un ámbito articulador, pues existía una forma segmentaria del sistema político en varios Estados y faltaba un acoplamiento estructural entre el sistema político y el jurídico (como con las Constituciones); y, por otro, existía los sistemas funcionales



operaban produciendo de manera constante y generalizada sus propias exclusiones. Es decir, de un lado existe un déficit; del otro, un superávit:<sup>75</sup>

En general, esta instancia del derecho no eliminará la diversidad de los desarrollos regionales del derecho. Uno de los principales impulsos de éstos es la diferenciación dual segmentaria del sistema político mundial en «Estados», es decir, en sistemas políticos especializados en la organización estatal de decisiones colectivamente vinculantes. Una de las consecuencias de esto es que no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones. Sin embargo, esto solo no explica por qué se llega a desarrollos regionales tan diversos —desarrollos que pueden ir tan lejos que la capacidad funcional y la diferenciación de la orientación al derecho se ven puestas en entredicho.

Es de suponerse que el problema que se ha tomado como punto de partida consiste en la defectuosa inclusión de grandes capas de la población en la comunicación de los sistemas funcionales. O dicho de otro modo: en una diferenciación aguda entre inclusión y exclusión, producida, sin duda, por la diferenciación funcional [...] (Luhmann, DS, 2005, p. 660)

69. Ante la situación del desarrollo de la paradoja individuo/derecho, queda aclarar su relación con dos formas: inclusión/exclusión e igual/desigual, dado que estos temas serán los que se desarrollarán a continuación. No obstante, se puede adelantar que:

69.1. Con todo, el hecho de que el derecho no pueda responder a los efectos agregados de las exclusiones de todos los sistemas funcionales no significa que la distinción individuo/derecho pierda su operación en el derecho, esto es: (a) que funcione como una distinción de enlace entre el entono humano y el sistema funcional, entre la inclusión y la exclusión del sistema funcional; (b) que ésta distinción de enlace sea, a su vez, una distinción que *es* y *no es* la distinción individuo/sociedad (*es* por cuanto es la propia sociedad y *no es* por cuanto es sólo el sistema derecho); (c) y que debería capaz de observar o atribuir la forma de operación individuo/sociedad a los demás sistemas por su isomorfismo o equivalencia funcional.

---

<sup>75</sup> Y esto sin considerar que el derecho no puede resolver lo que hacen otros sistemas funcionales y que, señala Luhmann, ni siquiera se debería esperar que el derecho funcionara siempre (Luhmann, DS, 2005, pp. 645 y ss.).

69.2. Y, asimismo, (d) la distinción individuo/derecho es la base para aplicar la forma *persona*, operar la forma igual/desigual (referida a las personas) y, sobre esa base (y con apoyo de otras distinciones, como libertad/restricción o diferencia/identidad) reconocer derechos humanos.

70. *La paradoja de los derechos humanos.* Hasta este momento, sin embargo, se puede observar a los derechos humanos como formas o distinciones operativas de (aunque haya diversidad de semánticas que puedan invisibilizar a) su paradoja constituyente en la sociedad funcionalmente diferenciada: individuo/sociedad – individuo/derecho.

## CAPÍTULO 2. LA OPERACIÓN BASAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU «DESAFÍO»

1. Luhmann acometió en torno al derecho tanto desde la perspectiva de la teoría del derecho como de la sociología del derecho, facilitado porque “encarnaba el paradójico —entendido desde la teoría de la diferencia— caso ideal de un autor que era capaz de operar, al mismo tiempo, con dos caras de la diferenciación entre descripción ajena y descripción propia del derecho” (Schmidth, 2019, p. 235). Su despliegue teórico tuvo ambos tipos de ambición, aunque finalmente se decantara más por la descripción externa desde la sociología. Su esfuerzo de lograr resultados sociológicos que resulten pertinentes para el propio derecho, puede ser recuperado, pese a que se ha recalcado “la diferencia entre la descripción ajena específica del sistema funcional y la descripción propia de la ciencia, así como las consiguientes limitaciones de una constructiva relación de irritación.” (p. 241). Bajo una orientación de este orden, este trabajo tiene la pretensión de problematizar el derecho de manera que colabore a la comprensión de los derechos humanos desde una observación externa que, además, pueda lograr ecos en una observación interna.

2. Una hipótesis de este trabajo es que la evolución del sistema jurídico, haciendo uso de la semántica de los derechos humanos, deriva de dos distinciones directrices (presuponiendo la distinción individuo/sociedad o individuo/derecho) cuya operación puede identificarse tanto en la sociedad como en los sistemas funcionales, y, ambas, de manera estructural en el derecho. Estas son: la distinción *inclusión/exclusión* y la forma *igual/desigual*. Ambas permiten al derecho enfrentar la paradoja de su fundamentación y de la codificación, logrando una adquisición de consistencia, así como responder a algunos requerimientos de la sociedad y de los sistemas funcionales asociados con esas distinciones directrices.

3. En este capítulo se abordarán los temas de *inclusión/exclusión*, la forma *igual/desigual*, así como un esfuerzo por mostrar las bases de su operación estructural y semántica.

### A. ESTRUCTURA Y SEMÁNTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

4. En sociedades funcionalmente diferenciadas *estructura social* y *semántica* son “*sentido altamente generalizado*” (Stichweh, 2016, p. 5). Para observar su relación es necesario partir de comprender la diferencia que les da lugar y los acoplamientos que se dan entre ambas dimensiones.

5. Lo que distingue a la semántica sería “que abarca posibles expectativas en diversas situaciones específicas, opera allí [en las estructuras sociales] de un modo relativamente inespecífico en cuanto a la distinción entre expectativas cognitivas y normativas.” La semántica permite “no tener que participar ella misma en la conducción que determina si éstas serán normativas o cognitivas”; por lo que esta determinación queda en la operación de las estructuras (p. 12). De esta forma, es posible señalar que para observar las estructuras se busca dar cuenta de la forma como *se determina la operación* de la sociedad a partir de las comunicaciones, mientras que al dar cuenta de la semántica se busca observar sólo *un horizonte de posibilidades operativas*, que, incluso, pueden haber quedado sin uso, e igualmente pueden permitir usos posteriores, aunque actualmente no funjan de esa manera; en esta última vía es que se les puede calificar como un *reservorio de sentido* (p. 4).

6. Se ha señalado la existencia de una diversidad de conceptualizaciones respecto de las nociones de estructura y semántica en Luhmann, como resultado del desarrollo de su teoría en más de treinta años (García, 2020, p. 4), por lo cual, sería prudente realizar algunas acotaciones adicionales.

7. Al tratar el derecho, Luhmann haría una referencia específica en torno a la idea de estructuras, distanciándose de una concepción<sup>76</sup> en el sentido de una “idealidad estable”,<sup>77</sup> para situarla bajo la perspectiva de la autopoiesis,<sup>78</sup> con un sentido *operativo* y de *enlace*. De manera que toda operación jurídica *enlaza* y produce estructuras, por una parte, y, por la otra, las conserva; siendo así, simultáneamente, operación y estructura:

Los sistemas autopoieticos están atados a su tipo de operación, tanto en lo que concierne a la producción de sus operaciones subsecuentes como en lo referente a la construcción de sus estructuras. No hay, dicho de otra manera, ninguna

---

<sup>76</sup> “El paso hacia una teoría de sistema/entorno exige la clarificación de una segunda distinción. Por lo general las teorías del derecho se remiten a estructuras jurídicas (reglas, normas, textos) que pueden ser clasificadas como derecho. Esto es válido sobre todo para las teorías del derecho positivo [...] Si se quiere, en cambio, experimentar con los estímulos contenidos en la teoría de sistemas, se debe operar una innovación y pensar en operaciones en vez de pensar en estructuras.” (Luhmann, DS, 2005, p. 96)

<sup>77</sup> “el derecho no adquiere realidad por alguna idealidad estable, sino finalmente por aquellas operaciones que producen y reproducen el sentido específico del derecho.” (Luhmann, DS, 2005, p. 97).

<sup>78</sup> “El concepto de autopoiesis aporta nueva luz a un antiguo problema, a saber, la relación entre estructura y operación (proceso) y también a la de norma y acción o a la de regla y decisión.” (Luhmann, DS, 2005, p. 100)

“diversidad esencial” o “diversidad material” entre operación y estructura. [...]. En el sistema de la sociedad esto es válido para el lenguaje. Una descripción del sistema de derecho no puede partir de que las normas sean de una cualidad y sustancia distinta a las comunicaciones (aunque más tarde distinguiremos entre código y programas). Las comunicaciones jurídicas tienen, siempre, como operaciones del sistema del derecho una doble función: ser factores de producción y conservadores de las estructuras. Estas comunicaciones establecen condiciones de enlace para operaciones subsiguientes y con ello confirman o modifican, en el punto, las delimitaciones previamente establecidas (estructuras). (Luhmann, DS, 2005, p. 104-105)

7.1. Las comunicaciones, siendo operación y estructura, no dan lugar a distinguir de manera esencialista entre semántica y estructura, pues cada distinción, aunque en principio puede ser seleccionada y estabilizada pasa a formar parte de las estructuras, puede ser no seleccionada y sólo permanecer como semántica. Esto implica poder reconocer que hay correlación evolutiva y que las estructuras sirvan de base operativa de las semánticas, pero también que las semánticas puedan contener desarrollos que sean un reservorio de sentido no utilizado ahora pero, quizá, posteriormente utilizable. Luhmann resumiría estas ideas al figurar la semántica como un *margen de maniobra* que *no sólo* sigue a las estructuras adaptándose *posteriormente* a ellas:

“la evolución de las ideas y la evolución de la estructura social están correlacionadas: por el hecho mismo de que la evolución de la estructura social interviene en la selección de las ideas. [...] se crea en la semántica el margen de maniobra para la adaptación del desarrollo de la sociedad. Las ideas colaboran no sólo mediante una adaptación posterior.” (Cfr. Luhmann, III, 1995b, pp. 149-159)

7.2. Las semánticas, como margen de maniobra, pueden permitir adelantarse a los sucesos pudiéndose ofrecer para la eventual formación de nuevas estructuras, siendo concebidas incluso como *preadaptative advances* (Cfr. Luhmann, SS, 2006, pp. 404 y ss.); pero, por el contrario, también pueden volverse inapropiadas cuando estructuralmente se han desarrollado adquisiciones evolutivas<sup>79</sup> divergentes y se requieren nuevas semánticas, lo cual conlleva que vayan retrasadas. Con el surgimiento de la escritura, esta situación se ve potenciada, pues se genera la posibilidad de distanciamientos y divergencias mayores entre estructura y semántica:

Después de la invención de la escritura ya no es posible partir de que estructura de la sociedad y semántica se encuentren en sintonía sincronizada continua. Las

---

<sup>79</sup> Incluso si las adquisiciones evolutivas no fuesen las más apropiadas, éstas requerirían cambios semánticos. “Las adquisiciones evolutivas tienden a endurecer los resultados de la evolución. No es posible deshacerse de ellas. [...] Abolirlas tendría consecuencias destructivas de gran alcance —por lo cual eso se da *casi por descartado*. [...]” [cursivas propias] (Luhmann, SS, 2006, pp.404).

semánticas –debido a que pueden estimularse a partir de sus propios problemas e inconsistencias– se transforman más rápidamente y anticipan o activan, eventualmente, posibilidades de desarrollo de la sociedad. Pero también pueden conservar tradiciones obsoletas e impedir, con ello, que surjan descripciones histórica y materialmente adecuadas. (Luhmann, SS, 2006, pp. 223).

7.3. En este sentido, es posible destacar que, en el ámbito de la evolución de las ideas de la sociedad, Luhmann especificó la distinción entre la evolución de las estructuras de diferenciación de los sistemas y las estructuras semánticas (Luhmann, SS, 2006, pp. 425).

7.3.1. A fin de comprender su diferencia, se puede señalar que, necesariamente, ambos tipos de estructuras resultan de la realización de *distinciones* (esto es, tanto las estructuras como las semánticas operan mediante distinciones), y que para observar la diferencia entre estructuras y semánticas se puede correlacionar la diferencia operación/observación. Es decir, su diferencia es básicamente operativa (“las semánticas son estructuras de tipo privativo”).

La separación de una evolución particular de las ideas —dejando de lado las condiciones históricas concretas que la hacen posible— se remite a la diferencia entre operación y observación. [...] (Luhmann, SS, 2006, p. 424)

Así como las observaciones son operaciones de carácter específico y en eso consiste su realidad, así las semánticas son estructuras de tipo privativo. Por eso —y como resultado de la diferencia entre operación y observación— deben distinguirse las estructuras respectivas: las estructuras de la diferenciación de los sistemas, y las estructuras semánticas que identifican, retienen, recuerdan o dejan caer en el olvido al sentido digno de ser conservado. (Luhmann, SS, 2006, p. 425)

7.3.2. En este sentido, podría señalarse que las semánticas corresponden con *observaciones* de las operaciones del sistema, y que, como tales, no pueden autoobservarse, son ciegas a sí mismas (aunque pueden ser nuevamente observadas por otros observadores). Por ello, la recursividad en distintos niveles de operaciones y observaciones genera una doble circularidad que se mantiene separada por latencias (puntos ciegos), y posibilita la evolución del sistema, tanto estructural como semánticamente:

En cuanto observaciones, las operaciones que condensan y confirman las semánticas son ciegas para su propio operar. No pueden observarse a sí mismas sin con ello chocar contra la paradoja de la unidad de lo diverso. Por otra parte, un observador sí puede observar y describir el hecho de que las operaciones producen diferencias [...]. En resumen, la correspondencia entre operación y observación es doblemente circular y ambos círculos se mantienen separados a través de latencias. [...]

Este doble círculo produce efectos en la morfogénesis, en la construcción evolutiva, en la diversificación y en el desmontaje de las estructuras. [...] (Luhmann, SS, 2006, pp. 425-426)

7.3.3. La separación entre ambos círculos permite una operación en ambos niveles. De esta manera, por un lado, se genera una mayor diferenciación operativa y, por otro, se produce una mayor diferenciación observacional que provee distinciones sobre la base de los resultados evolutivos. Se trata entonces de una doble evolución que va emparejada sobre un piso común dado por las estructuras operativas, y que produce variabilidad semántica:

En el nivel operativo surgen diferenciaciones de sistemas que continúan hacia dentro (enriqueciéndolo con complejidad) el proceso de diferenciación del sistema de la sociedad. En el nivel semántico surgen estructuras que dirigen la observación y la descripción de esos resultados evolutivos, es decir, las proveen con distinciones. (Luhmann, SS, 2006, p. 426)

7.3.4. Sin embargo, la doble línea evolutiva y sus propias condiciones paradójicas operativas tiene una serie de consecuencias, entre las que pueden referirse: (a) la semántica debe operar sobre la base estructural operativa, pues en este nivel es donde está la capacidad de enlace; (b) simultáneamente, las distinciones realizadas por la semántica dejan excluida la unidad de lo distinguido con que ellas mismas operaron; por lo que, (c) necesariamente, se producen divergencias evolutivas. Así, las divergencias evolutivas, pueden derivarse de que: (d) las descripciones sean posteriores a las operaciones, esto es, la semántica puede atrasarse “cierto plazo a la innovación estructural”; (e) se generan incongruencias entre el nivel operativo y el observacional-semántico, que quizá incluso podrían considerarse como bloqueos; (f) las semánticas, en su propia evolución, pueden inventar “ideas antes de plasmarse en el contexto de los procesos de diferenciación” (en este marco pueden considerarse también los “preadaptative advances” antes referidos); y (g) las divergencias pueden resultar en “quiebres temporales” que conducen a una “diferenciación objetual” donde las semánticas pierden sus capacidades de descripción de las operaciones, y otras semánticas, nuevas o previas, aún por determinarse y fijarse, podrán funcionar para los nuevos enlaces operativos.

La semántica requiere de latencias. Su propia autodescripción debe distinguir lo que describe sin con ello poder incluir —en la descripción— la unidad de lo distinguido. Esto trae como efecto las divergencias entre la evolución de la diferenciación sistémica y la descripción de sus resultados. Los quiebres estructurales (reproducidos por la evolución de nuevas formas de diferenciación

sistémica) no pueden observarse ni describirse en el cambio mismo, porque no puede captarse a la vez cómo se distingue lo nuevo. La semántica concede un cierto plazo a la innovación estructural hasta que se ha confirmado lo suficiente como para poder imponerse como un orden con derecho propio. Además de eso hay numerosas incongruencias de tiempo entre la evolución estructural de los sistemas y la evolución semántica —entre otras, también de la manera en la cual se aprenden y se ponen a prueba en la semántica inventos de ideas antes de plasmarse en el contexto de los procesos de diferenciación.  
[...]

[...] Las estructuras se reproducen como tradiciones, pero las condiciones actuales dejan ver que las descripciones de estructuras definidas por la tradición ya no cuadran. Surge la experiencia de la discrepancia: las posibilidades de reproducción actual ya no soportan lo que debe reproducirse.

Los quiebres temporales llevan a una diferenciación objetual. Con motivo de tales sucesos, se hacen visibles las diferencias entre estructura social y semántica. La semántica cae con ello bajo presión de adaptación —aunque también hace posible la fijación anticipada de ideas que tan sólo hasta más tarde se atribuirán a las funciones sociales. (Luhmann, SS, 2006, pp. 426-427)

7.3.5. Este marco de doble circularidad no puede implicar soslayar, sin embargo, el sentido inicial de la semántica, por lo que se ha señalado que habría dos niveles de semántica y, dentro de uno de estos, un subnivel (las autodescripciones). Entonces, la doble circularidad referida se podría considerar en relación al segundo de esos niveles:

Dentro de la semántica, es posible distinguir entre dos niveles de elaboración del sentido. En un primer nivel, la semántica es todo lo que se produce como tema para la comunicación (comprendidas las imprecaciones, los proverbios populares, etcétera). En un segundo nivel, en cambio, que constituye una elaboración de la elaboración del sentido, se encuentra la semántica elaborada (*gepflegt*): se trata de la semántica que se conserva y se transmite para intentos comunicativos más serios y abstractos. El primer nivel corresponde a la semántica para la orientación de la comunicación menos abstracta y más familiar. El segundo nivel corresponde a la semántica de los textos, al material histórico cultural, al patrimonio del saber de la sociedad sobre sí misma y sobre su entorno. En este segundo nivel se producen también las autodescripciones de la sociedad, incluida (a teoría sociológica de la sociedad, a través de la cual la semántica incluye la descripción de sus mismas bases estructurales. (Baraldi, GLU, 2006, p. 197)

7.3.6. Por otro lado, estos niveles siempre tienen que concebirse considerando que son correlativos a puntos ciegos de distinciones (como operación y como observación), por lo cual, de inicio, no es posible esperar una especie de convergencia plena.



7.4. Las especificidades establecidas por Luhmann, sin embargo, pareciera no considerarlas con la misma fuerza en sus matices cuando desarrolla el estudio del derecho, posiblemente por la propia función de estabilización de expectativas del sistema. En el ámbito del sistema jurídico, Luhmann hace una acotación muy específica de lo que se consideraría como semántica, al indicar que la orientación temporal de la función del derecho se observa al dar cuenta de las “consecuencias sociales debido precisamente a que se han podido estabilizar las expectativas temporales”, y en ese marco las operaciones deben “referirse a comunicaciones ya ocurridas y a posibles enlaces futuros”, por lo cual se hace necesaria una fijación de sentido a la cual de manera genérica denomina *semántica*:

Toda comunicación fija el tiempo en el sentido que determina el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación. De esto hay que distinguir la fijación de sentido que se emplea en el uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas. A esta fijación de sentido de un sistema de comunicación le llamaremos semántica. Sólo un almacenamiento semántico que se destina al uso repetido conduce a consolidaciones en el tiempo. (Luhmann, DS, 2005, pp. 183-184)

7.4.1. Lo anterior puede acotarse desde una constatación adicional. En cuanto a la noción *semántica*, Luhmann desarrolla matices distintos al tematizar la evolución del sistema jurídico y la evolución del sistema omniabarcador sociedad, en relación a los propios conceptos de la teoría de la *evolución*: fundamentalmente los dos primeros de *variación/selección/estabilización*. La diferencia de matices esencial puede verse en que, al tener como referencia a la sociedad, la *variación* la concibe conceptualizada en relación a la noción semántica y la *selección* a la noción estructura; pero, al tener como referencia al derecho, la semántica, como un concepto explícito, prácticamente desaparece de la *variación*, y en su lugar se desarrolla, en especial, el tema de la dogmática jurídica, mientras sí permanece la noción de estructura vinculada a la *selección*:<sup>80</sup>

LA SOCIEDAD DE LA SOCIEDAD	EL DERECHO DE LA SOCIEDAD
<b>Variación</b>	
<i>Variación - semántica</i>	<i>Variación - dogmática</i>
1) A través de la <i>variación</i> se modifican los elementos del sistema, es decir, las comunicaciones. La <i>variación</i> consiste en una reproducción desviante de elementos por elementos del sistema. En otras palabras,	a) La <i>variación</i> de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigentes. (Luhmann, DS, 2005, p. 304)

<sup>80</sup> Cabría señalar que Luhmann califica a la dogmática jurídica como una “semántica muy finamente ramificada” (Luhmann, SS, 2006, p. 371).

<p>consiste en una comunicación inesperada, sorprendente. (Luhmann, SS, 2006, p. 358)</p> <p>Entre los efectos imprevisibles que se desencadenan con este aumento de las posibilidades de variación, figuran las correspondientes transformaciones de la <b>semántica</b> y sus consecuencias. (Luhmann, SS, 2006, p. 370)</p> <p>toda variación depende de una <b>semántica</b> predeterminada, depende de la memoria del sistema que informa a todas las comunicaciones sobre lo conocido y normal, sobre lo que puede esperarse —y lo que no. (Luhmann, SS, 2006, p. 371)</p> <p style="text-align: center;"><i>[Resaltados propios]</i></p>	<p>La variación asume la mutación del derecho (frecuentemente sin éxito y, a veces, sin embargo, con capacidad de confirmación). Sin ella no hay transformaciones evolutivas. La selección asume la función de determinar qué concepto es el que corresponde al derecho. (Luhmann, DS, 2005, p. 324)</p> <p>Resumiendo: se puede ahora hablar de dogmática jurídica que toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica. Este material <b>semántico</b> 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. Estas preguntas se aprovechan para rechazar las decisiones imposibles, pero también para fundamentar las decisiones que desde hace tiempo corresponden al uso conceptual en práctica. De esta manera, se llega —a través de un proceso típico de "refuerzo de la desviación"—, a una expansión paulatina de los denominados conceptualmente institutos jurídicos [...]. (Luhmann, DS, 2005, pp. 335-336)</p> <p>Con la diferenciación de la dogmática jurídica [...], se diferencia también la función de la estabilización. Puede que los procedimientos jurídicos incorporen las variaciones y les asignen un significado estructural para las futuras sentencias; pero aun cuando esto llegara a resultar, quedaría todavía la pregunta, de si esto tiene alguna influencia en la dogmática jurídica; o si sólo forma parte del sistema como un derecho que en cualquier momento se puede cambiar. (Luhmann, DS, 2005, p. 336)</p>
<b>Selección</b>	
<i>Selección - estructuras</i>	<i>Selección – estructuras</i>
<p>2) La selección se refiere a las <b>estructuras</b> del sistema, es decir, a las expectativas que guían a la comunicación. Con base en la comunicación desviante, la selección elige las referencias de sentido que tengan valor de formar estructuras, idóneas para el uso repetido, capaces de construir y condensar expectativas. [...]. (Luhmann, SS, 2006, p. 358)</p>	<p>b) La <i>selección</i> de la <b>estructura</b> que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones. (Luhmann, DS, 2005, p. 304)</p>

<p>La separación de estas funciones evolutivas está garantizada por el mismo hecho de su referencia a diversos componentes del sistema sociedad: la <i>variación</i>, a los elementos —es decir a las comunicaciones particulares; la <i>selección</i> en cambio, a las <b>estructuras</b>—, es decir, a la formación y al manejo de expectativas. (Luhmann, SS, 2006, p. 375) [Resaltados propios]</p>	<p>Dicho de manera abstracta: La <i>variación</i> concierne a los elementos del sistema; la <i>selección</i> concierne a las <b>estructuras</b> y la <i>estabilización</i> concierne a la unidad del sistema que se reproduce autopoiéticamente. (Luhmann, DS, 2005, p. 304) [Resaltados propios]</p>
---	---

7.4.2. Esta diferencia resulta relevante si se considera que en el marco del derecho los conceptos de la dogmática jurídica, al parecer, pueden estar funcionando de manera semántica y estructural, pues “[p]uede que los procedimientos jurídicos incorporen las variaciones y les asignen un significado estructural para las futuras sentencias”, de manera que es parte de “un derecho que en cualquier momento se puede cambiar”. Con todo, de una manera general, también se puede considerar que el uso de la noción *semántica* tiene una forma específica de referencia cuando de manera genérica indica a los programas, figuras jurídicas y, como se ha indicado, en especial a la dogmática jurídica:

Dado que los valores derecho y no-derecho no son propiamente criterios para la determinación del derecho (o del no-derecho), deben existir otros puntos de vista que indiquen cómo los valores del código derecho/no-derecho se asignan o bien correctamente, o bien erróneamente. Esta semántica adicional la vamos a llamar (en el derecho como en el caso de otros sistemas codificados) programas. (Luhmann, DS, 2005, p. 248)

7.4.3. Asimismo, puede considerarse la situación de la semántica del derecho que funciona con motivo de las autodescripciones del sistema jurídico que buscan la “representación de la unidad, de la función, de la autonomía y de la indiferencia del sistema jurídico” (Luhmann, DS, 2005, p. 571) como textos. Por lo demás, este uso más específico de la noción semántica, es propio de todas las autodescripciones.

Por autoobservación se entenderá entonces siempre tan sólo una operación dirigida dentro del sistema hacia el sistema; y por autodescripción, la elaboración del texto correspondiente.

La presencia simultánea de billones de operaciones caracterizadas por la autorreferencia implícita o explícita no debe considerarse como caos. Ya en el paso que va de autoobservaciones sólo esporádicas a la fijación de textos —en la tradición del relato de las culturas orales—, se registran los primeros intentos de

corrección. Los textos se elaboran para el reconocimiento y para la utilización en múltiples circunstancias, de allí que coordinen aquellas autoobservaciones que se ajustan a ello. Hablamos de “semántica” siempre que se trata de estas ventajas de sentido dignas de ser conservadas. (Luhmann, SS, 2006, pp. 703-704)

7.4.4. Por estas diferencias en las formas de referir la semántica de la sociedad y la del derecho, es sugerente considerar dos precauciones:

- a) Recordar que, de acuerdo con Luhmann, la sociedad realiza su evolución en términos de coevolución con los sistemas funcionales específicos (Luhmann, DS, 2005, pp. 304-307; Luhmann, SS, 2006, pp. 440 y ss.), como es el derecho, y que así es posible una semántica de los derechos humanos que no sea propiamente la del sistema jurídico. Semánticas de este tipo podrían ser las desarrolladas desde observaciones externas a este sistema, para las cuales, sin duda, el derecho facilita conceptos que pueden funcionar como prestaciones, cuya operación por otros sistemas, como el de la política, escapa al derecho (Luhmann, DS, 2005, pp. 214 y ss.).
- b) Valorar que en cuanto a la forma en que opera la dogmática jurídica la relación entre la semántica y las estructuras del derecho posiblemente no se realice de forma tan evidente una doble circularidad en los términos referidos por Luhmann al considerar la historia de las ideas, y que en todo caso podría ser aplicable para los textos de autodescripciones que son teorías de la reflexión de la unidad del sistema jurídico, pues, al parecer, la dogmática podría oscilar entre una operación estructural y semántica (o entre operación y observación).<sup>81</sup> Después de todo, como se verá, la falta de consistencia del derecho

---

<sup>81</sup> Y quizás por ello se podría considerar el valor de la *praxis* jurídica (aunque recién se citó parte de este fragmento, aquí vuelve a ser necesario) que sólo gradualmente logra ser estabilizado: “Resumiendo: se puede ahora hablar de dogmática jurídica [...] 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. Estas preguntas se aprovechan para rechazar las decisiones imposibles, pero también para fundamentar las decisiones que desde hace tiempo corresponden al uso conceptual en práctica. De esta manera, se llega [...] a una expansión paulatina de los denominados conceptualmente institutos jurídicos: de pequeños inicios que responden a exigencias, surgen disposiciones de alcances considerables; su importancia difícilmente se puede describir en forma de definiciones, ya que reúnen un sinnúmero de experiencias —sólo los que se dedican a la *praxis* ‘entienden’ su relevancia.” (Luhmann, DS, 2005, pp. 335-336).

La relevancia de la práctica en el derecho debe considerarse incluso para especificar algunas teorizaciones generadas en él: “la teoría jurídica que se origina en la *praxis* del derecho no cumple, en el contexto del sistema de la ciencia, con lo que promete el concepto de teoría. Las teorías provenientes de la *praxis* son más bien un subproducto de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas. Se puede hablar, sin

(consistencia que, por otro lado, la dogmática jurídica favorecería)<sup>82</sup> permite una amplia variabilidad estructural, pues en realidad el derecho se caracteriza por una inconsistencia estructural (Cfr. Luhmann, DS, 2005, p. 287).<sup>83</sup>

7.5. Desde esta aproximación, se vuelve necesario situar la referencia de la noción semántica que se usa en este trabajo, para lo cual es posible referir un marco de comprensión situado, más que en la observación de la evolución de las ideas de la sociedad, en los matices de la observación del derecho sobre sus estructuras y semánticas.

8. En estos términos, consideramos que, en principio, en el sistema jurídico toda comunicación jurídica que permita realizar enlace operativo, debería considerarse como estructura, conforme se encuentra estabilizada, mientras que, en la medida que esto no sea posible, podría considerarse como semántica. Luhmann parece subrayar estas ideas cuando refiere la necesidad de tener un “concepto operativo” de las *estructuras*:

Recordemos: los sistemas se constituyen solamente en la medida en que pueden enlazar operaciones [...]

[...] las *estructuras* sólo son reales en la medida en que se las utiliza [...] La durabilidad no es el modo de existencia de las estructuras, sino la disponibilidad para cuando se las utilice. (cfr. Luhmann, ITSL, 2007a, pp. 336-337)

---

exageración, de primacía de las consideraciones metodológicas sobre las teóricas.” (Luhmann, DS, 2005, p. 62)

<sup>82</sup> Luhmann sintetiza: “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 las *normas de su consistencia*. Por eso también se hablaba de ‘método sistemático’. Con todo, esto no requiere de ninguna reflexión sobre la unidad del sistema, no requiere de ninguna orientación en el sentido omniabarcador del sistema, sino únicamente de un esfuerzo para encontrar la solución consistente a partir de casos ‘similares’.” (Luhmann, DS, 2005, p. 337)

<sup>83</sup> Este tema se desarrollará posteriormente, sin embargo, en general, considérese que el derecho, como parte de lograr su clausura operativa, y ser así reconocido como derecho positivo, implicó el hecho de que prescindiera de cualquier fundamentación externa, por lo cual quedó liberado al interior la posibilidad de generar sus propios *inviolable levels* a partir de la recursividad de sus operaciones. Así, en un contexto de una sociedad funcionalmente diferenciada, el derecho observa su entorno y evoluciona generando materias o ramas específicas (derecho mercantil, derecho laboral, derecho constitucional, derecho familiar, etc.), que tienen una diversidad de *inviolable levels*, y que entre ellos pueden ser incongruentes. Así, por ejemplo, entre el derecho civil y el derecho mercantil, pese a ser ramas consideradas de derecho privado, se regulan de forma diferenciada las personas jurídicas en función de los límites que se atribuyen en cada rama a la obtención de una retribución económica (sin fines de especulación comercial/con fines especulación comercial).

8.1. Así, sería conveniente dar cuenta de que en el derecho la mayor estabilidad de algunas operaciones respecto de otras podría permitir conferir una calificación de estructural a las primeras y de semánticas a las segundas, de manera que su articulación puede ser semejante a la forma de operación de la distinción medio/forma, manteniendo, en último término, su carácter estructural, en tanto funcionen de forma operativa, enlazando comunicaciones jurídicas.

8.2. Por otro lado, las semánticas también pueden dar lugar a construcciones más elaboradas a partir de la autoobservación del derecho que incluyen muy diversos órdenes de autodescripción, éstas podrían ser del orden de la dogmática jurídica, de teorías específicas, teoría del derecho, de filosofía del derecho, o incluso de teorías de reflexión de la unidad del sistema jurídico. Así, por ejemplo:

los trabajos que se llevan a cabo internamente en el sistema jurídico —la teoría del derecho, la dogmática jurídica, los principios y los conceptos del derecho—, no se deben entender como si se trataran de una resistencia profesional a la crítica, de una función defensiva de carácter simbólico y legitimatorio. Se trata, antes bien, de un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; i.e., un esfuerzo de "amplificación" y, más que nada, un afán de corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción. (Luhmann, DS, 2005, pp. 63-64)

9. En un nivel más abstracto, y como digresión para comprender algunos aspectos sobre cómo operan las distinciones, quizá sería posible señalar que, en la medida que una semántica se abstrae operativamente, se le podría indicar como *más* estructural en el sistema, hasta llegar al nivel en que su nivel de abstracción es tal que puede ser considerada como una distinción directriz. Incluso, podría indicarse que, en términos generales, algunos casos podrían funcionar como códigos.

Si se llevan a cabo de forma consecuente, las codificaciones binarias no proporcionan directrices para el comportamiento correcto. No formulan ningún programa. Aun cuando, apoyándose en el uso lingüístico de la lógica, se designen como «valores» las dos posiciones previstas, en ello no radica preferencia alguna por el valor positivo sobre el negativo en el plano del código y para todos los casos a los que este se aplica. No puede ser correcto (o, al menos, más correcto) en sentido abstracto decir «sí» y no «no». Una regla preferencial así sabotearía el sentido y la función de la codificación. (Luhmann, DD, 2016b, pp. 29).

- 9.1. En este nivel, el código no realiza una heterorreferencia adicional a su propia operación. Cualquier heterorreferencia queda como tarea de los programas.
- 9.2. Esto no implica que la distinción que constituye el código (ni en general las distinciones) sea simétrica, pues la propia operación de distinguir supone una asimetría.

Esto tiene como consecuencia que una distinción exactamente simétrica es un caso muy improbable, porque en principio podría dejar completamente abierto qué lado de la distinción habrá de indicarse en caso de duda. Hay que esperar, por tanto, una cierta asimetría como premisa de la capacidad de las distinciones para imponerse en la evolución. (Luhmann, DD, 2016b, p. 31)

- 9.2.1. Incluso, puede señalarse que la asimetrización la identifica Luhmann, desde una perspectiva formal, como el espacio marcado o distinguido en el que puede aparecer la *re-entry*:

el uso de la distinción para la fijación de indicaciones, que entonces podrán usarse como señal de una relación jerárquica, pero también en otra función. [...] en el caso de que solo una de las dos partes sea tomada en consideración como «valor reflexivo»; es decir, como aquel lado de la distinción que puede reaparecer en la distinción misma («*re-entry*» en el sentido de Spencer-Brown). Así, en la distinción de sistema y entorno, solo el sistema es capaz de orientarse por la diferencia entre sistema y entorno. (Luhmann, DD, 2016b, p. 32)<sup>84</sup>

- 9.2.2. Lo cual, en el caso de los medios simbólicamente generalizados, la asimetrización supone, además, la posibilidad de ofrecer una motivación:

---

<sup>84</sup> Previamente, Luhmann, retomando a Dumont, habría recordado que dicho autor “parte de la conjetura de que la interpretación estrictamente simétrica de estas oposiciones se correspondería con una necesidad ideológica de la modernidad, de modo que expresaría la igualdad (en último término, la igualdad de los individuos), mientras que los hechos antropológicos hablarían de un modo contrario.” (Luhmann, DD, 2016b, p. 31). Sin embargo, esto sería una idea sobre la semántica que no podría entenderse en los mismos términos en el orden de lo formal, pues, en un momento posterior (en *El derecho de la sociedad*), Luhmann indicaría que: “El esquema igual/desigual genera una demanda de criterios, pero él mismo no determina los criterios necesarios. La igualdad por sí misma no es ningún criterio de igualdad —como la verdad no es ningún criterio de la verdad.” (Luhmann, DS, 2005, p. 169).

En estos términos, se sustenta la consideración de que la *forma* igual/desigual no implica una *norma*, aunque, según podemos ver, sí una *asimetrización* que le permite operar como distinción, donde se favorece lo *igual*. Por otro lado, la *norma* de la igualdad, como se señalará, requiere la introducción de una distinción adicional (regla/excepción) en su operación, que requerirá, a su vez, otra *asimetrización* relacionada con la *argumentación jurídica*, según se indicará.

Así, puede señalarse que en Luhmann no es lo mismo la *semántica* de la igualdad, que la *forma* igual/desigual o la *norma* igual/desigual. Una consideración adicional será relacionar la forma igual/desigual con la distinción identidad/diferencia.

la codificación de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. La función de estos medios es hacer que la transmisión de selectividad (*Selektionsvermittlung*), pese a su improbabilidad, sea capaz de motivar, y así se haga suficientemente probable. (Luhmann, DD, 2016b, p. 32)

9.2.3. En general, la asimetrización de las distinciones son un requerimiento de un sistema autopoietico autorreferencial, ya que gracias a ello se evita que se bloquee el sistema en su circularidad constitutiva (que tiene una estructura tautológica, pero que no significa que la distinción sea en sí misma tautológica, puesto que también puede ser paradójica), de manera que es posible que se desencadenen formaciones de sistemas:

Un sistema autopoietico autorreferencial requiere un código así para de esa manera simbolizar la autorreferencia propia y, a la vez, propiciar la interrupción de la circularidad constitutiva. Ambos valores son convertibles entre si porque el negar requiere de una operación positiva por parte del sistema –la posición equivale lógicamente a la negación de su negación. Pero al mismo tiempo esta estructura tautológica implica una disposición latente a la interrupción; sensibiliza al sistema para los imprevistos y luego para la autoorganización, lo cual ofrece puntos de referencia respecto a si los síes o los noes son adecuados. La sociedad, pues, surge únicamente por esta ruptura de la simetría instalada en el lenguaje, a la cual luego pueden enlazarse los condicionamientos. La simple relación de los valores no es todavía un sistema, aunque se genera únicamente en vista de su capacidad de desencadenar formaciones de sistemas. (Cfr. Luhmann, SS, 2006, p. 172)

9.2.4. Así, las distinciones (tautológicas o paradójicas) y su asimetrización constituyen la base para la formación de sistemas. Esto es: la base para la formación de semánticas y estructuras que posteriormente divergirán evolutivamente generando estructuras operativas (operación) y estructuras semánticas (observación). De ahí que la distinción entre estructuras y semánticas pueda tener un amplio margen de posibilidades, como, al parecer, es el caso del derecho.

10. En el mismo sentido, sería necesario considerar que, dada la especificidad de las estructuras con el sistema social del que forman parte, es diferente concebir una estructura o una semántica de la sociedad que una estructura o semántica del derecho. Así, por ejemplo, no sería lo mismo una semántica de los derechos humanos del sistema de la política, de los movimientos de protesta o del sistema de la ciencia, que una semántica de los derechos humanos del derecho,



aunque, necesariamente, esas semánticas deberían basarse en las prestaciones del propio derecho.<sup>85</sup>

11. Sería necesario lograr identificar cuáles aspectos, de lo que conocemos como derechos humanos, tienen un funcionamiento semántico; y, cuáles otros, uno estructural. El objetivo sería dar cuenta de cuándo el propio sistema jurídico crea estructuras, enlazando sus operaciones subsiguientes para hacer uso de ellas. Esto implica que, eventualmente, la semántica pueda fungir como reservorio de sentido para nuevas estructuras, y que las estructuras podrían dejar de serlo para volver a ser semánticas. Esto sería necesario observarlo asumiendo la evolución del sistema del derecho, en donde las variaciones posibilitadas por la estabilización del propio sistema, al usar los derechos humanos estructuralmente, permitirían una evolución constante, tras existir un reservorio de sentido garantizado por una semántica.

12. Existen diferentes aspectos que deberían observarse con base en la distinción entre semántica y estructura. Una de ellas tiene que ver, fundamentalmente, con la *inclusión/exclusión* de la sociedad y de los sistemas parciales, y otra con la operación de la forma *igual/desigual*. Esta última, particularmente para comprender el alcance de esto en relación a la operación del sistema del derecho, y de sus efectos en la generación de consistencia. Quizá puede decirse que la distinción *inclusión/exclusión* tiene que ver, fundamentalmente, con la *heterorreferencia* del sistema jurídico y con la resolución de su paradójica unidad como *paradoja* (con la cual el derecho afirma ser lo que no es); y la distinción *igual/desigual* con la *autorreferencia* del sistema y la resolución de su paradójica unidad como *tautología* (con la cual el derecho afirma ser lo que es).

13. En todo caso, estos problemas deben situarse en relación a la forma como la propia sociedad resuelve sus propios problemas de *inclusión/exclusión* y la operación de la forma

---

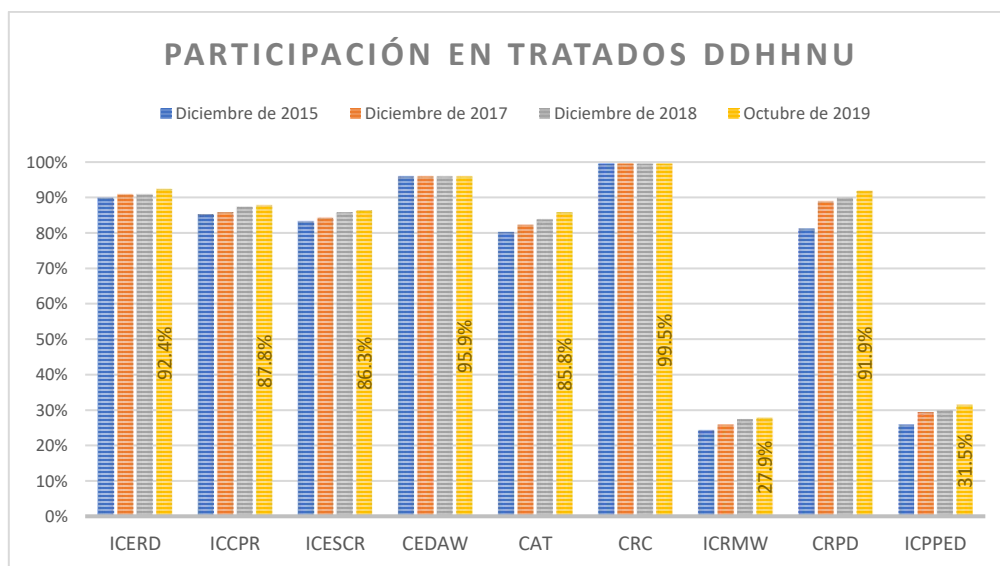
<sup>85</sup> En estos términos podría identificarse que, por ejemplo, se indique:

- “Desde hace por lo menos treinta años, el estudio académico de los derechos humanos ha dejado de ser terreno exclusivo de la disciplina jurídica y se ha convertido en un objetivo compartido por las diversas disciplinas sociales y humanísticas.” (Estévez y Vázquez, 2010, p. 11).
- “En el mundo anglosajón, el interés de las ciencias sociales por los derechos humanos data de la década de 1970. Esta tendencia es, entonces, relativamente nueva en la sociología en general y en los estudios sociolegales en particular.” (Ansolabehere, 2010, p. 19).
- “Como es bien sabido [...] la agenda de investigación de estudio de las relaciones internacionales se concentró [...] Más recientemente, de manera especial tras el fin de la guerra fría, la gama de asuntos estudiados por el *mainstream* de las Relaciones Internacionales se amplió aún más, incluyendo otros temas característicos de lo que se llamó ‘la nueva agenda’ internacional: [...] derechos humanos [...]” (Anaya Muñoz, 2010, p. 44-45)

*igual/desigual*, particularmente en el contexto de los problemas que le surgen al ser una sociedad mundial.

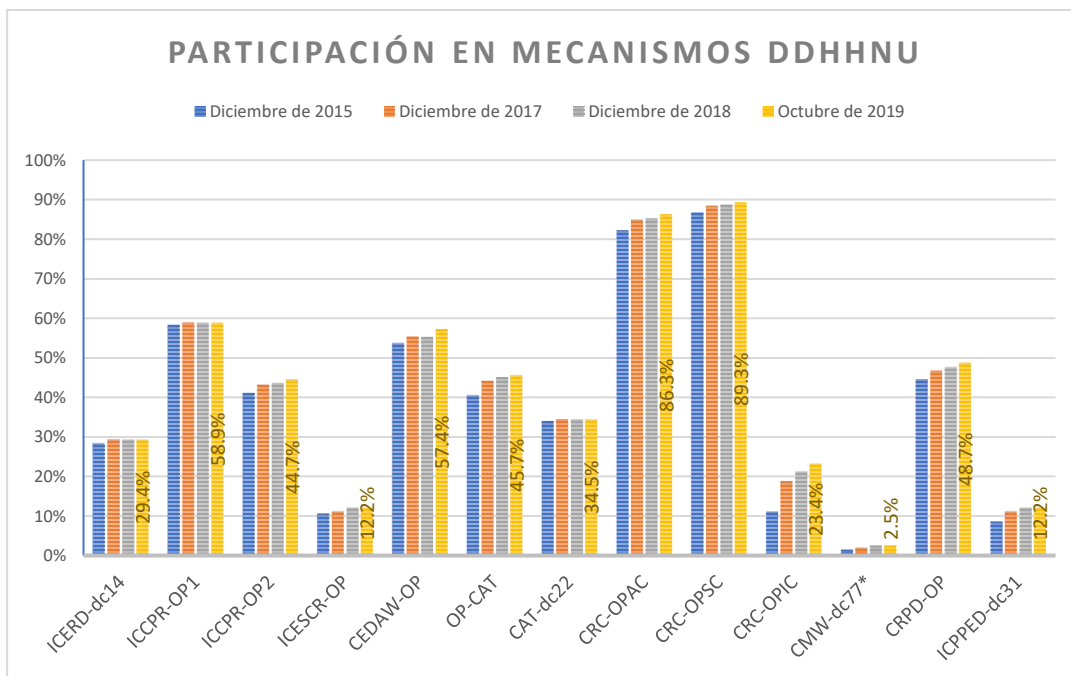
14. Si se logra observar el funcionamiento estructural de los derechos humanos en el derecho a partir de estos temas, sería posible posteriormente revisar con mayor detenimiento otros aspectos de la evolución del derecho, en particular, en torno al funcionamiento de los derechos humanos como programas condicionales y su funcionamiento en torno a la fórmula de contingencia, así como su relación específica en el funcionamiento de los tribunales.

15. Una breve observación de la realidad de los derechos humanos debe permitirnos dar cuenta de que éstos, tienen un nivel semántico evidente al nivel internacional, por el cual los Estados, en general, asumen la expresión política de su «compromiso» con ellos (que incluso va en aumento a través de los años), de manera que es relativamente fácil que firmen los tratados de derechos humanos, salvo que su contenido les sea especialmente problemático.



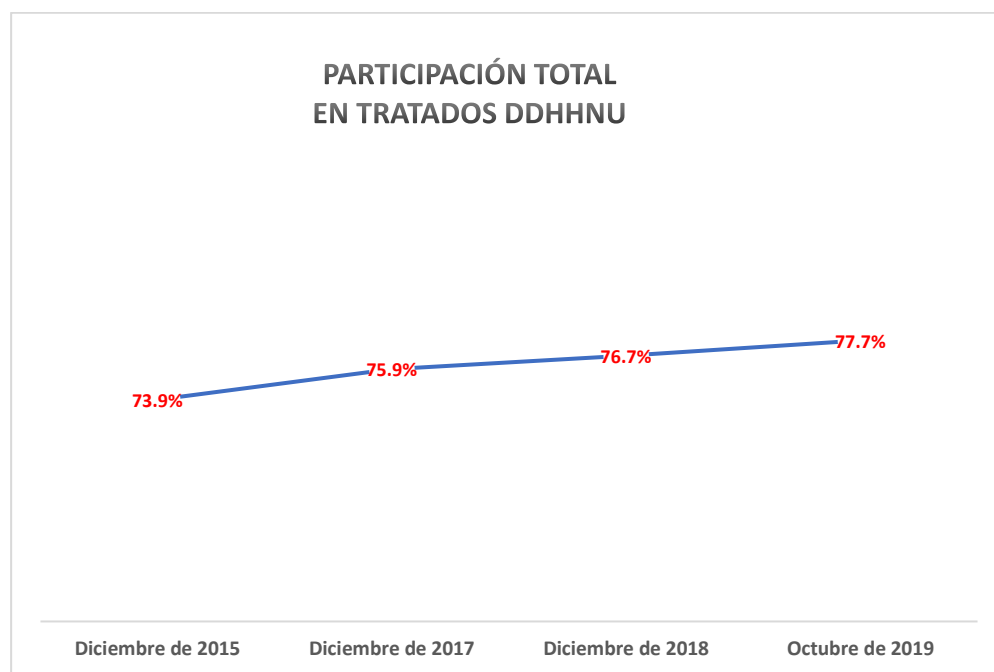
Fuente: elaboración propia (con información de U.N. Doc. A/74/643).

16. Sin embargo, cuando se observan los indicadores de su funcionamiento estructural, como es el hecho de que esos mismos Estados reconozcan la competencia de los órganos encargados de verificar su cumplimiento, el nivel de «compromiso» disminuya significativamente.

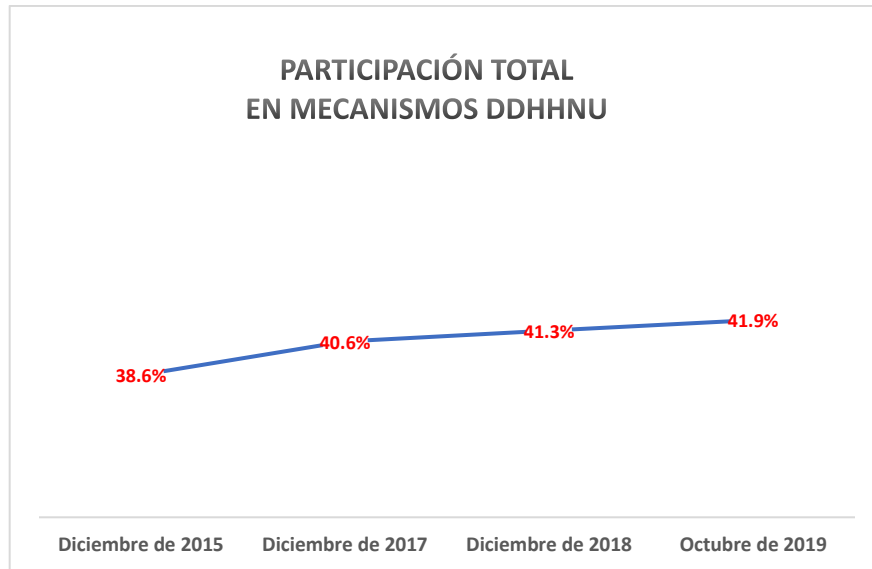


Fuente: elaboración propia (con información de (con información de U.N. Doc. A/74/643).

17. A pesar de la diferencia indicada entre ambos escenarios, igualmente se puede considerar que en los dos casos se señala un incremento de «compromiso».



Fuente: elaboración propia (con información de (con información de U.N. Doc. A/74/643).



Fuente: elaboración propia (con información de (con información de U.N. Doc. A/74/643)).

18. En la medida en que los derechos humanos puedan ayudar a sostener el funcionamiento de la sociedad funcionalmente diferenciada y su integración sistémica (según se verá), y no impliquen que, por el contrario, la integración sistémica se comprometa por un afán de integración social, la disminución de la distancia entre el funcionamiento estructural y la semántica de los derechos humanos podrían ser una clave importante entre las respuestas que la sociedad está desarrollando frente al problema de su *inclusión/exclusión* y los problemas y riesgos que esto conlleva.

19. Evidentemente, esto no agota de forma alguna un señalamiento mínimo sobre el funcionamiento semántico o estructural de los derechos humanos. Sin embargo, da cuenta de la necesidad de situar su funcionamiento, así como establecer su relación con la evolución de la sociedad y sus sistemas funcionales, en tanto sociedad mundial.

## **B. INCLUSIÓN/EXCLUSIÓN**

20. Al revisar la evolución de los derechos humanos, la inclusión/exclusión estructural en la sociedad y en el derecho, requiere un tratamiento correlacionado con la forma igual/desigual en el derecho (y en la semántica de la sociedad). Sin embargo, para poder llegar a este punto, es necesario partir de caracterizar la inclusión/exclusión en general, tomando distancia de algunas concepciones recientes, y considerando esta distinción en relación con el concepto *integración*.

### B.1. La forma *inclusión/exclusión*

21. Los sistemas funcionales no reconocen a los seres humanos en cuanto tales, sino bajo categorías como *persona* que funciona como fórmula de “atribución para los sistemas psíquicos”, esto es, como participantes de sus sistemas. De esta manera, “la inclusión en la sociedad moderna queda librada a los sistemas funcionales” (Luhmann, RS, 2018, p. 260). Por ello, Luhmann indicaría que “Hablamos [...] de exclusión cuando un sistema acepta producir indiferencia, inconsideración y rechazo frente a las personas (constituidas socialmente)” (Luhmann, RS, 2018, p. 203). Esta conceptualización sólo es de inicio, ya que, como se referiría se puede hablar de inclusión/exclusión en relación a las organizaciones, a la sociedad y, en particular, a la sociedad mundial.

22. Posteriormente a los desarrollos de Luhmann, han existido diversos trabajos sobre la inclusión/exclusión, en las cuales han desarrollado conceptualizaciones, las cuales sin embargo no se seguirán en este trabajo, atendiendo a que se buscará realizar una conceptualización que recupere de manera más específica las pautas indicadas por Luhmann, por considerar que pueden permitir una mejor coherencia teórica y observacional.

23. Entre las conceptualizaciones sobre la inclusión/exclusión Stichweh, por ejemplo, ha señalado que la *inclusión/exclusión* funciona como una *oposición jerárquica* (2021, p. 8-9)<sup>86</sup> por la cual, la inclusión termina por comprender o incluir a la exclusión. Él considera que “Under modern conditions exclusion is only ‘permissible’ as far as is brought into the form of inclusión.”<sup>87</sup>, derivado del “imperative of full inclusion [...] which is characteristic of function systems according to many indications, presumably has its preconditions not only in the non-restrictedness of the function-typical binary codings, but probably also in semantics and norms, which specify the egalitarian impulses of modernity for function systems.”<sup>88</sup> y de la ilegitimidad que eso ocasiona en la modernidad para la exclusión (p. 8).

---

<sup>86</sup> Conviene recordar que la asimetrización de las distinciones no es necesariamente equivalente a la oposición jerárquica (Cfr. Luhmann, DD, 2016b).

<sup>87</sup> “Bajo las condiciones modernas, la exclusión sólo es “permissible” en la medida en que se la lleve a la forma de inclusión.” (p. 8)

<sup>88</sup> El “imperativo de plena inclusión [...] el cual es característico de los sistemas funcionales según muchos indicios, presumiblemente tiene sus precondiciones no sólo en la no restricción de las típicas codificaciones funcionales binarias, sino probablemente también en la semántica y las normas, que especifican los impulsos igualitarios de la modernidad para los sistemas funcionales.” (p. 9)

24. Sin embargo, esta valoración, como *oposición jerárquica*, tiene dos aspectos problemáticos: (a) sería necesario reconsiderar el tipo de simetría que caracteriza a la distinción inclusión/exclusión, pues la oposición jerárquica propuesta requeriría especificar cómo los sistemas admiten un *cruce* de la distinción sólo en un sentido, o bien, indicar si la jerarquía pudiera derivar de un sistema que puede operar en otros sistemas, considerando que Stichweh remite de manera genérica a impulsos igualitarios de la modernidad. Por otro lado, y correlativamente, (b) dado que los sistemas funcionales no pueden ver lo que no pueden ver, sería necesario considerar la existencia de aspectos de la realidad, relativos a los seres humanos, que la *sociedad* no puede observar; y que, respecto de ellos, hasta en tanto surja alguna forma de observarlos, serán parte de lo excluido.<sup>89</sup> Es decir: en este nivel no podría postularse que la *inclusión/exclusión* es una oposición jerárquica, pues no habría semánticas ni estructuras que posibiliten la inclusión de lo excluido.<sup>90</sup> Esto sería particularmente relevante cuando se atiende al nivel de observación de la sociedad mundial, después de todo, como indica Stichweh, “Globalization and inclusion[/exclusion] are like two sides of the same coin” (p. 6).

25. Así, el mantenimiento del tipo de simetría que hay en la distinción inclusión/exclusión sería más apropiado para estudiar la *exclusión* que implica la ausencia de semánticas y estructuras sistémicas apropiadas, puesto que de inicio se presenta la necesidad de tematizar sobre aquello que pudo haber sido excluido en la sociedad mundial, como podrían ser los efectos de ésta en los marcos espaciales o locales.<sup>91</sup> En este sentido, aquellas expectativas creadas por los sistemas

---

<sup>89</sup> Esta cercanía entre el concepto de *entorno* y el de *exclusión* (y sus complementarios en sus respectivas distinciones: *sistema* e *inclusión*) se diferencia particularmente porque la inclusión/exclusión es referida particularmente en relación a los sistemas psíquicos: “se designa una relación de acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales”; por ello, no debe olvidarse que “la marcación de la inclusión deja un *unmarked space* restante que se puede designar como un ámbito de exclusión, siempre y cuando afecte a personas.” (Luhmann, RS, 2018, p. 203).

<sup>90</sup> Por ello, no extraña que el análisis de la *inclusión/exclusión* enseguida desarrollado por Stichweh sea sólo relacionado con el inciso (a), pero no el (b). Esto, posiblemente, no tendría mayor relevancia para el análisis de los derechos humanos, de no ser porque si se abocara sólo al nivel (a) se podría favorecer un «exceso» de expectativas respecto de ellos, en tanto se dirige sólo a los aspectos más particularizados, y, además, se podría perder la necesidad de comprender que cada sistema funcional y la sociedad misma se enfrentan, en sus diferentes niveles, a los efectos de aquello excluido que no pueden observar, esto podría ser particularmente relevante en el nivel de la sociedad mundial. Podría considerarse también que, derivado de ese nivel (b), es que la *inclusión/exclusión* adquiere el nivel de meta-código o meta-diferencia señalado por Luhmann.

<sup>91</sup> “This anomie is characterized by local differences, whereby ‘local’ means the extreme diversity of contexts in the functions systems of modern society.”, señala Stichweh. Sin embargo, conforme a lo indicado, difícilmente serían solo la diversidad de los contextos locales, sino que podría ya atenderse a los requerimientos propios de la sociedad como sociedad mundial, en su desarrollo estructural actual; por

funcionales que no pueden ser satisfechas por las estructuras sistémicas, más que *anomia* de la sociedad mundial, como propone Stichweh,<sup>92</sup> se le consideraría como la *exclusión*, en sí misma, en la sociedad mundial.<sup>93</sup>

26. No podría olvidarse que, después de todo, el lugar de la inclusión/exclusión se corresponde también con el de los acoplamientos estructurales de los sistemas funcionales. La inclusión/exclusión opera como forma específica relacionada con las personas en la diferencia sistema/entorno. Por ello, no puede haber situaciones intermedias de inclusión/exclusión o

---

ejemplo, al observar la diferencia, en la sociedad mundial, entre las posibilidades operativas del dinero cuando éste es el dólar estadounidense, el euro, el bolívar soberano venezolano, el rublo ruso o, incluso, las criptomonedas (como el Bitcoin). Así, las diferencias estructurales y operativas pueden afectar a las posibilidades de política económica (como la capacidad de endeudamiento de un país) y con ello las posibilidades de las personas para acceder a la satisfacción de necesidades consideradas básicas, o de políticas para atender necesidades poblacionales (por ejemplo, la respuesta a la pandemia del Covid 19). En ese sentido, no se trataría sólo de observar contextos locales sino las interacciones en la sociedad mundial y sus efectos locales y poblacionales.

<sup>92</sup> Stichweh recupera la idea de *anomie* (Merton) para aplicarla a la *world society* e indicar la alta improbabilidad de franquear la diferencia entre las expectativas generadas de igualdad y las posibilidades estructurales de la sociedad de satisfacerla (p. 7).

<sup>93</sup> Así, al hablar de *exclusión* de la sociedad (y de la sociedad mundial), no sería necesario sustituir o dar soporte a este concepto mediante la incorporación del concepto *anomia*, al menos para los efectos indicados, como parece proponer Stichweh.

Posteriormente, siguiendo la idea de oposición jerárquica, Stichweh desarrolla dos posibles formas en que, considera, se ha estructurado la exclusión y sus posibles formas de inclusión de la sociedad: “including exclusion” y “excluding exclusion”; las cuales, por así decir, se sitúan en «un mismo nivel». Estas formas de *inclusión/exclusión* podrían verse desde una perspectiva diferente si se situaran explícitamente los tipos de exclusión que se realiza en la sociedad (exclusión de la sociedad, exclusión de los sistemas funcionales y exclusión de las organizaciones), y el tipo de respuesta que puede generarse o se genera en cada nivel (sociedad, sistemas funcionales y organizaciones), así como sus interacciones, es decir, situando los «diferentes niveles», en lugar de generar una observación de un solo nivel integrando en él los problemas. Consideraciones similares pueden considerarse respecto de la propuesta de Mascareño y Carvajal (2015), quienes buscan mostrar diferentes posibilidades de *inclusión/exclusión*, pero de igual forma sin aclarar analíticamente las interacciones generales de la sociedad, sus sistemas funcionales y las organizaciones, sino integrándoles en un mismo nivel de observación. Desde antes (2014), Mascareño postulaba la observación de los tres «niveles» referidos en su análisis de la *inclusión/exclusión*, sin embargo, Mascareño apuesta por introducir la noción de cohesión como un “contra-concepto asimétrico” para dar cuenta de una pretensión normativa de reunificación social frente a la fragmentación de la diferenciación, lo cual resulta problemático para el presente trabajo, ya que se busca conservar la indicación de Luhmann de que la unidad de la sociedad no es conveniente observarla, en último término, como resultado de una fundamentación *normativa*. Frente a este tipo de postulado normativo, Luhmann insiste en mantener una observación cognitiva de la unidad de la sociedad, dando cuenta de cómo ésta resuelve la representación de su unidad ya sea mediante tautologías o paradojas, de manera que, de formas latentes, siempre presupone dicha unidad.

Atendiendo a que, desde la perspectiva de este trabajo no se siguen las propuestas de Stichweh o Mascareño y Carvajal, no se profundiza en las discusiones que proponen. En el caso de Stichweh, sin embargo, se considerará su discusión sobre la *igualdad/desigualdad* en relación a la *inclusión/exclusión*.

terceros elementos (salvo, quizá, si se considerara que el sistema no estuviera operativamente clausurado):

Los acoplamientos estructurales, con su doble efecto de inclusión y exclusión hacen más fácil la concentración de la irritabilidad, al mismo tiempo que preparan, en el ámbito de sus posibilidades, para las contingencias. El sistema únicamente puede desarrollar sobre tal base aquellas sensibilidades que permanecen en la esfera de las operaciones controlables. [...] Es precisamente esto lo que supone la codificación indiferente del sistema frente a estímulos del entorno que no se presentan a través de los acoplamientos estructurales. (Luhmann, DS, 2005, p. 511)

La forma “acoplamiento estructural” no constituye un tema normativo, como si pudiera ser prescrita. [...] La función de acoplamiento debe suponerse como algo dado y está colocada de manera ortogonal respecto de las operaciones que dan lugar a estructuras propias del sistema (normas); estas estructuras se orientan de acuerdo a dicha función de acoplamiento. (Luhmann, DS, 2005, p. 513)

## **B.2. Integración (sistémica y social)**

27. Luhmann refiere que la *integración* puede ser observada en dos niveles: como *integración sistémica*<sup>94</sup> y como *integración social*<sup>95</sup> (aunque, como se buscará mostrar, no pueden desvincularse), pero que con la finalidad de conservar “a la ‘sociedad’ como referencia sistémica”, transfirió “el tema de la integración de los sistemas a la distinción de formas-de-diferenciación-de-los-sistemas; formas que en cada caso controlan las mutuas referencias entre los sistemas parciales y sus interdependencias.”, mientras que se reemplazó el tema de integración social “por la distinción inclusión/exclusión” (Luhmann, SS, 2006, p. 491).<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Que puede definirse como “cohesión interior de los sistemas diferenciados” (Luhmann, SS, 2006, p. 490).

<sup>95</sup> Que corresponde a “la relación entre sistemas psíquicos (individuos) y sistemas sociales” (Luhmann, SS, 2006, p. 490). Esposito (2021), al desarrollar la noción de integración social hace referencia a la distinción *inclusión/exclusión*, sin embargo, la refiere básicamente a la operación de los sistemas organizaciones.

<sup>96</sup> Luhmann, al indicar aspectos específicos de la integración al nivel de las *organizaciones* y los sistemas psíquicos de sus miembros (lo que también correspondería a la distinción *inclusión/exclusión*), señala la relevancia del empleo del *tiempo*, pues se realiza una “integración con retrasos temporales” impuestos por los condicionantes de las personas, de manera que “[n]o se trata [...] sólo de algo como compatibilidad estructural —por ejemplo, de requisitos e idoneidades—”, de manera que las cosas se orientan a que “la carrera adquiere una función central en la integración de individuos y organizaciones” (cfr. Luhmann, OD, 2010b, pp. 128-129), pues es mediante la carrera que se logra participar en la sociedad; y, aunque una “vida sin carrera sigue siendo posible”, lo es, señala, “como exclusión de la participación en todos los sistemas funcionales” (p. 130). Como puede observarse, hay una diferencia muy ligera, pero marcada, entre la referencia a la *integración social* y la *integración sistémica* al revisarlas al nivel de la *sociedad*, y la referencia equivalente al revisarlas en relación a las *organizaciones*, pues en el nivel de las organizaciones, necesariamente, la diferencia entre *inclusión/exclusión* e *integración sistémica* se diluye suavemente (pero



28. Integración, en la teoría de sistemas, refiere “únicamente la reducción de los grados de libertad de los sistemas-parciales —reducción que se sigue de los límites externos del sistema sociedad y del entorno interno que con ellos separa dicho sistema.” Luhmann explica que esto deriva de las “indeterminaciones internas” que se producen por la diferenciación de sistemas autopoieticos, de manera que la integración permite abordarlas y, en su caso, aprovecharlas en relación con el sistema total y los sistemas parciales. Se trata, entonces, de una “relación móvil” y de ajuste histórico de los sistemas (Luhmann, SS, 2006, p. 478) donde la integración fuerte puede implicar una gran cantidad de recursos de los sistemas (como cuando hay conflicto), y la integración débil o una “desintegración suficiente” puede permitir la operatividad de cada sistema. Por ello, la “integración siempre sucede en el sentido de una limitación recíproca de los grados de libertad de los sistemas.” (Luhmann, SS, 2006, p. 478-479).

29. Además, la integración es un hecho que no es permanente, sino que sucede de momento a momento, “se limita a acontecimientos particulares”, en “el pulsar de los acontecimientos se integran y se desintegran de momento a momento los sistemas”. Aún así, los efectos pueden ser estructurales, y de esta forma mantenerse para el largo plazo, pues “Si esto se repite y luego se anticipa, puede llegar a influenciar los desarrollos estructurales de los sistemas participantes.” De esta forma, se generan acoplamientos momentáneos que hacen persistir los grados de libertad, salvo que haya modificaciones estructurales: “los sistemas continuamente se integran y se desintegran, se acoplan sólo momentáneamente para luego quedar en libertad de establecer enlaces con operaciones determinadas por ellos mismos.” (Luhmann, SS, 2006, p. 479-480).

30. No obstante, esa definición de integración (que delimita como mutua exterioridad la existente entre *integración sistémica* e *integración social*), al referirse a situaciones de exclusión, Luhmann da cuenta de que la integración social presupone la integración sistémica: cuando se dan fenómenos de exclusión (particularmente cuando estos tienen un nivel agregado y reforzado de exclusiones) se genera una *integración negativa fuerte*.

---

no absolutamente), lo cual no extraña si se considera que, justamente, existe un condicionamiento operativo: los individuos, reconocidos como personas. Es decir, este condicionamiento *requiere* el ajuste *temporal* adicional ligado necesariamente a los cuerpos y a las conciencias: de ahí que la *carrera* adquiera un lugar central.

en los márgenes de los sistemas se generan efectos de exclusión que en este nivel conducen a una integración negativa de la sociedad (Luhmann, SS, 2006, pp. 499-500).

*La exclusión integra con mucha más fuerza que la inclusión* —integración entendida en el sentido del concepto anteriormente definido: como limitación del grado de libertad de las selecciones. En consecuencia, la sociedad está —exactamente al revés de lo que sucede en el régimen de la estratificación— *más integrada en sus capas inferiores que en las superiores*. Solo ‘abajo’ puede prescindir de los grados de libertad. Su orden —por el contrario— se basa en la desintegración, en el desacoplamiento de los sistemas funcionales. (Luhmann, SS, 2006, pp. 500-501).

### B.3. Inclusión/exclusión e igualdad/desigualdad

31. Stichweh señala que la *inclusión/exclusión* y la *igualdad/desigualdad* son dos distinciones que “cannot be mapped to each other because there is the production of inequality (and equality) on both sides of the distinction between inclusion and exclusion.”<sup>97</sup> (2021, p. 11); sin embargo, quizá sea posible establecer una conceptualización sobre la *integración sistémica y social* en relación a este par de distinciones, mediante la asignación de valores positivos y negativos que permitan dar cuenta de la igualdad y desigualdad a ambos lados de la distinción inclusión/exclusión, considerando que las nociones de integración sistémica e integración social son societales y permiten dar cuenta de la diferenciación funcional y sus efectos.<sup>98</sup>

<b>INTEGRACIÓN SISTÉMICA Y SOCIAL</b>	Igualdad (+)	(+) Igualdad	
	(2)	(1)	
Exclusión (-)	(4)	(3)	(+) Inclusión
	Desigualdad (-)	(-) Desigualdad	

Fuente: elaboración propia.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> “no se pueden mapear entre sí porque existe la producción de desigualdad (e igualdad) a ambos lados de la distinción entre inclusión y exclusión”.

<sup>98</sup> Evidentemente, esta propuesta no coincidiría con los términos en que Stichweh concibe la naturaleza de la *igualdad/desigualdad*, ya que ésta, más que como una forma, es observada como una continuidad, de manera que podría gradualizarse su asignación. En cambio, al concebir la *inclusión/exclusión* como una discontinuidad, puede continuar siendo vista como una forma (p. 11).

<sup>99</sup> Algunas posibles notas para su uso serían las siguientes:

1) El uso de este plano cartesiano se constituiría sólo por la aplicación de dos formas, sin el requerimiento de gradualizarse (aunque podría hacerse algún esfuerzo en ese sentido).

32. Esta conceptualización busca dar cuenta de un aspecto particularmente considerado por Luhmann, al referir que no es posible aplicar la forma igual/desigual al entorno de los sistemas. En discusión con Parsons, Luhmann señala los alcances de lo que se considera *inclusión* (inclusión/exclusión): una vez que algo es incluido, se observa y opera la forma igual/desigual (Cfr. Luhmann, SS, 2006, p. 491). Esto es, la forma igual/desigual sólo operaría del lado de la inclusión:

El catálogo de las formas [de diferenciación segmentaria, centro/periferia, estratificada y funcional] se obtiene gracias a la distinción igual/desigual. Esta distinción es adecuada únicamente para lo comparable, es decir, sólo para sistemas y no para la relación sistema/entorno; porque no tendría sentido definir al entorno como “desigual” con respecto al sistema. (Luhmann, SS, 2006, p. 486).

33. Esta delimitación, sin embargo, debe adecuarse, ya que un sistema abarcador tiene condiciones de *observación* que no se encuentran en la misma situación que el sistema abarcado de referencia; de manera que podría considerarse que la aplicación de la forma igual/desigual sí podría realizarse por el sistema abarcador en relación al sistema funcional y a su entorno (aunque, además, sería necesario revisar las condiciones de *operación*, en cuyo caso, la semántica de la sociedad podría tener una relevancia particular).

34. En este sentido habría algunos aspectos que podrían considerarse, para considerar la observación y operación de la sociedad, respecto de los sistemas funcionales: a) la asignación de comunicaciones, y b) el lugar de tercero excluido de la sociedad respecto de los sistemas funcionales.

35. *Asignación de comunicaciones en la sociedad.* Un problema importante se encuentra en comprender bajo qué condiciones se asignan comunicaciones a los sistemas funcionales, incluso,

- 
- 2) El plano requiere usarse como una articulación de dos “niveles”: el sistema abarcador (v. g. sociedad) y el sistema de referencia (v. g. funcional). La forma inclusión/exclusión se sobrepone en ambos niveles. La forma igual/desigual se “duplica” o no se sobrepone.
  - 3) La exclusión de un sistema de referencia (cuando es posible) podría señalarse como “legítima”. La exclusión del sistema abarcador no se considera “legítima”, salvo si se trata de la exclusión del sistema de referencia; los casos en que no se considera “legítima” dependen de los resultados de la aplicación de la forma igual/desigual.
  - 4) La forma igual/desigual opera en el sistema de referencia una vez que una comunicación es incluida conforme a los criterios del propio sistema.
  - 5) La forma igual/desigual puede ser usada por el sistema abarcador en lo excluido (el entorno) del sistema de referencia. Lo excluido del sistema abarcador que puede observarse como problemático para la sociedad, se refiere, en particular, a lo que se considera excluido y desigual (o discriminatorio).

también para comprender si éstas se pueden redirigir y si, en todo caso, este redireccionamiento se realiza por la sociedad o por los sistemas funcionales. Para comprender esos términos, podría recuperarse la alusión de Luhmann a las condiciones de (a) exceso de comunicación que puede quedar sin adjuntarse a un sistema funcional, (b) la insuficiencia de los códigos para dar cuenta de la asignación de las comunicaciones (c) el desarrollo de sensibilidades que posiblemente podrían considerarse como funcionalidades derivadas de las semánticas, que no pueden decidirse *objetualmente*, sino sólo mediante (d) la *condensación de referencias* a fin de determinar la dirección, esto es, existiendo las diferentes posibilidades funcionales, sólo mediante las comunicaciones del sistema social *sociedad*:

Una diferencia importante entre estratificación y diferenciación funcional consiste finalmente en que, bajo condiciones estrictas estratificadas, casi no existen comunicaciones que hagan caso omiso de esta forma de diferenciación. En cambio, [a] en sociedades funcionalmente diferenciadas se realiza mucha comunicación que puede prescindir de adjuntarse a uno u otro sistema funcional. Esto lleva a la pregunta de [b] cómo las comunicaciones reconocen si se vinculan a un sistema o a otro (y a cuál). En las sociedades estratificadas había sido posible atenerse en esto a las personas y a las formas de vivir. En sociedades funcionalmente diferenciadas podría pensarse en las diferentes codificaciones, aunque con esto el problema de reconocimiento de la asignación únicamente se aplaza. En cierta medida ayuda una suerte de memoria topográfica: se pueden distinguir escuelas y juzgados, hospitales y fabricas u oficinas. Pero sobre todo, una sociedad que ya no puede confiar en una orientación mediante personas, [c] depende del desarrollo de las sensibilidades respectivas. Hay que reconocer, por ejemplo, en un matrimonio que anda mal, en qué momento se estiliza el problema como cuestión jurídica; o en una escuela cuando la enseñanza se pervierte en propaganda política o religiosa; o en un hospital cuando el cuerpo de un paciente se vuelve objeto de enseñanza o de investigación. Sobre esas preguntas no se podrá esperar ningún consenso predeterminado por el “objeto”. A [d] la comunicación le queda decidir —condensando las referencias— en qué dirección se está moviendo. (SS, p. 614)

35.1. Luhmann indicaría que estos “señalamientos” resultan “poco elaborados”, pero que permiten “ilustrar con ejemplos la magnitud de la transformación de la sociedad en diferenciación funcional”; con lo cual, en particular, se puede evitar la idea de que los sistemas sean sólo una añadidura a la vida social, un “fenómeno parcial” (SS, p. 614).

35.2. Adicionalmente a la pretensión de Luhmann (de mostrar que no se trata de un fenómeno parcial), sus señalamientos permiten situar la posibilidad de la sociedad de vincular comunicaciones entre (o hacia) los sistemas funcionales, gracias al exceso de comunicaciones que

puede soportar sin adjuntar a esos sistemas. Esto sucede, también, de una forma latente, puesto que la sociedad carece de un sistema o instancia central, y está sujeta a la evolución de los sistemas parciales.<sup>100</sup>

35.3. También, gracias a esto, y al uso de la semántica igual/desigual en el nivel de la sociedad, es posible identificar que la sociedad puede usar esta semántica en el *entorno* de los sistemas funcionales; incluso, sin que se produzcan comunicaciones en estos.

35.4. Consecuentemente, el esquema igual/desigual puede operarse por la sociedad en el entorno de los sistemas funcionales, al tiempo que el mismo esquema puede operarse en (y por) los propios sistemas funcionales de acuerdo a las propias formas de operación en ellos. Así, la indicación de Luhmann de que la distinción igual/desigual “es adecuada únicamente [...] sólo para sistemas y no para la relación sistema/entorno; porque no tendría sentido definir al entorno como ‘desigual’ con respecto al sistema”, se propondría entenderla en el sentido de que es la observación *del propio sistema* la que no puede aplicarse al entorno como “desigual”, particularmente si se trata de sistemas funcionales, y básicamente porque el entorno sería, de por sí, *excluido*; pero ese esquema sí podría aplicarse *por parte de la sociedad* gracias a sus propias posibilidades de observación y operación que soportan más comunicación que la que se adjunta a los sistemas. Podría considerarse que la posibilidad de direccionamiento de las comunicaciones se da por la existencia de la sociedad como tercero excluido.

36. En estos términos, si se parte de observar la forma igual/desigual de la manera propuesta podría darse cuenta de aspectos de la sociedad que, por la exclusión de los sistemas funcionales, quedan como su entorno. De esta forma, al poder observarse en otro momento la misma forma en el nivel de la sociedad (como sistema abarcador), se puede dar cuenta del impacto que tiene lo excluido en la propia sociedad o, a partir de ella, en los sistemas funcionales. De esta forma, propiamente, no sería observar la forma igual/desigual del entorno respecto del sistema (como criticaba Luhmann), sino de un sistema abarcador (v.g. la sociedad) respecto del entorno del sistema de referencia (v.g. el derecho). Así, por ejemplo, se podría considerar analizar movimientos sociales (como el zapatista) que, sin participar de las organizaciones, retoman

---

<sup>100</sup> Así, Luhmann caracteriza como un “resultado de la coevolución entre evolución de la sociedad y evoluciones de los sistemas parciales”, el que “la sociedad no es capaz —porque no tiene en la sociedad un órgano para ello— de oponerse a la velocidad que le imponen los sistemas funcionales.” (Luhmann, SS, 2006, p. 447).

funcionalmente algunos sistemas (como la salud o la ciencia); y, preocupados por la igualdad en las comunidades en que tienen presencia, se aplica la forma igual/desigual. De esta manera, al usarse el esquema propuesto integrando las distinciones inclusión/exclusión e igual/desigual, es posible problematizar las observaciones sobre ese movimiento identificando en el cuadrante el numeral (2). De forma semejante, los problemas más severos de exclusión, que conducen a la integración negativa fuerte, podrían identificarse con los fenómenos observables en el nivel identificable en el cuadrante con el numeral (4).

37. Una observación de este orden, además, debería considerarse particularmente en la relación entre el sistema sociedad y sus sistemas parciales (y, difícilmente, en la posibilidad de concebir la relación de la sociedad con su entorno); pues, como Luhmann indicó, “el sistema-sociedad solo puede utilizar las comunicaciones como operaciones internas al sistema; es decir, no puede comunicarse con el entorno externo de la sociedad. Eso, sin embargo, no es válido para las relaciones *internas* de la sociedad moldeadas por la diferenciación. Hay comunicaciones que trasponen los límites internos de dichos sistemas.” (Luhmann, SS., p. 481)

38. Este esquema, sin embargo, requiere una acotación más. Debe ser observado bajo la premisa de que puede aplicarse tanto en la sociedad, como en los sistemas funcionales o en las organizaciones, teniendo efectos diferenciados en cada uno de estos tipos de sistemas; y, también, tomando en consideración que no se puede analizar una situación concreta sin referir los efectos que se derivan del conjunto de los sistemas. Esta acotación debe considerarse bajo el entendido de que, al ser el problema predominante el de la *inclusión/exclusión*, al nivel de los sistemas y sus interacciones, más que su operación interna (donde sería la forma *igual/desigual* la que tendría la función principal), la observación de la inclusión/exclusión es, *prima facie*, la que se muestra.

#### **B.4. Inclusión/exclusión en los sistemas sociales**

39. La tercera característica que sería necesario señalar es que la inclusión/exclusión puede postularse, de inicio, respecto de los tres tipos de sistemas sociales que señala Luhmann: sociedad, sistemas funcionales y organizaciones. Con base en ello, puede indicarse que cada tipo de inclusión/exclusión podría tener efectos en cualquiera de los tres tipos de sistemas, de manera

que, con una pretensión esquemática, podrían representarse estas posibilidades conforme a la siguiente matriz:

Tabla 1. Matriz sobre los efectos de los tipos de inclusión/exclusión en cada tipo de sistema

EFECTOS I/E EN LOS SISTEMAS		TIPO DE INCLUSIÓN/EXCLUSIÓN		
		I. I/E-societal	II. I/E-sistemas funcionales	III. I/E- organización <sup>101</sup>
TIPO DE SISTEMA	IV. Societal	(1) Efectos de la I/E-S en la sociedad. (IEs, S)	(2) Efectos de la I/E-SF en la sociedad. (IEf, S)	(3) Efectos de la I/E-O en la sociedad. (IEo, S)
	V. Sistemas funcionales	(4) Efectos de la I/E-S en los sistemas func. (IEs, SF)	(5) Efectos de la I/E-SF en los sistemas func. (IEf, SF)	(6) Efectos de la I/E-O en los sistemas func. (IEo, SF)
	VI. Organización	(7) Efectos de la I/E-S en la organización. (IEs, O)	(8) Efectos de la I/E-SF en la organización. (IEf, O)	(9) Efectos de la I/E-O en la organización. (IEo, O)

Fuente: elaboración propia.

40. Evidentemente, esta esquematización no puede ser completa, dado que, por principio, aun cuando se puedan tematizar aspectos genéricos, hay una diversificación imposible de abarcar, por ejemplo, indicando, en lugar de posibles aspectos generales de los sistemas funcionales, cómo afecta en cada sistema funcional. Como se verá más adelante, Luhmann, al referirse a los derechos humanos, hizo énfasis en algunos tipos de inclusión/exclusión, cuya relevancia se podría considerar predominante.

41. En un primer momento, a fin de ganar lograr claridad expositiva y en función de su relevancia para este trabajo, se desarrollarán algunos de los aspectos sustantivos de la inclusión/exclusión de la sociedad, de los sistemas funcionales, y, de manera somera, de las organizaciones (atendiendo a que ese nivel no se considera en este trabajo). Sin embargo, puede adelantarse, visualmente, que los aspectos que se desarrollarán serán los sombreados siguientes:

<sup>101</sup> Se recuerda que Luhmann señaló que en este nivel la *inclusión/exclusión* no se refería a las organizaciones: “No se trata, pues, de acceso a las interacciones o a las organizaciones.” (Luhmann, SS, 2006, p. 491), aunque Stichweh mantiene una propuesta que considera explícitamente estos niveles. En este trabajo se mantiene la referencia a una conceptualización de la *inclusión/exclusión* en las organizaciones los términos en que se plantearán *infra*.

EFECTOS I/E EN LOS SISTEMAS		TIPO DE INCLUSIÓN/EXCLUSIÓN		
		I. I/E-societal	II. I/E-sistemas funcionales	III. I/E-organización
TIPO DE SISTEMA	IV. Societal (S)	(1) Efectos de la I/E-S en la sociedad. (IEs, S)	(2) Efectos de la I/E-SF en la sociedad. (IEf, S)	(3) Efectos de la I/E-O en la sociedad. (IEo, S)
	V. Sistemas funcionales (fx)	(4) Efectos de la I/E-S en los sistemas fx. (IEs, SF)	(5) Efectos de la I/E-SF en los sistemas fx. (IEf, SF)	(6) Efectos de la I/E-O en los sistemas fx. (IEo, SF)
	VI. Organización (O)	(7) Efectos de la I/E-S en la organización. (IEs, O)	(8) Efectos de la I/E-SF en la organización. (IEf, O)	(9) Efectos de la I/E-O en la organización. (IEo, O)

42. Con base en los aspectos referidos,<sup>102</sup> es posible señalar un abordaje de los derechos humanos como formas semánticas y estructurales relacionadas con las distinciones *inclusión/exclusión, igual/desigual* en su operación en relación a los diferentes tipos de sistemas (sociedad, sistemas funcionales y organizaciones). A continuación, se expone la distinción *inclusión/exclusión* aplicada a los diferentes sistemas, en los términos antes indicados, dejando la operación de la forma *igual/desigual*, para un momento posterior.

43. Más adelante, se referirán sintéticamente resultados relevantes para la observación de los derechos humanos en la sociedad (y en la «sociedad mundial»).

#### **B.4.1. Inclusión/exclusión de la sociedad en la sociedad<sup>103</sup> [posición 1 de la matriz, coordenadas (IEs, S)]**

44. El nivel más importante de clarificar es, sin duda, la *inclusión/exclusión* (al nivel) de la sociedad, dado que este permite una mejor comprensión de lo que sucede al nivel de los sistemas funcionales.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> (a) La integración sistémica y social como trasfondo del problema de inclusión/exclusión, (b) la posibilidad de aplicación de la forma igual/desigual como una observación correlacionada con la inclusión/exclusión, y (c) la necesidad de tener presentes los diferentes «grados» de posibilidad de observación mediante este esquema según los diferentes sistemas (sociedad, sistemas funcionales y organizaciones) de que se trate.

<sup>103</sup> No se pierde de vista que la caracterización «de» la sociedad «en» la sociedad implica una reintroducción de la *sociedad en la sociedad*, y que esto puede no coincidir con la idea de *sociedad de la sociedad*. Sin embargo, como ejercicio analítico (y sin poder definir, al menos por ahora, el estatuto teórico de este ejercicio), resulta útil para poder observar/describir la evolución de los derechos humanos como una de las «respuestas» de la sociedad a la *inclusión/exclusión* en sus diferentes dimensiones e impactos.

<sup>104</sup> Se asume esta distinción considerando que, con base en la valoración de las condiciones de la sociedad mundial, posiblemente, Luhmann cambiaría de opinión respecto de la que la exclusión no era posible en el nivel de la sociedad, pues antes afirmaría que “no hay exclusión posible en la sociedad. En la medida que alguien participa de la comunicación, y esto también vale para los terroristas que actúan en secreto o escondidos, participa también en la sociedad.” (Luhmann, MSRE, 1989, p. 48). En ese sentido, parece haber evolucionado su opinión hacia una especificación más concreta: “La moral, pues, no puede decidir sobre la



45. La *inclusión/exclusión* opera de manera distinta según el tipo de diferenciación a que obedezca la sociedad. Cada tipo de sociedad utiliza de manera diferenciada esta forma, siendo una de las características el que las propias personas (“los individuos concretos”) pasen a ser parte del entorno de la sociedad:

las sociedades segmentarias la inclusión es resultado de pertenecer a uno de los segmentos. [...] En las sociedades estratificadas la medida de la exclusión se traspasa a los estratos de las capas sociales. [...] El paso a la diferenciación funcional [implica que] Como en toda forma de diferenciación, la regulación de la inclusión se deja en manos de los sistemas parciales. Aunque esto ahora significa que los individuos concretos ya no pueden ser ubicados concretamente. Deben poder participar en todos los sistemas funcionales dependiendo de en qué ámbito funcional y bajo que código se introduce su comunicación. (Luhmann, SS, 493-495).

46. Existen algunos aspectos fundamentales que deben observarse en la inclusión/exclusión de la sociedad: (a) el primero, que la *inclusión/exclusión* supone una relación con los individuos, con las personas concretas, *como un todo* (al igual que en el sistema funcional de la moral, según se señalará posteriormente); y (b), el segundo, que la *inclusión/exclusión* supone, del lado de la exclusión<sup>105</sup> (y en la sociedad funcionalmente diferenciada), una *integración fuerte*, y, del lado de la inclusión, ventajas comparativas para algunas personas.

47. Asimismo, para comprender de qué forma se insertan los derechos humanos en su evolución actual, será necesario dar cuenta de: (c) los motivos por los que Luhmann *criticaba* las formas en su momento existentes de abordar la *exclusión de la sociedad* (donde se debe considerar la crítica de Luhmann a los derechos humanos), y (d) las posibles «alternativas» que, Luhmann observaba,<sup>106</sup> se estaban abriendo para abordar la *exclusión de la sociedad*, así como (e)

---

inclusión/exclusión, solo puede esquematizar la inclusión; y esta es la función de su código [...]” (Luhmann, ETRM, 2013, p. 261)

<sup>105</sup> Para analizar la inclusión/exclusión es necesario dar cuenta de los efectos de cada lado de la forma: esto es, cómo se caracteriza la inclusión y cómo se caracteriza la exclusión. Luhmann enfáticamente señala el error de que sólo se analice la inclusión y se deje de lado el otro lado de la forma (la exclusión), por la invisibilización de los efectos específicos que ello conlleva [SS, pág. 491-492], y porque no permite dar cuenta de la configuración misma de la sociedad [SS, pág. 501-502] como sociedad diferenciada funcionalmente.

<sup>106</sup> Es necesario señalar las valoraciones de Luhmann sobre las alternativas, dado que, por un lado, al parecer, no han sido las que finalmente han ocurrido, y, por otro, él tenía valoraciones muy específicas respecto de los derechos humanos que, según se buscará sostener, no coincidirían con el desarrollo evolutivo que finalmente han tenido. Así, dar cuenta de sus opiniones permitiría actualizar posibles perspectivas de su teoría en torno a los derechos humanos, conforme a lo que se señalará en el apartado

algunas consideraciones iniciales en torno a la *inclusión/exclusión* de la sociedad, y a los derechos humanos, en sociedad mundial.

48. Por último, (f) se recuperarán algunos posibles «criterios» que, al parecer, Luhmann no observaba como problemáticos para que un abordaje de la exclusión de la sociedad por la sociedad fuera pertinente.<sup>107</sup> En cualquier caso, sería conveniente señalar desde ahora que un planteamiento de este tipo estaría asociado con el nivel de la sociedad, y de la sociedad mundial.

#### **B.4.1.1. Relación de la *sociedad* con los *individuos***

49. Luhmann señaló los problemas de sustentar el conocimiento en el individuo, así como los rendimientos del uso de la forma persona. Mostró que las personas concretas se ubicaban como entorno de la sociedad, particularmente para su participación en los sistemas parciales. Sin embargo, también acotó la relación del sistema sociedad con los individuos, como un todo. Esto no sucede con los sistemas parciales, aún cuando pueda haber efectos de la observación de la sociedad en los sistemas parciales (lo cual se mostrará *infra*).

50. En términos generales, Luhmann indica la relación *individuo/sociedad*, en relación a la distinción *inclusión/exclusión*, cuando refiere los términos en que los seres humanos son considerados del lado de la inclusión en la *sociedad*:

Mientras que en el ámbito de la inclusión los seres humanos cuentan como personas, en el de la exclusión parecen importar únicamente como cuerpos. (Luhmann, SS, 2006, p. 501).

51. Precisamente por ello, considera que no es posible abordar la exclusión sólo desde los sistemas funcionales, sino que es necesario una perspectiva de la sociedad en su conjunto (como se verá, esto significa también, de la «sociedad mundial»):

---

siguiente sobre los criterios necesarios para el abordaje de la exclusión de la sociedad, en la medida posible en una sociedad funcionalmente diferenciada. Estas consideraciones pueden considerarse relevantes, dado que Luhmann podría considerarse un fundador de discursividad (Foucault, 2010), teniendo sus afirmaciones y opiniones, por ello, un peso fundante en la teoría de sistemas sociales. En ese sentido, no se trata de buscar realizar una exégesis, sino de mostrar la necesidad de resituar algunas de sus consideraciones a la vista de la evolución de la sociedad, haciendo también un esfuerzo por hacerlo con base en la teoría que nos ofrece.

<sup>107</sup> Es posible señalar que, aunque Luhmann no tenía pretensiones sobresalientes de dar «consejos» para abordar lo que consideraba problemático de la sociedad, eventualmente sí indicaba valoraciones a partir de las cuales se pueden identificar algunos parámetros que consideraba pertinentes o no pertinentes; siendo en algunos casos particularmente explícito. Algunas de estas referencias se recuperarán en este trabajo.

No es posible esperar la solución de este problema dentro de los sistemas de función particulares —porque, por un lado, la inclusión es sólo concebible en el marco de posible exclusión y, por otro, porque el problema de la amplificación recíproca de las exclusiones no puede atribuirse a un único sistema funcional. (Luhmann, SS, 2006, p. 502).

52. En el mismo sentido, es que observa que se da un efecto agregado de la *inclusión/exclusión*, por el cual se le puede observar como un meta-código o meta-diferencia:

El abundante material disponible sugiere la consecuencia de que la variable inclusión/exclusión en algunas regiones del globo terrestre esté a punto de tomar el papel de meta-diferencia para mediatizar los códigos de los sistemas funcionales. (Luhmann, SS, 2006, p. 501).

53. En estos términos, es posible señalar que la relación de la sociedad con los individuos no es del mismo tipo que de los sistemas parciales con los mismos, y que, por ello, en este nivel de observación los individuos aún pueden caracterizarse como una totalidad.

#### **B.4.1.2. Integración negativa fuerte en la exclusión y ventajas comparativas en la inclusión**

54. *Exclusión e integración negativa.* Como se indicó previamente, la noción de integración negativa en Luhmann conlleva tanto la integración sistémica como la integración social, y los efectos de la exclusión, al nivel de la sociedad, implica que los diferentes sistemas parciales tengan problemas simultáneamente para su operatividad.

55. Al ser una relación de la *sociedad/individuo*, los efectos de esta integración negativa fuerte implica que el problema para la sociedad deja ser su relación con la persona y comienza a ser con su cuerpo, pues las personas en “la exclusión parecen importar únicamente como cuerpos” al, incluso, regresar las disposiciones de interacción al nivel de los mecanismos simbióticos:

Los mecanismos simbióticos de los medios de comunicación pierden su ordenamiento específico. La violencia física —la sexualidad, la satisfacción elemental e impulsiva de las necesidades— se liberan y se vuelven inmediatamente relevantes sin pasar por la civilización de las recursiones simbólicas; expectativas sociales más pretenciosas ya no pueden enlazarse. Se orienta por horizontes de tiempo de corto alcance, por la inmediatez de las situaciones, por la observación de los cuerpos. Esto significa también que se trastornan las expectativas de reciprocidad [...] hasta llegar a la desintegración de los lazos familiares. Esto [...] es, hoy día, efecto colateral de la sociedad funcionalmente diferenciada [...]. (Luhmann, SS, 2006, p. 501-502).

56. De esta forma, cuando se genera la integración negativa fuerte se muestra que el individuo (o las personas) operan ahora más en función de su corporalidad, haciendo que, al menos en ese nivel se refuercen las exclusiones:

la exclusión real de un sistema (sin trabajo, sin ingresos monetarios, sin papeles, sin relaciones íntimas estables, [...] con analfabetismo y con suministro insuficiente de medicinas y alimentos) reduce lo que en los otros sistemas puede lograrse [...]. la dependencia múltiple de los sistemas funcionales refuerza el efecto de exclusión. Quien no tiene dirección tampoco puede inscribirse en las escuelas (India). Quien no sabe leer ni escribir tiene pocas posibilidades en el mercado laboral [...]. Los ejemplos pueden multiplicarse y establecen nexos que atraviesan todos los sistemas funcionales. (Luhmann, SS, 2006, p. 500)

57. Así, precisamente la imposibilidad operativa de los sistemas funcionales, por los “nexos” que les atraviesan, da cuenta de que, sobre la base del *cuerpo* (en los casos más extremos) no integrado socialmente como *personas*, la integración sistémica no logra ya sustentarse. La falta de integración social conduce a problemas de integración sistémica, pues ésta no puede actualizarse apropiadamente de momento a momento. Sólo en la medida en que se logre una integración laxa de los sistemas parciales, esto es, que las personas puedan participar como individuos en la sociedad, y de acuerdo a los esquemas de cada sistema funcional, es que la integración sistémica (y no sólo la integración social) podría tener lugar.

58. *Inclusión y ventajas comparativas*. El lado de la inclusión también representa problemas que repercuten en el funcionamiento de la diferenciación funcional. Luhmann indica que el *loose coupling* de la diferenciación funcional al permitir la diversidad de roles “encierra también posibilidades de corrupción, así como de violación del derecho”, lo cual sucede de manera que las “oportunidades que la inclusión proporciona pueden transformarse en ventajas personales, en mejorías de la situación personal, en carreras.”. Esto sucede porque la posibilidad privilegiada en la operación de un sistema funcional, permite que se de acceso a mejores condiciones respecto de otras personas. Así, “cuando la inclusión descansa en la exclusión de los otros”, se afecta a la propia diferenciación funcional (Luhmann, DS, 2005, p. 663).

#### **B.4.1.3. Formas problemáticas de abordaje de la *exclusión de la sociedad***

59. Luhmann señala que la exclusión de la sociedad ha sido problemáticamente porque se ha abordado básicamente en función de que se ha excluido del análisis el lado de la exclusión

(Luhmann, SS, 2006, pp. 490-492). Sin embargo, podría considerarse que hay otros abordajes problemáticos que ya incluyen el aspecto de la exclusión.

60. En principio, como se ha señalado previamente, se han realizado algunas aproximaciones desde la teoría de sistemas sociales, sin embargo, no se explicitan las diferencias entre la *inclusión/exclusión* en la sociedad, en los sistemas parciales y en las organizaciones, y sobre sus interacciones. Así como sobre algunos aspectos sustantivos que derivan de ello, como es el hecho de que, pese a que se considere que las personas sólo participan como entorno de la sociedad, esto podría postularse respecto de los sistemas funcionales, y de la sociedad en tanto opera a través de dichos sistemas. Sin embargo, como se ha tratado de exponer previamente, es posible observar la dimensión del individuo como totalidad en la distinción individuo/sociedad al nivel de la observación de la sociedad, pero no de los sistemas parciales, salvo algunos sistemas funcionales, como serían la moral (Luhmann, ETRM, 2013, p. 259), la sociología o los medios de masas.

#### **B.4.1.4. «Alternativas» consideradas por Luhmann para abordar la *exclusión de la sociedad***

61. Luhmann refiere que la sociedad está desarrollando formas de respuesta a la situación de la exclusión de la «sociedad» (indicando, particularmente, al sistema económico, político y religioso), sin que, al momento de su observación y descripción fuese posible determinar de qué se trataban esas respuestas de manera específica, puesto que ni siquiera era posible indicar si se trataba de un sistema funcional nuevo o de esfuerzos dispersos; no obstante, ya indicaba que, claramente, se trataba de esfuerzos estructurales:<sup>108</sup>

habría que contar con la formación de un nuevo sistema secundario de funciones que se ocupe de los efectos de exclusión de la diferenciación funcional —ya sea en el plano de la ayuda social o en el de la ayuda para el desarrollo. Aunque estos esfuerzos dependen tan fuertemente de los recursos —desde un punto de vista económico, político e inclusive religioso— que puede dudarse si para eso se ha formado ya un subsistema societal o si no se trata más bien de intentos muy dispersos en el plano de las interacciones y de las organizaciones. [...] se trata [...] de intentos de cambios *estructurales* (palabra clave: autoayuda). Quizá estemos

---

<sup>108</sup> A fin de situar mejor este trabajo, se puede indicar que su tesis fundamental es que los derechos humanos, tal como están evolucionando, son parte de esas respuestas; que los mismos ya se encontraban en desarrollo cuando Luhmann los refirió en sus últimos años, pero no tenían las capacidades *estructurales* que han ido adquiriendo evolutivamente. Así, los derechos humanos tenían una dimensión más *semántica*.

contemplando aquí el surgimiento de un sistema funcional. (Luhmann, SS, 2006, p. p. 502)

62. Es necesario subrayar que en esta respuesta no observaba al derecho ni a los derechos humanos, sino que incluso estos eran vistos problemáticamente, pues indicaba que la respuesta desde ese sistema funcional y desde esa semántica era totalitaria, al pretender responder en términos de la distinción individuo/sociedad, y de manera que se eliminara la exclusión, tan sólo remitiendo el problema de las diferencias a un problema de temporalidad y desarrollo:

Quando a partir de esto se concibe la inclusión sin la exclusión (inclusión 'del' ser humano en 'la' sociedad), se hace necesaria una lógica totalitaria [...]

La lógica totalitaria exige la eliminación del opuesto. Reclama elaboración de uniformidad. Apenas ahora todos los seres humanos devienen seres humanos — dotados de derechos humanos y provistos de oportunidades. Tal lógica totalitaria parece desembocar en una lógica del tiempo. No se pueden ignorar las diferencias en las condiciones de vida, pero si postergarse como problema temporal. Por una parte se ponen las esperanzas en desarrollos dialécticos con eventuales ayudas revolucionarias; por otra, se pone el esfuerzo en el crecimiento considerando que una mayor cantidad debería facilitar mejores distribuciones, o se refuerza el empeño por la “ayuda al desarrollo” o la “ayuda social” para hacer posible que los rezagados puedan recuperar algo. Dentro de la lógica totalitaria de inclusión, las exclusiones se hacen notar como problemas ‘remanentes’ —problemas que se categorizan de manera tal que no ponga en duda la lógica totalitaria. (Luhmann, SS, 2006, p. 496)

63. En principio, las anteriores consideraciones de Luhmann parecieran constituir una contradicción respecto del abordaje de las exclusiones: así, por un lado, al referir la ayuda social y la ayuda para el desarrollo como una evolución estructural que incluso podría implicar el surgimiento de un nuevo sistema funcional, y que esto se está tematizando desde los sistemas económico, político y religioso, pareciera no ver un problema en ello; y, por otro, al referir la misma ayuda social y la ayuda para el desarrollo desde el sistema jurídico y la semántica de los derechos humanos, lo refiere de una forma problemática, indicando que deriva de una lógica totalitaria.

64. Esta «contradicción», sin embargo, no parece ser tal si se considera el trasfondo problemático de lo que implica la idea de que sea *totalitaria*: si se considera que la *inclusión/exclusión* en una sociedad diferenciada funcionalmente implica que los sistemas funcionales necesariamente requieren de la exclusión para funcionar, pues esto es lo que

garantiza la integración laxa, se puede ver que la pretensión de eliminar las exclusiones sería contraria a la propia diferenciación funcional, pues, en realidad, por una búsqueda de *integración social* se afectaría la *integración sistémica*. De ahí que las exclusiones en el nivel de la diferenciación funcional sean necesarias.

65. Sin embargo, cuando se observa la *inclusión/exclusión* en el nivel de la sociedad (y sólo de los sistemas parciales de manera particular), entonces, atender a las necesidades de *integración social* no resultan problemáticas, puesto que no implicaría la afectación de la integración sistémica, sino que incluso podrían implicar el surgimiento de otro sistema funcional. Esto es, se podría considerar que las alternativas que observó Luhmann fueron en el sentido de responder a los problemas generados por la *exclusión de la sociedad*, pero sin pretender eliminar el hecho de que es necesaria la *exclusión de los sistemas parciales*.

66. Como se buscará mostrar, la evolución de los derechos humanos ha permitido una semántica y una estructuración sistémica que sí parece imponer programas en el nivel de la integración sistémica (y no sólo la integración social), pero sin afectarla, de manera que se salvaguarda la diferenciación funcional de la sociedad. Esto, además, sin romper con la semántica individuo/sociedad. De acuerdo con lo que se buscará mostrar, la respuesta de la sociedad a la exclusión social estaría siendo en el sentido de establecer programas para incluir en la sociedad, pero también, modificar criterios de inclusión en los sistemas parciales, de manera que, aunque persista la exclusión, ésta sea, para decirlo de alguna forma, «reconfigurada» programáticamente.

#### **B.4.1.5. *Inclusión/exclusión* y derechos humanos en la sociedad mundial**

##### ***Sociedad mundial***

67. La *exclusión* de la *sociedad* no sólo tiene características específicas en función del reforzamiento de las exclusiones de los sistemas funcionales o de la posibilidad de especificar una referencia del individuo/cuerpo como totalidad; sino que tiene características específicas derivadas de sus efectos en relación a una dimensión espacial. Para poder situar este tipo de efectos, en la sociedad, es necesario atender a la *sociedad mundial*.

68. La *sociedad mundial* es una referencia que permite situar la espacialidad, particularmente al momento en que, en lugar de sociedades regionales, se le observa como resultado de la

delimitación del concepto *sociedad*. Si ésta se concibe como complejidad, respecto de la cual es necesario especificar cuáles son los problemas y sus elaboraciones, conduce, más que a tratar de lograr mejoras, a definir, en el contexto de la sociedad mundial, “los problemas que las regiones pueden tener que resolver por medios políticos o de otro tipo.” (Luhmann, GoSM, 2016a, pp. 261). La sociedad mundial, así, permite identificar, con referencia a los sistemas funcionales, los aspectos problemáticos.

69. Para atender mejor a este planteamiento, se sitúa en mejores términos lo que puede considerarse como la distinción entre sociedad y sociedad mundial en referencia a la *espacialidad* y la *temporalidad*.

69.1. La sociedad mundial es un efecto de la comunicación, “Sociedad del mundo es el sobrevenirse del mundo en la comunicación.” (Luhmann, SS, 2006, p. 113). Es el resultado último de la comunicación, su triunfo: “la comunicación (que es siempre circular) en la medida que triunfa, produce una sociedad mundial” (Luhmann, SS, 2006, p. 109n). Pero la posibilidad de que la sociedad mundial continúe aconteciendo, responde a dos condicionamientos esenciales de la comunicación: el *espacio* y el *tiempo* (en donde habría que considerar la situación de los grupos humanos, la población). Ambos se correlacionan con la comunicación, posibilitándola de manera unificada o no.

69.1.1. Así, respecto del *espacio*, Luhmann concluye que anteriormente predominaba una organización social en la que “con la distancia espacial las posibilidades de la comunicación disminuyen rápidamente y se vuelven inseguras”<sup>109</sup> (Luhmann, SS, 2006, p. 109); esto es, a menor espacio, menor dificultad comunicativa. Y, respecto del *tiempo*, se da una circunstancia semejante, conforme se reduce el tiempo (o la dependencia de un solo tiempo idéntico o la diversidad de tiempos) se favorece el enlace de las comunicaciones; hasta antes de eso, tendría que haberse reconocido que “estos procesos requieren mucho tiempo, y a ello se responde con la universalización de algunas las religiones, pero no con una idea de la sociedad del mundo sin

---

<sup>109</sup> Luhmann continúa: “Ciertamente antes del surgimiento de las altas culturas ya existen relaciones comerciales muy extensas, pero su efecto comunicativo es bastante escaso. Las tecnologías se transfieren de sociedad a sociedad (por ejemplo, el procesamiento de metal) y también la difusión del saber es posible en la medida de la capacidad receptiva de segundos y terceros destinatarios.” (Luhmann, SS, 2006, p. 109)



límites regionales.” (Luhmann, SS, 2006, p. 109).<sup>110</sup> Así, una adecuada operación temporal, que reduzca el tiempo necesario o posibilite la articulación de tiempos, hace posible la comunicación.

69.2. Esta observación de la comunicación, y de la posibilidad de la sociedad mundial como triunfo de la comunicación, se contrapone, sin embargo, a una concepción *cosificada* del mundo; de manera que Luhmann expone el contrastarse con este tipo de concepciones:

En el plano meramente factico pueden existir diversos sistemas de sociedad, de la misma manera en que antes se hablaba de un gran número de mundos. Pero si existieran estas sociedades, estarían sin relación comunicativa; o bien, en la perspectiva de cada una de ellas, una comunicación con las otras sociedades sería imposible o no tendría consecuencias. (Luhmann, SS, 2006, p. 108)

69.2.1. La sociedad mundial sólo puede darse como renuncia a una concepción *cosificada* del mundo, pues requiere de otra concepción basada en la comunicación. Esta última encuentra su sentido en la posibilidad de dar cuenta del mundo como *un lado de una distinción*, donde el mundo sea un *horizonte de fondo* (un *unmarked space*), que no es (ni puede ser) equivalente a la sumatoria de la *totalidad de las cosas* (es decir, no es equivalente a la sumatoria de los elementos que componen la concepción *cosificada —marked—* del mundo):

Mientras se concibe al mundo en forma *cosificada* como la totalidad de las cosas o como Creación todo lo que resulta enigmático debe estar previsto en el mundo como objeto de *admiratio* —como milagro, como secreto, como misterio, como ocasión de terror o de piedad desamparada. Todo esto cambia cuando el mundo es sólo ya un horizonte, cuando es únicamente el otro lado de cualquier determinación. [...] Entonces —en el uso cotidiano de los observadores— el misterio se reemplaza por la distinción *marked/unmarked* sin que la totalidad de lo marcado se sume ni mucho menos se equipare a lo no-marcado. El mundo de la sociedad moderna es una indeterminación de fondo (*unmarked space*) que deja que los objetos aparezcan y que los sujetos actúen. (Luhmann, SS, 2006, pp. 110-111)<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Por ello, la universalización de las religiones tendría también un efecto comunicativo, e incluso el éxito de los imperios se basaría en las posibilidades comunicativas (Luhmann, SS, 2006, p. 110).

<sup>111</sup> En el *Tao Te King*, de Lao Tse (1985, p. 23) puede encontrarse una idea semejante a la distinción *marked/unmarked* del mundo, donde un lado puede concebirse como sumatoria de cosas y el otro como indeterminación, siendo irreductible el segundo respecto del primero, cuando se indica:

[...]

*Sin-nombre es el principio del Cielo y la Tierra*

*Con-nombre es la Madre de todas las cosas*

[...]

*Ambos son idénticos en su Origen*

*Y distintos sus nombres al hacerse manifiestos*

[...]

69.2.2. Como puede verse, se trata de un *crossing* en la forma, pues de una concepción del mundo como totalidad de las cosas (*marked*), se ha pasado a su concepción como horizonte de fondo (*unmarked*): totalidad-de-cosas/horizonte-de-fondo, donde, evidentemente, ambos lados no pueden ser equivalentes.

69.2.3. Más aún, el realizarse ese movimiento, el mundo logra ser “la totalidad de lo que para cada sistema significa sistema/entorno”. Esto sucede porque funciona como lado *unmarked* tanto en un sentido espacial (“hacia el interior o hacia el exterior”) como en el “plano temporal”; y, así, como correlato de todas las operaciones efectuadas, de “todas las formas”: al constituirse como el lado *unmarked*, es posible el *crossing*, permitiendo su exploración, “en el movimiento que va de un lado de la distinción al otro”, y también, ahora, la totalidad cada sistema/entorno “puede explorarse sólo en referencia a una [esa] distinción”. El mundo es un *unmarked state* de la sociedad, de la sociedad mundial, de la comunicación, de todos los sistemas:

Con estas transformaciones estructurales cambia el concepto de mundo. [...] El mundo mismo es tan sólo el horizonte total de toda vivencia provista de sentido

---

[Nota: hay traducciones diversas y también diversas versiones del Tao, pero en términos generales, conservan el sentido.]

Así, el mundo de la sociedad moderna, finalmente pudo dar cuenta de la forma de la distinción *marked/unmarked*, que ya era conocida en otros lugares. Después de todo, G. Spencer Brown justo antes de iniciar la exposición de las *leyes de la forma* (en la página cero), transcribe la primera frase de las recién citadas del *Tao Te King*, es decir, la que correspondería al lado *unmarked*. Al parecer, la habría recuperado de una copia facsímil de la impresión “Fukien” del siglo XII del Tao Te Ching ubicada en el antiguo Museo del Palacio, en Pekín. (Spencer Brown, 1972, p. xiv).

Quizá esta sea una de las razones por las que se ha podido ver una cercanía entre el taoísmo y los desarrollos de Luhmann (siguiendo a Maturana y Varela) en la de teoría de sistemas sociales autopoieticos:

An autopoietic scenario is absolutely self-sustained, there is no external “input” or “output,” but it is nevertheless a scenario of production—a scenario of continuous and unimpeded self-production and reproduction.

I do not know of any other concept in contemporary natural and social sciences that corresponds this well to the cosmological and social model of self-generation that we find in the *Laozi*. [...] if one wants to describe the model of cosmic and social self-generation that is so pervasive in the *Laozi* in contemporary terms, then I do not hesitate to call this model “autopoietic.” (Moeller, 2006, p. 51)

[Un escenario autopoietico es absolutamente autosuficiente, no hay “entrada” ni “salida” externas, pero es, sin embargo, un escenario de producción, un escenario de autoproducción y reproducción continua y sin obstáculos.

No conozco ningún otro concepto en las ciencias naturales y sociales contemporáneas que se corresponda tan bien con el modelo cosmológico y social de autogeneración que encontramos en *Laozi*. [...] si uno quiere describir el modelo de autogeneración cósmica y social que es tan omnipresente en *Laozi*, en términos contemporáneos, entonces, no dudo en llamar a este modelo “autopoietico”.]

—sea que esté dirigida hacia el interior o hacia el exterior o, en el plano temporal, hacia adelante o hacia atrás. El mundo no se cierra con límites sino con el sentido que en él se activa. Requiere ser comprendido no como agregado sino como correlato de las operaciones que en él se efectúan. Para recurrir de nuevo a la terminología de George Spencer Brown: el mundo es el correlato de la unidad de todas las formas; o bien, aquello que como *unmarked state*, se corta con la herida de la línea que limita a la forma, y que luego puede explorarse sólo en referencia a una distinción, sólo en el movimiento que va de un lado de la distinción al otro. Para el concepto de mundo de la teoría de sistemas, esto significa que el mundo es la totalidad de lo que para cada sistema significa sistema/entorno. (Luhmann, SS, 2006, p. 115).

69.2.4. Además, gracias a esta operación, el mundo como *unmarked state* permite dar cuenta de su *unidad* para toda comunicación posible, ya que así no es dividido por otra distinción realizada por un observador (conciencia o sistema social) —lo que, como se verá, es necesario para la diferenciación funcional de la sociedad—. El mundo permanece indeterminable frente a las múltiples distinciones que en relación con él puede ahora realizar cualquier observador:

en tanto el mundo es el mismo para todo observador (para toda elección se necesita una distinción), es indeterminable; y en tanto el mundo es determinable, no es el mismo para todo observador porque la determinación exige distinciones. (Luhmann, SS, 2006, p. 117).

69.2.5. El movimiento completo, nos indica Luhmann, puede resumirse en que se ha establecido un cambio en la distinción mundo/sociedad, donde “el mundo moderno es de nuevo el correlato preciso de la sociedad moderna”. Antes, la sociedad “se describía como naturaleza (compuesta de seres humanos)” y a ella correspondía “un mundo compuesto por cosas”; ahora, la sociedad “se describe como sistema de comunicación operativamente clausurado y que se expande o se contrae según cuánto se comunique”, y se correlaciona con un mundo con “las mismas características [...] se expande o se contrae según lo que acontece” (Luhmann, SS, 2006, pp. 117-118); “si la sociedad está constituida por la totalidad de todas las comunicaciones, el resto del mundo está condenado a permanecer sin palabra” (Luhmann, SS, 2006, p. 119):

Sociedad	Mundo
Seres humanos	Cosificado ( <i>marked</i> )
Comunicaciones (distinciones: <i>marked/unmarked</i> )	Indeterminado ( <i>unmarked</i> )

69.2.6. La hipótesis de Luhmann es que el momento en que se pudo dejar de lado una concepción cosificada del mundo se da en función de tres aspectos: la reducción del *espacio* a una unidad, mediante el descubrimiento del globo terráqueo y la subsunción de las comunicaciones; la unificación del *tiempo*, mediante la simultaneidad; y la correlación con estos procesos de la *diferenciación funcional* de la sociedad, pues le sirvieron como punto de apoyo.<sup>112</sup>

[*Espacio:*] Suponemos que el descubrimiento total del globo terráqueo como esfera cerrada de comunicación con sentido puso la pauta. Las sociedades antiguas cuentan con límites dados por las cosas mismas [...] Estas condiciones fueron cambiando gradualmente desde el siglo XVI hasta llegar a convertirse en irreversibles. [...] Todo el globo terrestre fue “descubierto” y poco a poco colonizado a partir de Europa, o bien subsumido en las relaciones regulares de la comunicación. [*Tiempo:*] Desde la mitad del siglo XIX existe también un tiempo único del mundo. Y esto significa: en cualquier lugar del globo terráqueo — independientemente de la hora local del lugar— puede establecerse simultaneidad con todos los otros lugares y comunicarse en todo el mundo sin pérdida del tiempo. Como en la física la constante de la velocidad de la luz, así el tiempo del mundo garantiza en la sociedad la convertibilidad de todas las perspectivas temporales: lo que en un lugar es temprano o tarde, en otro es también temprano o tarde. [*Diferenciación funcional:*] Siguiendo este mismo movimiento, la sociedad da un giro hacia un tipo de diferenciación [...] haciendo que los sistemas se encarguen de una función. [...] (Luhmann, SS, 2006, p. 111)

69.2.7. Es sobre esta base que, entonces, es posible referir que las comunicaciones (y no las personas) son (ya) la sociedad en un mundo indeterminado (*unmarked*). No se trata de que anteriormente no hubiera comunicación, o de que la comunicación no constituyera sociedades, sino de que sólo ahora es posible hablar de que la sociedad es sociedad mundial, y de que toda comunicación presupone a la sociedad (funcionalmente diferenciada) como sociedad mundial:

Si se parte de la comunicación como la operación elemental cuya reproducción constituye a la sociedad, entonces en cualquiera comunicación se implica obviamente a la sociedad del mundo —y esto independientemente de la temática concreta y de la distancia espacial entre los participantes. (Luhmann, SS, 2006, p. 112)

---

<sup>112</sup> Aunque Luhmann no deja de lado el hecho de que esto es posible, también, por la población existente: En principio, la sociedad es hoy día independiente del incremento o disminución demográficos. En todo caso, con el nivel de desarrollo alcanzado hay suficiente capacidad de reproducir la *autopoiesis* del sistema sociedad. Y en cuanto se cae en la cuenta de esto, se empieza a describir el crecimiento poblacional ya no como bendición sino como problema —si no es que como maldición. (Luhmann, SS, 2006, p. 113)

69.2.8. Esto no se contradice con el hecho de que la sociedad se desarrolle de formas diferenciadas regionalmente, pues, si bien la diferenciación funcional ya se encuentra establecida en la sociedad mundial, y sirve como diferenciación primaria, cada sistema funcional puede operar de distintas formas en relación a aspectos *espaciales* (que sirven de base para diferenciación segmentaria), de manera que no sólo persiste la diferenciación funcional, sino que la transición hacia ella continúa, tomándola a ésta misma como referencia, como “posibilidad de condicionamiento” de las operaciones regionales de los sistemas (Luhmann, SS, 2006, p. 643), todo esto en el marco de una reducción *temporal* de las operaciones de los sistemas:

La diferencia global/regional [...] no contradice las consideraciones básicas —sin las cuales no habría ni sociedad mundial ni globalizaciones— de que todos los sistemas funcionales tienden a la globalización y que la transición hacia la diferenciación funcional [...], únicamente puede encontrar desenlace en el establecimiento de un sistema mundial de la sociedad. Para los sistemas funcionales —diseñados para el universalismo y la especificación— los límites espaciales no tienen sentido, salvo como diferenciación segmentaria (por ejemplo, en Estados políticos) dentro de sistemas funcionales. La referencia a la función exhorta a cruzar constantemente los límites territoriales [...]. Este debilitamiento de los límites espaciales, se amplifica por el hecho de que la comunicación mundial ya casi no implica tiempo [...]. Las informaciones ya no se tienen que transportar como cosas o como seres humanos. El sistema mundial realiza, más bien, la simultaneidad de todas las operaciones y de todos los acontecimientos y de esa manera —dado que lo simultáneo no puede controlarse— se vuelve efectivo de manera incontrolable. Por eso no queda otra posibilidad —como ya lo hemos señalado— que partir de la realización completa de la sociedad mundial. (Luhmann, SS, 2006, pp. 641-642)

69.3. De ahí que, *ahora* es posible identificar que toda comunicación implica a la sociedad y a la sociedad mundial, pues “[s]alvo imprecisiones mínimas [...] los límites del sistema sociedad están trazados de manera completamente clara e inequívoca por el modo de operación del comunicar.”, y “[e]l carácter inequívoco del límite exterior (lo distinguible entre comunicación/no-comunicación) hace posible la clausura operativa del sistema sociedad del mundo” (Luhmann, SS, 2006, p. 113). Así, la posibilidad de identificar comunicación con sociedad y ambas con sociedad mundial, lo es sólo por la reducción de los condicionamientos espaciales y el logro de la

simultaneidad temporal, que así se encuentran constituyendo el triunfo de la *comunicación*, como el lado marcado de una forma *marked/unmarked*, donde el otro lado es el mundo *unmarked*.<sup>113</sup>

69.3.1. Ahora bien, no se debe olvidar que *esta misma* distinción *marked/unmarked* es también la base de las operaciones cognitivas.<sup>114</sup> Por ello, Luhmann especifica las consecuencias epistemológicas de este hecho y nos señala que el mundo (la realidad), necesariamente, permanece desconocida, y que lo único que puede terminar por darse es un constructivismo radical que da cuenta de que, sobre la base de una imposibilidad de descomposición de la realidad, sobre la inaccesibilidad del mundo, éste sólo puede operarse y observarse a través de distinciones, donde la pluralidad de distinciones para observar al mundo, presupone que ninguna es la que realmente lo describe. Así, el estudio sobre la elección y uso de las distinciones operativas, sólo puede ser una observación de segundo orden, donde quien observa, es un tercero excluido de la observación (que, por tanto, no puede dar cuenta de sí mismo, es su punto ciego):

El mundo moderno [s]igue siendo, sin embargo, inaccesible. Es accesible operativamente (por ejemplo, puede ser, en principio, objeto de investigación), pero todas las operaciones del conocimiento y de la comunicación son para sí mismas inaccesibles. Puede observarse en el mundo, aunque en esta operación el observador mismo se desempeña como el tercero excluido. (Luhmann, SS, 2006, p. 116)

Cuesta trabajo a partir de aquí sacar las consecuencias exigidas para la teoría del conocimiento [...] Debe encontrarse entonces una teoría del conocimiento que permita ubicarlo *en el mundo* como observador de otros observadores, a pesar de que todos los observadores (incluso él) producen *diferentes* versiones de mundo. [...] Más bien se trata de una unidad inaprensible que puede observarse de distintas maneras —y sólo de distintas maneras. No es posible encontrar su ‘descomposición’, ésta sólo puede construirse —lo cual supone elección de distinciones. El constructivismo radical hace justicia a esto en tanto presupone que el mundo es indescriptible y en tanto envía el expediente de la

---

<sup>113</sup> Lo cual, se especifica, no significa que el mundo no exista: “el mundo, de cuyo *unmarked space* debe distinguirse todo lo determinado”, indica Luhmann, “no puede por ello negarse. El *unmarked space* no es observable, pero no por eso es una nada.” (Luhmann, RS, 2018, p. 35).

<sup>114</sup> Así, el lado *unmarked* implica tanto al *mundo* como al *observador*, y esto sucede, como tercero excluido y punto ciego, lo que puede observarse particularmente en las autodescripciones: “[...] las descripciones son observaciones que deben actualizarse como designaciones que distinguen. Esto, sin embargo, tiene el doble efecto de que el mundo es constituido como ‘unmarked space’ y que la operación del observar (y con ella el observador mismo en la ejecución de sus operaciones) permanecen inobservables. En toda autodescripción societal existen entonces dos cegueras que se corresponden entre sí: la unidad del mundo, la cual trasciende todas las distinciones; y el observador que en cada caso se desempeña.” (Luhmann, SS, 2006, pp. 879-880)

autoobservación del mundo en el mundo al nivel de la observación de segundo orden. (Luhmann, SS, 2006, p. 116-117)

69.3.2. El lugar de lo observado pasa a ser inaccesible (*unmarked*), el lugar de la observación a ser múltiple (*marked*), y, esto como marco, no sólo del *conocimiento* sino de la configuración de la *sociedad mundial* a partir de la diferenciación funcional, es el problema lo que postula la teoría de sistemas sociales para dar cuenta de las distinciones que, en cada ámbito social, son operativas. De lo *elemental* a lo *universal*,<sup>115</sup> la operación y la observación de los sistemas sobre la base de una realidad/mundo no marcada e inaccesible, se desarrolla con base en distinciones que permiten dar cuenta de los diversos problemas sociológicos, incluidos los derechos humanos. La necesidad de *articulación* de las distinciones operativas constituye así la única garantía de *realidad*. El anclaje a la realidad se da gracias a la operación en el tiempo: tanto por la posibilidad de la simultaneidad de las operaciones en los sistemas con aquello que presuponen como entorno, como mundo, como por el hecho de que el observador, como tercero excluido, en su propia autopoiesis, garantiza la realidad de sus operaciones.

La garantía de realidad puede estar únicamente en la forma en la cual un sistema supera las diferencias de tiempo de sus propias operaciones —en simultaneidad con aquello que presupone como entorno. (Luhmann, SS, 2006, p. 693)

el observador, independientemente de la observación que esté utilizando, se vuelve el tercero excluido. Pero precisamente el —y solo él— garantiza con su *autopoiesis* la realidad de sus propias operaciones y, con ello, la realidad de todo lo que debe estar presupuesto como mundo en el modo de la simultaneidad. (Luhmann, SS, 2006, p. 135)

La comunicación para continuar no requiere entonces de una garantía de concordancia con el entorno. En lugar de ello utiliza la cognición. [...] Lo que toma el lugar de dichas garantías de concordancia es solamente el lazo de la comunicación con el tiempo [...]. (Luhmann, SS, 2006, p. 93)

70. En este marco general de lo que es el mundo, y la evolución de la sociedad y la sociedad mundial, se presenta un desafío considerable cuando se trata del problema de la *inclusión/exclusión*, pues es cuando se considera el nivel de la sociedad y la sociedad mundial cuando se observan los impactos más relevantes. Luhmann señala, incluso, los términos en que

---

<sup>115</sup> Cabe recordar que cuando una forma se muestra como *elemental* supone que no hay un lado interno, y cuando se muestra como *universal* supone que no hay un lado externo (Luhmann, MH-GSB, 2015b, pp. 57-67). Siendo así, incluso estas formas pueden ser analizadas a partir de identificar sus distinciones en el marco de la realidad/mundo inaccesible.

esto terminaría por imponer condiciones radicalmente diferenciadas de vida entre los seres humanos; llegando a tener un impacto sistémico fundamental: la integración positiva laxa de las inclusiones frente a la integración negativa fuerte de las exclusiones:

El peor escenario imaginable podría ser que la sociedad del próximo siglo tenga que aceptar el metacódigo inclusión/exclusión. Y esto significaría que algunos seres humanos serían personas y otros sólo individuos; que algunos estarían incluidos en sistemas funcionales mediante carreras (de éxito o fracaso) y otros serían excluidos de estos sistemas, quedando como cuerpos que tratan de sobrevivir día a día; que algunos se emanciparían como personas y otros como cuerpos; que el interés y la indiferencia se diferenciarían de acuerdo con este límite; que los acoplamientos rígidos de las exclusiones y los acoplamientos laxos de las inclusiones diferenciarían destino y fortuna; y que competirían dos formas de integración: la integración negativa de las exclusiones y la integración positiva de las inclusiones. (Luhmann, GoSM, 2016a, pp. 260).

71. La *inclusión/exclusión* en la sociedad mundial tiene efectos regionales y locales de carácter económico, jurídico y político, derivado de problemas en la operación diferenciada funcionalmente, lo cual —indica Luhmann— se suele situar como déficits de modernización regionales; sin embargo, señala, los alcances reales de afectación en la sociedad mundial en realidad son recientes, pues derivan de la *inclusión/exclusión*, y, por ello, muchos de esos efectos ni siquiera están en posibilidad de ser previstos:

En la mirada tradicional de los sociólogos todo esto se sigue explicando mediante la estratificación; pero la estratificación sería un principio del orden social, mientras que la escisión de la sociedad en inclusión/exclusión —en tanto es más que un puro estado de transición de la política de desarrollo— puede desencadenar turbulencias de dimensiones totalmente incomparables a aquellos simples esfuerzos de superación, nivelación o redistribución. (Luhmann, SS, 2006, p. 128)

72. Al nivel de la sociedad mundial se hace evidente el doble efecto de diferenciación funcional respecto de la *inclusión/exclusión*: por un lado, la produce; por el otro, genera dificultades regionales (espaciales) para abordarla.<sup>116</sup> Por ello, las posibles «respuestas» de la sociedad a la *inclusión/exclusión*, requieren ser problematizadas tanto atendiendo al nivel del

---

<sup>116</sup> “Esta diferencia de inclusión/exclusión tiene efectos agravantes porque por un lado se desencadena por la diferenciación funcional de la sociedad del mundo y por otro dificulta (si no es que impide) la creación regional de condiciones para la diferenciación funcional. (Luhmann, SS, 2006, p. 127)



sistema sociedad (y las posibilidades de cada sistema funcional), como considerando el desarrollo de la sociedad mundial.

### ***Primera aproximación a los derechos humanos de la sociedad en la sociedad mundial***

73. Luhmann consideró el papel de los derechos humanos en la sociedad y la sociedad mundial fundamentalmente en diferentes niveles semánticos y estructurales: (a) su función como escándalo a través de los medios de comunicación (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 656-660); (b) su operación como forma ética (Luhmann, EIB, 1999); (c) su operación como reivindicaciones políticas (Luhmann, TPEB, 2007b); (d) su funcionamiento para los movimientos de protesta (Cfr. Luhmann, TP, 1988a). Sin embargo, específicamente, (e) no veía a los derechos humanos como una posibilidad jurídica más allá de su operación como derechos fundamentales (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 655-664).

74. Esta valoración es apropiada en la medida en que los derechos humanos, vistos sólo como normas, evidentemente, no podrían servir para hacer frente a los problemas de diferentes niveles que suponen la *exclusión/inclusión en la sociedad*. Para observar las posibilidades de que puedan constituirse como una de las posibles respuestas de la sociedad es necesario identificar su operatividad respecto de esos niveles. Esto es: identificando las posibilidades de que puedan intervenir al nivel de los de las organizaciones, de los sistemas funcionales, de la sociedad y de la sociedad mundial. Este trabajo sólo podrá llevarse a cabo de manera apropiada tras identificar su operación específica en el sistema jurídico, sin embargo, es prudente situar los problemas que se buscan abordar.

75. Uno de los aspectos fundamentales (que ya se pueden indicar) para los derechos humanos en la sociedad, corresponde a las posiciones 4 y 5 de la matriz [coordenadas (IEs, SF), y (IEf, SF), respectivamente], esto es: en ese mismo orden, en relación a la función de los derechos humanos respecto de la *inclusión/exclusión de la sociedad que impacta en los sistemas funcionales*, y a la función de los derechos humanos respecto de la *inclusión/exclusión de los sistemas funcionales*.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> Es posible que estas dos dimensiones de la *inclusión/exclusión* pudieran ser las más «tematizables», particularmente por la facilidad de mantener las observaciones de la sociedad al nivel nacional o estatal. Esto, justamente, permite dimensionar la importancia de la observación manteniendo como referencia a la sociedad mundial.

75.1. Mostrar la especificidad de estas coordenadas, ayudará a situar la complejidad de la *inclusión/exclusión*, particularmente porque, a partir del análisis de Luhmann, se dará cuenta de una delimitación de la operación de la forma *igual/desigual* en los términos analíticos señalados *supra*. Se observará que: tanto del lado de la *inclusión* como del lado de la *exclusión* de un sistema funcional puede operar la forma *igual/desigual* en relación a ese sistema funcional (situación que, al parecer, teóricamente habría negado Luhmann al señalar que: “no tendría sentido definir al entorno como ‘desigual’ con respecto al sistema”, según se citó anteriormente, (Cfr. Luhmann, SS, 2006, p. 486)).<sup>118</sup> Sólo que: en un caso, se haría respecto de la *inclusión/exclusión* del propio sistema funcional; y, en el otro, respecto de la *inclusión/exclusión* de la sociedad.

75.2. Con ello, será claro que únicamente mediante la conjunción de ambas distinciones, en los términos propuestos, es que se puede dar cuenta de la operatividad de los derechos humanos (esta operatividad se detallará adelante). Asimismo, esto servirá para subsumir esta operación en el marco de la sociedad mundial.

76. Esto es necesario ya que, para efectos de este trabajo, los derechos humanos deben plantearse no sólo en términos operativos del sistema funcional, sino en relación a los planteamientos de Luhmann sobre la sociedad mundial, a fin de lograr un resultado sobre la operación de la sociedad relacionado con el problema de su *unidad*. Para ello, se partirá de que, si la sociedad mundial puede observarse como una derivada del éxito de la comunicación —en tanto éste es el resultado de que el espacio disminuya sus condicionamientos y el tiempo «logre» la simultaneidad (cfr. Luhmann, SS, 2006, pp. 108-130)—, el problema de la espacialidad persiste en tanto en sociedad mundial no ha terminado de resolver sus acoplamientos estructurales con el espacio, aunque la comunicación esté garantizada justamente por ser una sociedad mundial. Por ello, mínimamente sería necesario dar cuenta de las formas operativas que pudieran permitir a los derechos humanos acoplarse a los problemas derivados de la espacialidad. Al parecer, una respuesta en este nivel requiere, sobre todo, buscar respuestas mediante la observación sobre cómo ha respondido la sociedad ante este desafío, según se tratará de mostrar.

---

<sup>118</sup> Evidentemente, esto podría tener el sentido de que sólo se puede aplicar la forma *igual/desigual* por el propio sistema para su propia operación; no obstante, es oportuno designar este punto a fin de enfatizar la posibilidad de que la forma *igual/desigual* sea usada desde la sociedad.

77. Atendiendo a estos problemas, y en razón del planteamiento de *dar cuenta de las formas operativas que pudieran permitir a los derechos humanos acoplarse a los problemas derivados de la espacialidad*, es posible indicar la necesidad de que el análisis de los derechos humanos se sustente, sobre todo, en el sistema de Naciones Unidas, al ser éste el que responde de manera más general a las diferentes realidades de la sociedad mundial. Un análisis adicional sobre aspectos de los desarrollos regionales, en este sentido, sería básicamente un objetivo complementario para especificar los alcances semánticos o estructurales dentro del sistema jurídico.

#### **B.4.2 *Inclusión/exclusión de los sistemas funcionales en los sistemas funcionales [posición 5 de la matriz, coordenadas (IEf, SF)]***

78. En este apartado se referirán, brevemente, algunas consideraciones sobre: (a) la *inclusión/exclusión* de los sistemas funcionales, en general; y, de manera específica, (b) algunos aspectos de los sistemas de la política, la moral y la religión; avanzándose más detenidamente respecto (c) de la *inclusión/exclusión* del derecho.

79. Adicionalmente, transversalmente (**x''**), se señalarán algunos de los efectos de la *inclusión/exclusión* de la sociedad en los sistemas funcionales [posición 4 de la *matriz*, coordenadas (IEs, SF)].

80. Por último, (**d**) se harán algunas consideraciones iniciales en torno a la *inclusión/exclusión* del derecho en la sociedad mundial; y, en particular, a los derechos humanos como estructura del derecho. En este *nivel* de observación, como se podrá percatar, es donde Luhmann veía problemáticamente a los derechos humanos; y, también, uno de los niveles fundamentales en que estos se han desarrollado en las últimas décadas (y se está desarrollando), según lo que se buscará mostrar en este trabajo.

##### **B.4.2.1. *Inclusión/exclusión, en general, de los sistemas funcionales [posición 5 de la matriz]***

81. Al desarrollar la distinción *inclusión/exclusión* Luhmann la caracterizó fundamentalmente en relación a la operación en sus sistemas funcionales. En este nivel indicó que la *inclusión* sólo es posible si la *exclusión* es posible, puesto que “en la medida en que las condiciones de *inclusión* se

especifican como formas del orden social es posible denominar el caso opuesto de los excluidos”, dando sentido y fundamento al orden social (Luhmann, SS, 2006, p. 492). Al pensarse la inclusión en función de lo excluido se pueden establecer los efectos la de forma inclusión/exclusión. Sobre esa base, la *inclusión/exclusión* permite un “acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales” que se logra mediante el reconocimiento de la interacción de los seres humanos como *personas*:

Hablamos, en consecuencia, de exclusión cuando un sistema acepta producir indiferencia, inconsideración y rechazo frente a las personas (constituidas socialmente). Con otras palabras: el esquema inclusión/exclusión designa una forma cuyo lado interno es la inclusión y cuyo lado externo es la exclusión. (Luhmann, RS, 2018, p. 203)

82. Es decir, son los sistemas sociales los que reconocen a los seres humanos mediante el uso de la noción *persona* como fórmula de “atribución para los sistemas psíquicos”, esto es, como participantes de sus sistemas, de manera que “la inclusión en la sociedad moderna queda librada a los sistemas funcionales” (Luhmann, RS, 2018, p. 260). De esta forma, este nivel de *inclusión/exclusión* no se refiere, en general (porque, por ejemplo, la moral no sigue este curso), a las personas en cuanto tales, como totalidad, sino a las personas como fórmula de atribución por parte de los sistemas funcionales. De ahí que, aquello de las personas que no es relevante para los sistemas funcionales, queda como *unmarked space*, es decir, como entorno. En este sentido, por ejemplo, si para las comunicaciones del sistema funcional no es relevante la capacidad de los seres humanos de comprender las comunicaciones que se le dirigen (por ejemplo, por alguna discapacidad), esto queda como parte de lo excluido.

83. Luhmann señaló que la inclusión/exclusión era solamente de los sistemas funcionales, pues consideraba que la “decisión sobre inclusión/exclusión es delegada [por la sociedad] a los sistemas de funciones” (Luhmann, OD, 2010b, p. 449); de manera que los efectos agregados de la inclusión/exclusión fueron observadas en un nivel separado.

84. Por ello, la idea básica, remitida a los sistemas funcionales, requirió de Luhmann enfrentar las diferentes dimensiones de la exclusión tematizando la *inclusión/exclusión societal*. Así, desde la idea inicial en que se teoriza la sociedad *diferenciada funcionalmente*, de manera que el énfasis se encuentra en los sistemas funcionales, se logra observar la inclusión/exclusión como una meta-

diferencia o un meta-código, según terminaría refiriendo, que debería entenderse, esencialmente, como que existe una *inclusión/exclusión societal* con características distintas (emergentes) respecto de los sistemas parciales. La idea de sociedad mundial permite, justamente, dar cuenta de ello.

85. De igual forma, como se ha indicado antes, una indicación sustantiva es que la *emergente* exclusión agregada de las personas, que impacta en ellas como totalidad, en cuanto seres humanos, coincide en el nivel de la sociedad con el mantenimiento de la semántica de los individuos como totalidad, de manera que en ese nivel es operativa la distinción individuo/sociedad. De esta forma, la exclusión operativa normal de los sistemas funcionales, evita ser especificada como un problema en cuanto sus funciones específicas, ya que es fundamentalmente desde la sociedad y la sociedad mundial desde donde se deben observar los efectos de las exclusiones agregadas.

**(a'') Respecto de los efectos de la inclusión/exclusión de la sociedad  
en los sistemas funcionales en general, [posición 4 de la matriz, coordenadas (IEs, SF)]**

86. Lo central de este aspecto se delimitará en el apartado dedicado específicamente al derecho, dado que es en éste en el que se puede tematizar de manera apropiada por la especificación que tiene en él la forma igual/desigual. No obstante, puede indicarse que las consecuencias problemáticas de la inclusión/exclusión de la sociedad en los sistemas funcionales está relacionada con los efectos agregados de las exclusiones, de manera que se afectan las posibilidades de interacción de los seres humanos en el marco de las comunicaciones de un sistema funcional.

87. Esto podría suceder, ya sea porque han sido objeto de múltiples exclusiones, perjudicando sus posibilidades individuales de desempeñarse; o porque existan otras personas que se han visto favorecidas por los procesos de inclusión/exclusión, de manera que se genera un efecto asimétrico sustantivo en las posibilidades de participación en las comunicaciones de los sistemas funcionales. De manera semejante, a una observación de este orden de un sistema funcional sería necesario agregar los efectos de la diversidad regional, particularmente en relación a las regiones periféricas, o de las mejores posibilidades comunicativas en los centros de la modernidad.

#### **B.4.2.2. Aspectos de la *inclusión/exclusión* en la política, la moral y la religión**

**[posición 5 de la matriz]**

88. La inclusión/exclusión no funciona de forma equivalente en todos los sistemas funcionales, ya que, aunque en principio puede señalarse cierta lógica común, mediante la cual estos operan de forma que excluyen aquello que no puede formar parte de la comunicación específica, algunos sistemas funcionales tienen posibilidades distintas operativas. En estos términos, es posible observar que la moral sólo funciona como *inclusión* ya que, al menos en principio, no puede excluir (Luhmann, ETM, 2013, pp. 260-261); la religión tiene la posibilidad de dotar de sentido trascendente cualquier comunicación, con lo cual, de igual forma, al menos potencialmente cualquier comunicación podría quedar incluida (Luhmann, RS, 2018, 49-51); y, por su parte, la política es un sistema funcional que permiten incluir comunicativamente lo que queda excluido de la sociedad (Luhmann, TPEB, 2007b, 47-52).

#### **(b'') Aspectos de la *inclusión/exclusión* de la sociedad en los sistemas funcionales de la política, la moral y la religión, [posición 4 de la matriz, coordenadas (IEs, SF)]**

89. Debido a que estos sistemas funcionales tienen una operación específica en cuanto a la exclusión que invierte su sentido, es que a través de ellos se pueden dar reingresos de lo excluido de la sociedad, y terminar teniendo formas de reconocimiento por la sociedad y otros sistemas funcionales.

90. Así, por ejemplo, el caso de la religión es relevante porque al invertirse la exclusión, respecto de los demás sistemas funcionales, muestra cómo se hace *necesaria* la observación de la operación de inclusión/exclusión desde una doble referencia sistémica (sociedad y religión):

Si se parte, en lugar de esto, de la problemática inclusión/exclusión, y si se hace desde una doble referencia sistémica: con relación al sistema sociedad y con relación al sistema religión, entonces se desemboca en la pregunta acerca de si y cómo el sistema religión puede emplear las posibilidades propias de inclusión, de tal manera que también comprenda a personas que se encuentran excluidas de otros sistemas funcionales. (Luhmann, RS, 2018, p. 303)

existen sistemas funcionales que no tienen que participar necesariamente de esta espiral hacia abajo [la dureza de la integración negativa], sino que pueden conservar la inclusión también en el caso de que otros sistemas hayan excluido. Esto vale para la familia, en la medida en que aún exista en estos ámbitos; y puede valer sobre todo para la religión. (Luhmann, RS, 2018, p. 208)

91. En este sentido, es posible considerar que, quizá, en lugar de terminar sucediendo (o, al menos, paralelamente suceda) la aparición de un sistema específico para atender los efectos de la exclusión societal, la observación de las formas de inclusión/exclusión de los sistemas funcionales permitan un estudio respecto de cómo la sociedad está respondiendo a la exclusión que generan sus sistemas funcionales, generando su reingreso. Es este el marco desde el cual, en este trabajo, se observa la evolución de los derechos humanos y del derecho.

#### **B.4.2.3. Inclusión/exclusión en el derecho [posición 5 de la matriz, coordenadas (IEf, SF)]**

92. La tematización en torno a la inclusión/exclusión del sistema funcional del derecho realizada por Luhmann se centra fundamentalmente en: (i) el lado de la *inclusión* del derecho, (ii) en su relación con la forma igual/desigual, (iii) en la semántica de los derechos humanos asociada a esa forma y a (iv) su expresión como principio de igualdad, y, finalmente, (v) en los efectos problemáticos de la inclusión/exclusión de la sociedad, y, en particular, (vi) de la sociedad mundial. Sin embargo, no se desarrolla suficientemente y de forma específica, (vii) el lado de la *exclusión* del derecho.

93. La ausencia de una tematización de la misma profundidad sobre la *exclusión* del derecho no debe extrañar, incluso, si Luhmann mismo critica en *La sociedad de la sociedad* como un error el análisis sólo del lado de la inclusión de la sociedad (Luhmann, SS, 2006, 491-492); pues el Derecho es el sistema que realiza el mayor despliegue de la forma igual/desigual y de la semántica de la igualdad, e, incluso, es a través de él que los derechos humanos adquieren su mayor desarrollo.

94. En esos términos, es característico que la inclusión/exclusión en el derecho opera fundamentalmente con la posibilidad de que los seres humanos puedan vincularse al derecho. Para ello sirven, nociones como persona, derechos subjetivos y, a partir de ello, derechos humanos.

95. En el *Derecho de la Sociedad*, Luhmann analizó los derechos humanos en múltiples momentos. En uno de estos, se separó explícitamente “de la interpretación jurídica de los derechos humanos —que de cualquier manera es necesaria para la praxis jurídica”, para enfatizar el papel de la sociedad respecto de su diferenciación funcional al señalar que estos derechos “tienen que ver esencialmente con los efectos de la diferenciación funcional. Los derechos humanos son el correlato de la apertura estructural de la sociedad de cara al futuro.” (Luhmann, DS, 2005, p. 172).

96. A partir de allí, observó la *inclusión/exclusión societal* en los sistemas funcionales (*posición 4* de la matriz) y la *inclusión/exclusión funcional (posición 5)*, y señaló dos formas en que operaban los derechos humanos, usando para ello la forma igual/desigual: (*a*) en relación al acceso, en general, a los sistemas funcionales (*posición 5*), y (*b*) en relación a la posible participación de las personas, como totalidad, dentro de esos sistemas (*posición 4*).

97. [Posición 5] Respecto del acceso general a los sistemas funcionales (inclusión/exclusión de los sistemas funcionales en los sistemas funcionales), indicó que esto se lleva a cabo con la aplicación de la forma *igual/desigual*<sup>119</sup>, pues de esta forma los “derechos humanos sirven, en términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoietica. Ninguna clasificación, ninguna subdivisión [...] sobre los hombres debe limitar el futuro, sobre todo cuando los seres humanos pertenecen al entorno del sistema.” (Luhmann, DS, 2005, p. 172).

97.1. Es decir, el propio sistema funcional aplica la forma igual/desigual, garantizando el acceso a todas las personas que cumplan con los mismos criterios específicos *internos*. Esto resulta necesariamente así ya que: “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 lo que es igual o lo que es 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*

---

<sup>119</sup> Que se asocia a la “semántica de la forma que obliga al sistema a la producción de criterios propios.” (DS, p. 172)



*antemano lo que cada cual tenga que decir o lo que cada cual tenga que aportar.”* (Luhmann, DS, 2005, p. 172).

**(c'') Inclusión/exclusión de la sociedad en el sistema funcional del derecho,  
[posición 4 de la matriz, coordenadas (IEs, SF)]**

98. [Posición 4] Respecto de la inclusión/exclusión *societal* en los *sistemas funcionales* indicó un aspecto distinto, referido a las posibilidades de las personas para participar efectivamente en los sistemas funcionales, en razón del lugar social de la persona, de sus condiciones de vida o de las capacidades efectivamente logradas, lo cual indicó como “la igualdad en la habilidad de actuación dentro del sistema.” (Luhmann, DS, 2005, p. 172). Esto resulta así ya que:

Las probabilidades de tener éxito ante el tribunal y las probabilidades de influir en la legislación varían según sea la estratificación social. [...] Las diferencias de acceso y de habilidad de actuación dentro del derecho, no tienen ninguna función —esto si se las mira desde la perspectiva de la función y de la autonomía del derecho. Es difícil determinar cómo cada una de estas habilidades influirá en el sistema —a no ser que se trate de casos particulares o de ámbitos específicos de problemas. Los esfuerzos internos que se han hecho en el sistema jurídico para compensar las probabilidades de éxito (la defensoría de oficio en la línea de aligerar los costes del proceso) encuentran su límite en el hecho de que, aún en la sociedad moderna, subsiste la estratificación. (Luhmann, DS, 2005, p. 172-173).

98.1. Como puede verse, en este caso se trata de cómo afectan las condiciones que las personas (como totalidad) tienen en la sociedad para actuar en los sistemas funcionales. De manera que, pese a la indicación de que se trata de la actuación de los individuos “dentro del” sistema jurídico (del derecho), esto no se refiere propiamente a actuar dentro del sistema funcional, pues las personas son entorno de los sistemas sociales. Se trata, entonces, de la actuación del entorno «individuo» que actúa «acoplado» al sistema funcional, y de los efectos que sus características *como individuo* pueden tener en el funcionamiento del sistema, en la realidad concreta en que se está actualizando. En síntesis, se trata de los efectos de la inclusión/exclusión de la sociedad en el sistema funcional. En estos términos, se reintroduce la exclusión de la sociedad en las posibilidades de una operación apropiada del sistema funcional.

99. Como se ha observado, dimensionar ambos problemas (posición 5 y posición 4) en forma apropiada, requiere tematizar la semántica de la igualdad y la operación de la forma *igual/desigual*, en relación a los problemas de *inclusión/exclusión*. No obstante, de inicio, puede mostrarse el tipo de vínculos que se dan a partir de los diferentes tipos de inclusión/exclusión.

#### **B.4.3. *Inclusión/exclusión de las organizaciones en las organizaciones* [posición 9 de la matriz, coordenadas (IEo, O)]**

100. En relación a la inclusión/exclusión de las organizaciones en las organizaciones se referirán sólo algunos breves aspectos relativos a la inclusión/exclusión de las organizaciones en las organizaciones (dado que estos no entrarán a revisión en el presente trabajo);<sup>120</sup> y se acompañarán, también, algunas referencias sobre su interrelación con la inclusión/exclusión de la sociedad y de los sistemas funcionales.

101. En general, las organizaciones tienen por regla general una operación inversa a la de la *sociedad* (comunicativamente hablando): excluyen a todas las personas y sólo incluyen a aquellas que tienen membresía. La exclusión es la regla y la inclusión la excepción (Luhmann, OD, 2010b, p. 448).

102. La necesidad de tomar decisiones, como parte de la autopoiesis de las organizaciones, es el factor determinante: “sólo se justifica la exclusión de los no miembros, cuando se aceptan las limitaciones que hacen posible la autopoiesis del decidir.” (Luhmann, OD, 2010b, p. 451)

103. Sin embargo, existen relaciones de complementariedad entre los sistemas funcionales y las organizaciones, por lo que cada sistema funcional puede modular aspectos específicos respecto de los términos de inclusión/exclusión:

La relación entre sistemas funcionales y sistemas organizativos se deja por tanto comprender como una situación de complementación: cuanto más se abran los

---

<sup>120</sup> No obstante, podría entrar en consideración algunos temas como la observación de que el principio de igualdad no se habría constituido en un programa condicional (Luhmann, OD, 2010b, pp. 451-452), particularmente atendiendo a algunos desarrollos recientes en torno a la aplicación criterios basados en ese principio en entornos empresariales, instituciones gubernamentales o instituciones académicas, públicas o privadas.

sistemas funcionales a la inclusión bajo signos como libertad e igualdad, pero también debido a los motivos ausentes de desviación, tanto más habrá que ocuparse de las posibilidades de exclusión de segundo rango dentro del sistema constituido de esta manera, y precisamente esto es lo que sucede mediante la instalación de organizaciones, las cuales pueden justificar criterios específicos de inclusión/exclusión a través de demandas específicas. (Luhmann, RS, 2018, p. 204)

104. No obstante, dentro de la observación de las organizaciones, se ha considerado que éstas participan de la inclusión/exclusión de la sociedad, como la parte encargada de la exclusión, mientras que los sistemas funcionales estarían encargados de la inclusión:

en la sociedad funcionalmente diferenciada, en principio, todos los individuos son incluidos en todos los subsistemas. [...] La inclusión para todos, sin embargo, obviamente no implica igualdad [...]. De hecho, las posibilidades concretas son diferentes para cada persona y esas diferencias están constantemente creciendo, pero esta desigualdad no es el resultado de una estrategia general. [...]

La exclusión existe, pero ella no tiene que ver con la identidad de los individuos – ella hace referencia a la membresía de los individuos a las organizaciones en diferentes subsistemas funcionales que no están integrados entre ellos. La exclusión es distribuida a las organizaciones. Todos pueden tener una educación, pero no todos pueden estudiar en Harvard [...] Todos tienen acceso a la política, pero no todos son elegidos para los cargos públicos. [...] En condiciones de diferenciación funcional, inclusión/exclusión en un sector no resulta inmediatamente en inclusión/exclusión en otros sectores. (Esposito, 2021, pp. 10-11)

104.1. Esta interpretación es coherente con algunas consideraciones de Luhmann sobre la inclusión/exclusión, por ejemplo, al indicar que:

“La cooperación entre sistemas funcionales y organizaciones está construida [...] Los sistemas funcionales parten de la inclusión y, por así decir, dejan que las exclusiones simplemente sucedan. En las organizaciones ocurre el caso inverso. Aquí son todos excluidos [...] la inclusión debe resultar de modo altamente selectivo. [...] la sociedad opta por la inclusión de todos en sus sistemas funcionales, las organizaciones, por el contrario, por la exclusión de todos.” (Luhmann, OD, 2010b, pp. 450-451).

104.2. Sin embargo, como se ha podido observar previamente, la exclusión de los sistemas funcionales opera de manera diferenciada; y los efectos agregados de las exclusiones funcionales también tienen consecuencias sociales, sobre todo porque “Los sistemas funcionales de la

sociedad producen y reproducen lo que no pueden necesitar: exclusiones” (Luhmann, OD, 2010b, p. 450). Pues la inclusión de todas las personas es universal en el sentido de ser probable, y tendría en todo caso que actualizarse, siendo esto lo que no es posible.

105. Como puede observarse de lo desarrollado anteriormente, en este trabajo la inclusión/exclusión se observa más allá de la exclusiva relación entre sistemas funcionales y organizaciones, particularmente buscando situar su relación en el contexto de la sociedad mundial.

106. Algunos temas que se podrían revisar serían la inclusión/exclusión e igualdad/desigualdad en la sociedad mundial en las organizaciones, donde podría revisarse, por ejemplo:

- (a) En cuanto a la inclusión/exclusión de las organizaciones en la sociedad: las diferencias de salarios en una misma empresa transnacional respecto del mismo tipo de trabajo, dependiendo de si se trabaja en un país de los centros de la modernidad o en uno periférico.
- (b) En cuanto a la inclusión/exclusión de la sociedad en las organizaciones: las restricciones de acceso a los servicios o a trabajo en las organizaciones relacionadas con el estatus migratorio; las restricciones legales para trabajar a distancia, vía internet, si se procede de un país distinto al de la oferta laboral; o las restricciones legales para participar en el mercado financiero a través de servicios digitales de una institución financiera de un país en el que no se tiene residencia.
- (c) En cuanto a la inclusión/exclusión de los sistemas funcionales en las organizaciones: la posibilidad/imposibilidad para ejercer derechos políticos a través de un partido político, si no se es ciudadano de un país.

## B.5. Intermisiones provisionales

### B.5.1. Inclusión/exclusión en la sociedad mundial: la unidad paradójica de la sociedad (individuo/sociedad) y los principios de libertad e igualdad.

107. De acuerdo a lo que se había indicado en el capítulo anterior, en relación a la distinción individuo/sociedad (unidad paradójica de la sociedad), ahora es posible especificar en mejor manera en relación a los derechos humanos concebidos como los principios de libertad e igualdad (resultado semántico de las distinciones inclusión/exclusión e igual/desigual). Como se había visto, habría algunos problemas relacionados con la posibilidad de identificar la distinción individuo/sociedad como un marco que refiriera la unidad paradójica de la sociedad. Entre los problemas resultados de esta distinción se encontraban: a) el despliegue de respuestas tautológicas o paradójicas que se expresan como ideologías conservadoras o progresistas; (b) el hecho de que, si bien esos principios funcionan como forma de regulación de acceso y participación en los sistemas funcionales, estos siempre van a producir procesos de exclusión; (c) el hecho de que se podría esperar una posible respuesta funcional de la sociedad; y, sin embargo, (d) no puede haber una instancia centralizada que pueda regular las formas de inclusión/exclusión en lugar de los propios sistemas funcionales; e, igualmente, permanece (e) una probable imposibilidad de respuesta única de los sistemas funcionales. Así, es posible indicar lo problemático de:

- (a) La paradójica identidad de la sociedad puede desplegarse semánticamente con formas tautológicas (la sociedad es lo que es) o paradójicas (la sociedad es lo que no es), de manera que cuando son las primeras toman la forma de *conservadoras*, mientras que las segundas la de *progresistas*,<sup>121</sup> sin embargo, en cualquiera de los dos casos el problema sigue sin

---

<sup>121</sup> Luhmann indica: “Los participantes (es decir, los observadores de las condiciones) reaccionan de manera controvertida a los problemas estructurales de la sociedad moderna. Como observador de estos observadores se ve que así se efectúan diversas estrategias para solucionar la cuestión de la unidad —la cual puede únicamente aprehenderse como paradoja. La sociedad puede definirse paradójicamente: ella no es (todavía) lo que es; y, sin embargo, es ya lo que todavía no es. La sociedad se encuentra en camino del progreso [...] Entonces se buscan ideas para realizarlas y uno se comporta como *progresista*. [...] O la paradoja se soluciona en la dirección contraria. Se la define primero como tautología (es decir, como distinción que afirma no ser distinción) para después llegar a la constatación de que la sociedad es lo que es. No puede hacerse nada, pero pueden evitarse las desgracias y prevenirse las desviaciones. Entonces uno se vuelve *conservador*.” (Luhmann, SS, 2006, pp. 853-854).

resolverse, ya que las ideologías son perspectivas de los observadores, pero no dan cuenta de la operación específica o concreta de la sociedad, de manera que las ideologías sólo suben el nivel de la problematización a un nivel de segundo orden, perdiendo sus referencias específicas, y logrando únicamente situar el problema de *quién es quien observa*. Seguido a este problema, dado que la observación de la unidad no es posible y que la que observa es la inobservable sociedad, no obstante, la sociedad operara desde ese lugar produciendo, recursivamente, semánticas operativas. Las ideologías, entonces, como primeros resultados de una apertura inconclusa (“cheque en blanco”), es decir, como “semánticas de transición”, tienen lugar mientras el sistema genera semánticas operativas:

Los principios de inclusión [...] fueron proclamados como una especie de cheque en blanco abierto al futuro. Así por consiguiente no se han dejado realizar; en esta forma, un problema irresoluble sólo fue diferido del presente al futuro. La concretización debió entonces efectuarse a través de ideas que recibieron —para esta función— el nombre de ideologías. Pero —dado que los principios no pueden determinar los pasos de la concretización— existe más de una posibilidad de ideologizarlos. (Luhmann, SS, 2006, p. 852).

Decisivo es el cambio de sitio del problema-de-la-orientación-societal a un nivel de segundo orden y la renuncia a una realidad consensuada. (Luhmann, SS, 2006, p. 855).

Todas estas formas complejas de una semántica de transición pueden reducirse a una pregunta: ¿quién es el observador? No es posible responder a esta pregunta y, por tanto, tampoco puede interponerse. (Luhmann, SS, 2006, p. 856).

Esto, sin embargo, obliga al observar-del-observar a [...] a aceptar la paradoja como argumento conclusivo: el observador es lo no observable. Esto, no obstante, no lleva a la desesperación. [...] la paradoja se disuelve en el tiempo. El sistema entonces transforma en operación aquello que como objeto no puede observarse. Y cuando esto sucede —cuando dichas operaciones de observación se aplican una y otra vez a sus resultados— podría ser que eso como desenlace lleve a “valores propios” estables, es decir, a una semántica que los sostiene y que por eso se le otorga preferencia. (Luhmann, SS, 2006, p. 857).

En este marco, los derechos humanos, desde el inicio, estarían resultando una continuación de las operaciones que se refieren como principios de *igualdad y libertad*, y su posible identificación como una semántica de transición, tendría lugar en la medida en que su operación no estuviera generando recursividad operativa en el sistema funcional derecho.

(b) Los principios de igualdad y libertad que, si bien funcionan como forma de regulación de acceso y participación en los sistemas funcionales, sin embargo, invisibilizan que estos sistemas siempre van a producir procesos de exclusión, ya que la operación de los sistemas funcionales se realiza mediante la aplicación de formas, y cuando a partir de éstas se produce la exclusión de algo, esto no puede reintroducirse (a no ser que sea posteriormente mediante otros programas), pero de igual forma continuarán produciendo exclusiones. Por ello, los derechos humanos se observan funcionando como ideología, postergando simplemente el tiempo de su realización (aunque pueda haber reintroducciones como programas de aspectos excluidos en los sistemas), y dejando lo irresoluble en indeterminación, esto es, también en una situación transitoria:<sup>122</sup>

[...] Ahora es la igualdad y la libertad —puesto que todas las limitaciones y las desigualdades se determinan únicamente por los códigos y los programas de los sistemas particulares (encargados de una función), y porque para eso ya no existen directivas de la sociedad total. Probablemente también porque ya nadie puede de antemano decirle al otro para qué sirve finalmente su actuar. También aquí la exclusión —el otro lado de la forma— se arrastra sin iluminarse. Si se sigue la ideología de los derechos humanos, el único problema de la modernidad parece residir en que estos derechos no se realizan todavía de manera suficiente y sobre todo no en todos los lugares del globo terrestre. Pero la dureza de las condiciones de vida en los reclusorios y en las casas de trabajo del siglo XVIII (el rápido aumento de la legislación penal y de las penas de muerte), contrastan de manera particular con el estado de ánimo de los ilustradores y los moralistas. Se advierte con claridad que esta combinación de extremos sólo puede ser solución transitoria. (Luhmann, SS, 2006, p. 498)

Sin embargo, el problema se observa en un sentido de transitoriedad no tanto por el hecho de que los problemas sean resolubles y no se haya alcanzado su resolución mediante la inclusión social, sino por el hecho de que, precisamente, se observan como irresolubles bajo cualquier marco, pues la sociedad diferenciada funcionalmente produce estas exclusiones estructuralmente.<sup>123</sup> Lo cual implica poder reconocer que los derechos humanos, aunque

---

<sup>122</sup> No obstante, como se indicaba previamente, la evolución de los derechos humanos, más que simples postulados ideológicos, ha implicado el desarrollo de posibilidades operativas recursivas, las cuales se mostrarán en el siguiente capítulo.

<sup>123</sup> Luhmann afirma directamente sobre este problema su carácter estructural: “Por el solo hecho cuantitativo, los problemas de exclusión en la actualidad tienen un peso distinto. Tienen también otra estructura. Son consecuencias directas de la diferenciación por funciones del sistema de la sociedad en tanto se basan en formas funcionalmente específicas de refuerzo de la desviación mediante el *feedback*

puedan servir para enfrentar los efectos observables de la exclusión, jurídicamente no se pueden resolver las exclusiones —salvo cuando éstas puedan modificarse a partir de la reintroducción de las formas de igualdad y libertad (y diferencia) en la operación de los sistemas funcionales, y bajo sus propios códigos—, pues no se puede resolver la diferenciación funcional de la sociedad.

- (c) La posible *respuesta funcional* de la sociedad a los problemas de inclusión social pues, pese a que con esta idea de inclusión “el problema de la exclusión en lugar de resolverse más bien se oculta” y, por ello, “en los márgenes de los sistemas se generan efectos de exclusión” (Luhmann, SS, 2006, p. 499), al parecer, podrían desarrollarse respuestas en diferentes sistemas funcionales (donde sería necesario considerar, de manera especial, al derecho). En principio, cualquier tipo de respuesta debería darse en el marco de la “tendencia normal evolutiva en el *structural drift* de los sistemas parciales” y en cómo evitar que se incluya por vía de autoridad lo que es necesario que se excluya por una cuestión funcional, por lo que este tipo de respuestas podrían generarse desde los propios sistemas funcionales. Luhmann estima que difícilmente puede ser a partir de los sistemas ya existentes, pero lo hace sobre la base de considerar los efectos agregados de las exclusiones de los diversos sistemas funcionales (esto es, no sobre la base de la exclusión funcional particular sino de la *exclusión societal*) y porque toda inclusión implica la exclusión, por lo que, aún con más dificultad lo considera a partir de un sistema funcional específico, sino quizás, sólo mediante el surgimiento de algún otro sistema funcional:

La improbabilidad evolutiva y la precariedad de una forma de diferenciación de la sociedad se muestra entre otras cosas (así pueden resumirse estas deliberaciones) en cómo se las arregla con la diferencia inclusión/exclusión y cómo aprovecha sus propias formas para estabilizar una inclusión diferente, poco integrada. No por último se trata de cómo poder evitar el retroacoplamiento del ámbito de la exclusión en el ámbito de la inclusión, o cómo poder encauzarla en una tendencia normal evolutiva en el *structural drift* de los sistemas parciales. (Luhmann, SS, 2006, p. 502)

No es posible esperar la solución de este problema dentro de los sistemas de función particulares —porque, por un lado, la inclusión es sólo concebible en el marco de posible exclusión y, por otro, porque el problema de la amplificación recíproca de las exclusiones no puede atribuirse a un único sistema funcional.

---

positivo, y también por el hecho de que la dependencia múltiple de los sistemas funcionales refuerza el efecto de exclusión.” (Luhmann, SS, 2006, p. 500).



Más bien habría que contar con la formación de un nuevo sistema secundario de funciones que se ocupe de los efectos de exclusión de la diferenciación funcional —ya sea en el plano de la ayuda social o en el de la ayuda para el desarrollo. Aunque estos esfuerzos dependen tan fuertemente de los recursos —desde un punto de vista económico, político e inclusive religioso— que puede dudarse si para eso se ha formado ya un subsistema societal o si no se trata más bien de intentos muy dispersos en el plano de las interacciones y de las organizaciones. (Luhmann, SS, 2006, p. 502)

- (d) La improbabilidad de una instancia centralizada que pueda regular las formas de inclusión/exclusión. Por un lado, como se ha indicado, la inclusión/exclusión se encuentra referida para cada sistema funcional, y esto es una de las características de la sociedad diferenciada funcionalmente que se puede ocultar si se llega a postular que los individuos pueden tener una *total inclusión*.<sup>124</sup> Sin embargo, en el reconocimiento de los derechos humanos en los tratados internacionales no se postuló una inclusión de tal tipo, y su evolución posterior tampoco ha seguido esa lógica, pues se mantienen formas de inclusión condicionadas. Así, los derechos humanos se mostrarán como especificaciones sobre las posibilidades de reconocimiento o participación en los sistemas funcionales, estableciendo también restricciones incluso en función de condiciones específicas de la actuación de las personas consigo mismas,<sup>125</sup> y habiendo situaciones en que la formulación jurídica da cuenta de que las expectativas jurídicas sólo pueden establecerse hasta el límite de las posibilidades operativas tanto del derecho como del sistema funcional con que se esté acoplado, como cuando, por ejemplo, se indica que “El derecho al trabajo no debe

---

<sup>124</sup> “La idealización del postulado de inclusión total de todos los seres humanos en la sociedad encubre graves problemas. Con la diferenciación funcional del sistema de la sociedad, la regulación de las relaciones de inclusión/exclusión pasa a los sistemas funcionales; ya no existe instancia central alguna (aunque guste a la política verse en esa función) que supervise a este respecto a los sistemas parciales. [...] Puesto que la participación es posible bajo todas estas condiciones [las propias condiciones impuestas por los sistemas funcionales], puede despertarse la ilusión de un estado de inclusión nunca antes logrado.” (Luhmann, SS, 2006, p. 499)

<sup>125</sup> Por ejemplo, cuando en relación al derecho a la salud se indica que éste no se concibe como un derecho a estar sano, y se indica que no puede considerarse como una obligación del Estado el garantizar la salud en todos los casos, incluyendo en esto cuando las propias personas no la procuran:

- “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*.” (E/C.12/2000/4, párr. 8)
- “El concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ [...] tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. [...] un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona.” (E/C.12/2000/4, párr. 9).

entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener empleo” (E/C.12/GC/18, párr. 6),<sup>126</sup> de manera que se reconoce implícitamente que la disponibilidad del trabajo no depende del derecho sino de la economía (o, en su caso, de la política económica). Por otro lado, sería conveniente recordar que la evolución de los derechos humanos se da en un contexto de operación de diferentes sistemas sociales y no sólo del derecho, aunque a través del derecho se establezcan las irritaciones de la sociedad mediante operaciones jurídicas y el desarrollo de categorías (distinciones) para esos fines, pues en todo caso, sus operaciones podrían verse como prestaciones para otros sistemas funcionales. El derecho, entonces, no constituye una instancia centralizada (aunque quizá sí privilegiada) para tratar con los problemas identificados como igualdad, libertad y diferencia, en relación a algunos aspectos de las exclusiones de los sistemas funcionales.

- (e) La probable imposibilidad de respuesta única de los sistemas funcionales a los efectos de la exclusión es una de las posibilidades esperables. Los problemas derivados de la inclusión/exclusión de los sistemas funcionales es un problema que sólo puede abordarse como sociedad (mundial), esto es, como exclusión societal, pues como refiere Luhmann, además de que “el problema de la amplificación recíproca de las exclusiones no puede atribuirse a un único sistema funcional” (Luhmann, SS, 2006, p. 502), los sistemas funcionales tienen efectos regionales diferenciados, pues “la diferenciación funcional prevaleciente en el plano de la sociedad mundial, [sólo] traza las estructuras que fijan las condiciones para condicionamientos regionales” (Luhmann, SS, 2006, p. 643), pero no determinan su unificación. En todo caso, se producen fluctuaciones que pueden llevar a

---

<sup>126</sup> Esto es así reconocido pese a que se indica que el derecho al trabajo es orientado bajo una perspectiva de *pleno empleo* (E/C.12/GC/18, párr. 4). Lo cual, por otro lado, se puede observar directamente en el artículo 6, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.
2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

estructuras disipativas y a la autoorganización,<sup>127</sup> y, en particular, a la posibilidad de comprender desarrollos específicos de cada región y poder articular su evolución en relación a la situación mundial:<sup>128</sup>

Un mejor punto de partida lo ofrece la observación de que los *optima* globales y regionales divergen marcadamente —lo cual quizá esté condicionado por el hecho de que la sociedad global no se regula a sí misma mediante metas o normas o directivas cuya observancia regional pueda por lo tanto ser comprobada y eventualmente corregida, sino que los centros de la sociedad mundial (sobre todo, evidentemente, los mercados financieros internacionales) producen fluctuaciones que regionalmente llevan luego a estructuras disipativas y a la necesidad de autoorganización. [...] Sobre todo, la persistencia de los Estados nacionales conduce a que, dentro de la sociedad mundial y aprovechando sus fluctuaciones, se hagan valer intereses regionales y por ello se amplifiquen. (Luhmann, SS, 2006, pp. 640-641)

De modo diferente, partiendo de la sociedad mundial y su diferenciación por funciones se ofrecen puntos de referencia a los problemas con los cuales se ven confrontadas las diversas regiones. De esta manera puede verse mejor y, sobre todo, explicarse mejor por qué ciertos datos regionales hacen la diferencia y por qué diferencias existentes se acrecientan o disminuyen según la manera en que se encuentran entrelazadas circularmente con las condiciones de la sociedad del mundo. Esto [...] podrá llegarse a una mejor comprensión de las causalidades sorprendidas (sin pronóstico, no lineales) como son las “estructuras disipativas”, los “efectos amplificadores de las desviaciones”, la desaparición de distinciones que en un principio eran importantes o al revés: efectos considerables a partir de diferencias mínimas y no por último —entre otras— el factor fortuito de las ‘policies’ regionales. (Luhmann, SS, 2006, p. 123)

108. Como se ha indicado, el problema principal es que la sociedad no reconoce a los individuos operativamente, pues sólo son relevantes en la medida en que potencialmente pueden participar

---

<sup>127</sup> Este es un problema que, por lo demás, puede conceptualizarse no sólo en términos de *sociedad mundial* (esto es, enfatizando los condicionamientos espaciales y, con ello, regionales, del planeta), sino en general de la *sociedad* y la posibilidad de racionalidad conforme a la diferenciación funcional: “Por supuesto que con ello no se afirma que la sociedad —mediante normas, reglas o directivas— pueda dar orientaciones generales que merezcan el predicado de racional a sus sistemas parciales. La sociedad, a lo más —como lo veremos en múltiples oportunidades—, se conduce mediante fluctuaciones que obligan a los sistemas funcionales (o regionales) a desarrollar estructuras disipativas y, con ello, autoorganización.” (Luhmann, SS, 2006, p. 143).

<sup>128</sup> Así, aunque no será objeto de un desarrollo relevante en este trabajo, se puede entender la diferencia entre los alcances de la obligación de los Estados de *investigar* violaciones de derechos humanos desarrollada en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en comparación con los alcances de la misma obligación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, según se indicará posteriormente.

en todas las comunicaciones (Luhmann, SS, 2006, p. 495). Esto permite que, si bien a nivel funcional no son relevantes como individuos, a nivel de interacción, de movimientos sociales o de la propia semántica de la sociedad, permanecen como una referencia más allá de la que se puede indicar como *persona*, es decir, permanecen como una referencia sobre el entorno de la sociedad, como lo es el mundo o la realidad. En todo caso, los individuos, aunque permanecen como entorno de la sociedad, mediante la distinción individuo/sociedad, pueden ser reconocidos más allá de la operación específica de los sistemas funcionales, particularmente reconociéndoseles como (necesariamente) excluidos, pero con posibilidades de generar irritaciones para la sociedad, en especial, derivado de su comprensión como sociedad mundial, donde el mutuo refuerzo de las exclusiones de los sistemas funcionales se hace más patente y requiere de comprensión (ya sea como posible metadiferencia o posible metacódigo).

#### **B.5.2. Inclusión/exclusión del derecho en la sociedad mundial y los derechos humanos**

109. Los problemas planteados por la *exclusión/exclusión* en la sociedad funcionalmente diferenciada (esto es, *inclusión/exclusión* en los tres tipos de sistemas), puede tener un amplio marco de abordajes, particularmente por la existencia de sistemas funcionales (moral, religión, amor, familia) que pueden incluir lo que la sociedad a través de otros sistemas funcionales (economía, política, derecho) excluyen. Esta inclusión, sin embargo, no puede ser punto por punto sobre lo excluido, sino sólo mediante aspectos acoplados estructuralmente a aquello excluido; sobre aquellos aspectos que sean acordes con la integración sistémica. Es decir, por ejemplo, lo excluido por la economía no puede ser «lo mismo» que lo incluido por otros sistemas funcionales, como el derecho, la moral o la religión (la falta de dinero o el hambre no se quitará con plegarias o con una demanda), pero lo incluido sí puede ser algo acoplado estructuralmente (al menos de manera *floja*) a lo que fue excluido (en situaciones económicas difíciles se podría tener acceso a comedores comunitarios), sin que, de ninguna forma, pueda incluirse todo lo excluido.

110. Es posible considerar que los sistemas funcionales pueden desarrollar formas de acoplamiento estructural para incluir aspectos de lo excluido de la sociedad, para lo cual es necesario situar, conforme a la hipótesis de este trabajo, no sólo el lugar del derecho y los derechos humanos, sino, específicamente, la forma en que esto funciona de manera operativa en la sociedad mundial. Se considera, conforme a lo que se ha venido indicando, que esto ha sido

posible en el derecho por la forma *igual/desigual* y la manera en que ha evolucionado su operación.

111. Frente a la complejidad de la inclusión/exclusión en la sociedad y en la sociedad mundial, evidentemente, el derecho y los derechos humanos no podría tener una capacidad de resolución. Entre los problemas que enfrenta el derecho en la sociedad mundial se pueden identificar como centrales:

- a) El hecho de que no hay, en todos sus términos, instituciones jurídicas que permitan plenamente el funcionamiento de la forma igual/desigual de manera centralizada en un sistema (el jurídico) que requiere internamente de la diferenciación centro/periferia para sus instituciones.

En el marco de los derechos humanos, las instituciones que tienen una mayor posibilidad de cumplir esta función son aquellas generadas en el marco de Naciones Unidas, por lo cual es necesario realizar el análisis del derecho en ese ámbito.

- b) La diversidad de enlace operativo de las comunicaciones jurídicas internacionales con las de origen estatal, lo que implica que las comunicaciones jurídicas internacionales puedan terminar con una función más semántica que estructural respecto de las estatales.
- c) La generación de expectativas de que el derecho (y los derechos humanos) pueden “solucionar” los problemas de la inclusión/exclusión de la sociedad.

112. Pese a ello, el derecho generado en las instituciones internacionales, al parecer, podrían tener dos funciones esenciales:

- a) Una estructural: hacia el propio sistema jurídico de la sociedad en la sociedad mundial, en la medida en que se generan condiciones para el enlace operativo de las comunicaciones jurídicas y se desarrollan criterios mediante la aplicación de la forma igual/desigual que permitan al sistema jurídico su evolución. Es decir, para generar estructuras.

- b) Una semántica: mediante la generación de criterios (estándares) de derechos humanos (prestaciones) que puedan ser usados en la semántica de la sociedad.

113. A fin de comprender en mejores términos el marco general operativo del derecho y de los derechos humanos, así como su evolución es necesario observar la manera en que opera la forma igual/desigual.

### **C. FORMA IGUAL/DESIGUAL**

114. Especificar las diferentes formas en que funciona la inclusión/exclusión en la sociedad, en los sistemas funcionales y en las organizaciones, permite identificar no sólo sus efectos en cada uno de esos niveles, sino dar oportunidad de observar la operación del esquema igual/desigual, ya que estos operan (al menos en la sociedad diferenciada funcionalmente) de manera conjunta,<sup>129</sup> pues, una vez que se está en el ámbito de la inclusión, opera la forma igual/desigual.

115. En particular, al diferenciar entre los efectos en la sociedad y en los sistemas funcionales, se permite dar cuenta de (A) la semántica general de la sociedad sobre este esquema y (B) sus usos genéricos en los sistemas funcionales; además de poder especificar (C) su operación en el derecho. Atendiendo a estos términos, en este apartado se indican los sentidos genéricos de la distinción (A y B), y se señalan los aspectos relevantes de (C), aunque las consecuencias estructurales de esto último se desarrollarán en el capítulo siguiente.

#### **C.1. La forma *igual/desigual* en la sociedad**

116. El esquema igual/desigual forma parte de la una semántica que se ha establecido culturalmente, permitiendo las comparaciones (Luhmann, SS, 2006, p. 466-467). Anteriormente, “Las diferencias de los seres humanos no se perciben a través del esquema igual/desigual, sino a través de diversos derechos y deberes en la relación recíproca.” (Luhmann, SS, 2006, p. 550).

---

<sup>129</sup> Luhmann en particular, señalaría que en las organizaciones esto no funcionaría de manera que la igualdad fuera un programa condicional (Luhmann, OD, 2010b, p. 452).

Conforme la sociedad diferenciada funcionalmente se desarrolla, el esquema se vuelve relevante ya que los sistemas funcionales lo requieren internamente a fin de establecer lo que es comparable (los sistemas no se comparan con el entorno) (Luhmann, SS, 2006, p. 486). Al realizar esta operación la sociedad genera “la impresión” de ofrecer “posibilidades de inclusión a todos los seres humanos y la pregunta es tan solo como se condicionan y que tan favorables resultan. Lo cual quiere decir: como la igualdad (para todos) y la desigualdad resultan mediadas por el reconocimiento y el éxito.”, con la consecuencia de que la propia sociedad moderna termina por autoevaluarse haciendo uso de esta distinción (Luhmann, SS, 2006, pp. 491-492).

117. La diferenciación funcional de la sociedad requerirá el uso de la forma igual/desigual a la manera de principios de inclusión y derechos que se instalarán semánticamente como valores, pero cuya relevancia deriva de su capacidad operativa para los sistemas funcionales:

En el paso a la diferenciación funcional [...] se buscan (y se encuentran) nuevos principios de inclusión que toman los nombres de libertad e igualdad y la forma de derechos de ciudadanía o aun de derechos humanos. Libertad significa que la ordenación de las personas (ya no de las familias) en la sociedad no se determina socio-estructuralmente, sino se sustenta en una combinación de autoselección y heteroselección. Igualdad significa que no se reconocen otros principios de inclusión que no sean los establecidos por el sistema funcional mismo. Dicho de otro modo: únicamente los sistemas funcionales tienen el derecho de producir desigualdades debido a motivos internos (para ellos racionales, por tanto) de los sistemas. (Luhmann, SS, 2006, pp. 851-852)

118. Como puede observarse, la forma igual/desigual, al nivel de la sociedad tiene una operación más semántica, posibilitando de esta manera que los sistemas funcionales la usen de manera estructural. En su nivel semántico, podría producir favorecer la resonancia e irritación a través de otros sistemas y, en particular, de movimientos de protesta.

## **C.2. La forma *igual/desigual* en los sistemas funcionales**

119. La especificación de la forma igual/desigual en los sistemas funcionales requiere partir de la observación de que su funcionamiento deriva de su articulación con la inclusión/exclusión de cada sistema funcional, según se ha visto. La necesidad de facilitar

desde el inicio la observación de la interacción entre ambas distinciones dio lugar a que se adelantara el esquema propuesto previamente, no obstante, éste debería introducirse ahora.

120. En razón de ello, se recupera lo indicado antes: el esquema igual/desigual no opera en forma idéntica en los dos lados de la forma inclusión/exclusión. Por principio y, en general,<sup>130</sup> la operación de este esquema sólo se realiza por el sistema funcional del lado interno de la forma (inclusión), y en relación al nivel de operación que se realiza; pero podría observarse de ambos lados de la forma por el sistema abarcador. Dicho de otra forma, la forma igual/desigual del nivel funcional (v.g. el derecho) puede observarse en relación a problemas de *inclusión*, pero no respecto de los de la *exclusión*; sin embargo, sí pueden observarse tanto del lado de la *inclusión* como de la *exclusión* si el sistema que observa es el sistema abarcador (en el caso, la sociedad). No obstante, el sistema abarcador no tiene posibilidades operativas, pues la contingencia de la sociedad moderna requiere ser especificada como problema interno del sistema funcional.

### **C.3. La forma *igual/desigual* y los derechos humanos en la sociedad**

121. Al tener los derechos humanos una función en la sociedad diferenciada de su operación en el sistema funcional del derecho, es conveniente especificar algunos aspectos.

122. Previamente a la sociedad diferenciada funcionalmente, el orden jurídico no tenía un “concepto omniabarcador de igualdad”, por lo cual era “enteramente normal que las acciones prohibidas (en particular los hechos delictivos cometidos por los de más alto rango contra los de más bajo) se juzguen de modo distinto que en el caso contrario” y no era posible la reciprocidad o una ley del talión entre rangos distintos (Luhmann, SS, 2006, p. 550); de manera que no había una posibilidad de una semántica equivalente a la de los derechos humanos.

123. El paso hacia la sociedad funcionalmente diferenciada, si bien implicó el uso de la forma igual/desigual de maneras semánticas, estructuralmente no corresponde con las justificaciones que se usaron, pues (a) no es por la adscripción de una naturaleza al ser humano que los derechos

---

<sup>130</sup> Sería necesario considerar, por ejemplo, la forma de operación del esquema en la religión, cuya forma de operación de inclusión/exclusión es particularmente diferente.



humanos son requeridos por la sociedad, sino por (b) su operatividad para los sistemas funcionales. La sociedad, además de garantizarse así su propio funcionamiento, con estos derechos (c) mantiene bajo su designio la apertura de los sistemas funcionales a lo que pueda ser aportado por los seres humanos para su operación:

Todas las ventajas deben presentarse al sistema funcional desde el punto de vista de la igualdad, es decir, deben presentarse sin estructura —por ejemplo: la igualdad de todos ante el derecho con excepción de las diferencias establecidas por el sistema mismo del derecho. La función latente de estos derechos humanos no se halla, entonces, precisamente en honrar y ratificar ventajas que están dadas con la “naturaleza del ser humano”. Se encuentra, más bien, en que en la sociedad moderna no se puede predecir por principio en qué contextos sociales quién tiene que decir algo o aportar de alguna manera. Radica en mantener abierto el futuro contra toda determinación anticipada que pudiera provenir de alguna división o clasificación de los seres humanos (por ejemplo, de mayor o menor) y, ante todo, de las clasificaciones políticas. (Luhmann, SS, 2006, p. 852).

124. La posibilidad de que los derechos humanos provean de apertura a la sociedad, a través de sus sistemas funcionales, podría considerarse como una de las razones sistémicas por las cuales es a través de ellos, en la forma operativa de la forma igual/desigual, que se abordan problemas derivados de lo que ha quedado excluido en la inclusión/exclusión de la sociedad, de los sistemas funcionales o, incluso, de las organizaciones. En esa perspectiva es que las semánticas mediante las que opera la forma igual/desigual, adquieren una parte de su relevancia para la sociedad funcionalmente diferenciada, en particular, porque esas semánticas mantienen un formalismo que les permite operar al lograr especificarse en lo concreto:

Se ve de inmediato que los principios de inclusión, libertad e igualdad, no traicionan su forma específica. Se puede distinguir rápidamente entre libertad y falta de libertad y también distinguir al vuelo entre igualdad y desigualdad. Aunque la sociedad —en este plano de abstracción— realiza siempre los dos lados de la distinción simultáneamente. En lo concreto se debe entonces aclarar ante qué clase de falta de libertad se reclama libertad, y contra qué clase de desigualdad se pretende la igualdad. Los principios de inclusión (en particular los de la Revolución francesa) fueron proclamados como una especie de cheque en blanco abierto al futuro. (Luhmann, SS, 2006, p. 852).

125. Luhmann, incluso, referiría que la forma igual/desigual en el derecho servía de manera general a la sociedad, puesto que su extremo formalismo permite las operaciones internas de los sistemas y dinamiza al sistema global:

La forma de la igualdad es de un formalismo tan extremo, que se puede adaptar a la forma cambiante del proceso de diferenciación del sistema social. [...] En una sociedad diferenciada por funciones [...] Desigual es [...] aquello que debe ser tratado desigualmente en las operaciones internas de los sistemas para que ellos puedan cumplir con su función. La forma de la igualdad [...] es [...] la dinamización del sistema global por medio de la continua repetición de la pregunta: esto ¿es igual o desigual? (Luhmann, DS, 2005, p. 167-168)

126. Este formalismo que, por un lado, permite ahora la apertura para abordar las exclusiones, por otro, dada la falta de concreción original y su diferimiento al futuro, dio también lugar al desarrollo de ideologías:

Así por consiguiente no se han dejado realizar; en esta forma, un problema irresoluble solo fue diferido del presente al futuro. La concretización debió entonces efectuarse a través de ideas que recibieron —para esta función— el nombre de ideologías. Pero —dado que los principios no pueden determinar los pasos de la concretización— existe más de una posibilidad de ideologizarlos. (Luhmann, SS, 2006, p. 852).

127. Las ideologías, como ha referido Luhmann, ofrecen descripciones de la sociedad y programas de acción (Luhmann, TP, 1988a, p. 32), manteniendo ocultas sus paradojas. Sin embargo, el problema no es que éstas se puedan resolver, ya que toda autodescripción de la sociedad implicará su despliegue, ya sea como tautología o como paradoja, sino que se puedan ofrecer descripciones con sentido (Luhmann, TP, 1988a, p. 34).<sup>131</sup>

128. La relevancia de dar cuenta de los derechos humanos en el contexto de las formas inclusión/exclusión e igual/desigual, podría tratar de inscribirse en la idea de Luhmann de buscar transparentar la operación sistémica, dejando de lado, de momento, los problemas sobre la legitimación o no de esas operaciones,<sup>132</sup> y sobre su ideologización, en espera de revisar su operación semántica.

---

<sup>131</sup> "Since all self-descriptions of society are either based on paradox or on tautology, the problem is not to avoid paradox or tautology but to interrupt self-referential reflection so as to avoid pure tautologies and paradoxes and to suggest meaningful societal self-descriptions."

<sup>132</sup> "my proposal will be that in modern society [...] The problem is, rather, to improve on the transparency of the internal workings of functionally differentiated systems for themselves and for others. But if paradoxes are the crucial obstacles for observing systems, and if the ways in which systems treat their paradoxes produce transparencies and intransparencies as two sides of the same coin, then this issue has to replace the rather trivial topic of legitimation." This "may become not the solution of the problem and certainly not

#### **C.4. La forma *igual/desigual* en el derecho**

129. La forma *igual/desigual* es operativa, su expresión normativa es el principio de igualdad. En este trabajo se buscará mostrar que ha existido un desarrollo de este principio para integrarse como el derecho o principio a la no discriminación, y que, por tanto, en conjunto desarrollan normativamente la forma *igual/desigual*, como base operativa de los derechos humanos.<sup>133</sup> Algunas cuestiones se desarrollarán brevemente, atendiendo a que éstas tendrán un desarrollo mayor en el capítulo relativo a la evolución del derecho.

130. En este apartado se desarrollarán características generales de (a) la *forma igual/desigual* en el derecho, (b) del principio o *norma* de igualdad, y (c) aspectos relativos a la evolución y consistencia del derecho.

##### **C.4.1. Características de la forma *igual/desigual***

131. Luhmann señaló que la forma *igual/desigual* tiene una expresión normativa identificable como el derecho o el principio a la igualdad, sin embargo, aunque ambas operan en el sistema jurídico no funcionan igual. El esquema o forma *igual/desigual* “genera una demanda de criterios, pero él mismo no determina los criterios necesarios. La igualdad por sí misma no es ningún criterio de igualdad” (Luhmann, DS, 2005, p. 169), esto se debe a que la forma no es una referencia hacia un valor externo sino una operación autopoietica, basada solamente en “distinciones generadas internamente en el sistema” (Luhmann, DS, 2005, p. 171); es solamente una forma que permite reconocer, cognitivamente, qué caso es igual y qué caso es desigual.

132. La relevancia de esta forma radica en que da lugar al cierre operativo del sistema jurídico, pues, si bien las decisiones deben ser establecidas conforme el código y los programas, los casos se observan y argumentan atendiendo a esa forma, pues “se pueden considerar tanto iguales como desiguales”, de manera tal que genera “la integración recursiva de las decisiones anteriores

---

a new technique of self-legitimation, but at least an adequately differentiated way to produce descriptions.” (Luhmann, TQ, 1988b, p. 162)

<sup>133</sup> Con ello, se distanciaría la idea de los derechos humanos de una base conceptual indicada como dignidad humana.

y posteriores a la red del sistema: a esto precisamente llamamos la unidad operativa del sistema.” (Luhmann, DS, 2005, pp. 170-171).

#### **C.4.2. Características del principio de igualdad (norma)**

133. Por otro lado, con la forma “se puede transformar la igualdad en norma” (el principio), mediante la integración, para su uso simultáneo, de la distinción regla/excepción, de manera que 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.” Integrando esa distinción, se genera una asimetrización: la *forma* es simétrica, la *norma* asimétrica. (Luhmann, DS, 2005, p. 168).

134. Es necesario notar que ni la forma ni la norma establecen una preferencia por la igualdad o la desigualdad. (Luhmann, DS, 2005, pp. 167-168). La *asimetría* no significa una preferencia, sino una posibilidad operativa adicional. Así, salvo por la asimetría, la forma y la norma prácticamente operan de manera conjunta en un «isomorfismo».

134.1. La forma tiene una función específica: “es la forma y no la norma la que cierra el sistema [...] contiene todo, incluyéndose a sí misma” (Luhmann, DS, 2005, p. 168). La forma sólo opera cognitivamente para identificar que es igual y qué desigual.

134.2. La norma, con su asimetrización de regla/excepción, implica que: “El tratamiento de lo igual contiene en sí mismo una razón suficiente; lo desigual, en cambio, requiere fundamentación.” (Luhmann, DS, 2005, p. 168). Y tiene tal importancia que debe verse “el derecho-a-la-igualdad dentro del marco normativo general de los derechos humanos e incluso considerarlo como paradigma de esos derechos.” (Luhmann, DS, 2005, p. 171-172)

135. Isomórficamente, por así decir, la forma y la norma se actualizan operativamente en el sistema jurídico, y, conjuntamente con el código del derecho, permiten el enlace de las comunicaciones jurídicas, estructurando al sistema.

135.1. Sintéticamente, podría decirse que, ante un caso, el sistema jurídico, para poder determinar si éste es conforme a derecho o no conforme a derecho, de acuerdo a determinadas

normas, debe decidir si es igual/desigual a lo ya previsto, y si en función de ello requiere generar criterios nuevos (por ser desigual) o aplicar criterios previos (por ser igual).

135.2. No debería olvidarse en esto que, los casos son una forma en que los sistemas pueden abordar las situaciones que les son referidas desde el entorno, son una forma de irritarse. La posibilidad cognitiva de los sistemas implica que éstos observen al entorno en los términos propios del sistema, haciendo su propia construcción del mismo. De esta forma, mediante los casos se logra una duplicación interna de lo que se observa, permitiendo con ello su abordaje singularizado en los sistemas que trabajan con ellos, como lo es el jurídico:

se presume una situación social en la que la contingencia pueda duplicarse mediante la diferenciación sistémica. [...] los sistemas diferenciados pueden convertir los sucesos del entorno que les incumben en casos y tratarlos como tales. En forma de caso, las informaciones pueden sobrepasar los límites sistémicos y, mediante el agrupamiento así obtenido, convertirse en relevantes para el sistema. El sistema dispone para ello de métodos acreditados y canalizados mediante un posible *output*; sabe cómo hacer de un cadáver un suicidio, de un adolescente llevado ante el juez un delincuente objeto de las medidas pertinentes. El sistema considera, por tanto, los casos como una forma que controla los límites del tratamiento de la información, una forma de representación y reducción de la contingencia del entorno en el sistema. (Luhmann, Caso-CD, 2019, p. 148)

135.2.1. De esta forma, además, es posible que el sistema se abstraiga de las interdependencias del entorno (aunque en términos del entorno, o, mejor dicho, de un observador externo pueda considerar que no hay ningún caso que sea igual)<sup>134</sup> y, no obstante, se pueda indicar recursivamente la forma igual/desigual:

Un caso jurídico adquiere siempre su unidad en relación con determinadas partes del texto -que deben interpretarse-, y en relación a las partes cuyo conflicto requiere de una decisión. La decisión se basa en la posibilidad de delimitar el caso específico frente a otros casos, echando mano de reglas de decisión que a su vez puedan considerarse justas cuando seleccionan consistentemente entre casos iguales y casos desiguales. (Luhmann, DS, 2005, p. 289).

136. Una valoración muy relevante de Luhmann respecto de la operación de la forma y la norma igual/desigual es su indicación de que, “[c]on una mirada de mayor precisión se reconoce

---

<sup>134</sup> En ese sentido, indica: “los sistemas que trabajan de un modo casuístico proceden de manera selectiva al elegir los problemas, y no pueden ver ni ocuparse de todos los problemas que resultan de la considerable interdependencia entre los procesos relacionados con el entorno.” (Luhmann, C-CD, 2019, p. 150)

allí un programa de disolución de la paradoja”, pues a través de un truco lógico se permite manipular como norma a la forma: “El truco lógico (o el salto lógico de la paradoja hacia la asimetrización de una regla manipulable) consiste en interpretar la forma como norma.” (Luhmann, DS, 2005, p. 168). Esta afirmación es necesario situarla en relación a la paradoja de los derechos humanos (individuo/sociedad o individuo/derecho) que Luhmann señalara en otro momento, pues, da cuenta del punto de contacto de la forma que hace la transición entre la lógica operativa de los sistemas funcionales (forma igual/desigual), y la expresión semántica y normativa de dicha forma al interior del sistema jurídico.

#### **C.4.3. Aspectos relativos a la evolución y consistencia del derecho**

137. La igualdad/desigualdad es esencial para la evolución del derecho, ya que habilita las posibilidades de la comparación y la creación o reconocimiento de criterios específicos novedosos; lo cual no puede extrañar ya que, en último término, la forma igual/desigual es la fórmula de contingencia del derecho (la justicia) (Luhmann, DS, 2005, pp. 167-170):

Igualdad designa, por lo pronto, únicamente un concepto formal que connota y excluye la desigualdad. Sin embargo, en un siguiente desarrollo —que dio inicio con Aristóteles—, también se puede sujetar el otro lado de esta forma, es decir la desigualdad, al principio de la justicia, precisamente como exigencia de tratar los casos desiguales de manera desigual. Sólo así se complementa la fórmula del sistema, es decir, sólo así se hace relevante para todas las decisiones del sistema jurídico.” (Luhmann, DS, 2005, pp. 284-285)

138. De ahí, también, que la forma igual/desigual no sólo sea la que puede generar consistencia en el sistema jurídico,<sup>135</sup> sino que “representa el sistema dentro del sistema: no requiere razones adicionales.” (Luhmann, DS, 2005, p. 168).

139. En estos términos, dado que representa a la unidad del sistema en el sistema jurídico,<sup>136</sup> genera su consistencia, y permite su operación autopoiética, puede concebirse que el derecho

---

<sup>135</sup> “En una versión compacta: la justicia se puede designar como consistencia de la toma de decisión.” (Luhmann, DS, 2005, pp. 288-289)”

<sup>136</sup> Luhmann especifica en otro momento que el principio de legalidad sería una segunda forma como el derecho expresa su unidad, después del símbolo de la validez jurídica (Luhmann, DS, 2005, p. 167)

podría ser concebido como la operación sistémica de la forma igual/desigual.<sup>137</sup> No obstante, el derecho tiene problemas para la generación de su consistencia, pues, ésta se podría lograr:

si sólo existieran pocos tipos de decisiones. Sin embargo, ese no es el caso en las sociedades desarrolladas con todo un negocio jurídico plenamente diferenciado. Por eso, sólo se puede hablar de justicia en el sentido de una complejidad adecuada en la toma de decisiones consistentes (Luhmann, DS, 2005, p. 287).

140. La complejidad de la sociedad limita las posibilidades del derecho de ser consistente, estructuralmente le implica una falta de consistencia cuando cada rama o materia del derecho genera criterios que pueden ser incongruentes entre sí. Por ello, la posibilidad de la consistencia sólo puede considerarse como aquella compatible al “momento de la toma de decisiones”. La consistencia se puede lograr por la forma igual/desigual, pero, ante una pluralidad de *inviolable levels* en cada rama o materia jurídica, que distribuye el uso de esa forma bajo normas incongruentes, el derecho construye su propia complejidad, pero se encuentra limitado por esta misma y debe permanecer indiferente a aquello que no pueda procesar. El desarrollo de su consistencia depende de cómo puede observar su entorno, pero también de sus problemas internos de consistencia:

Lo adecuado de la complejidad resulta de la relación del sistema jurídico con el sistema social. En este sentido, se ha hablado también de “capacidad de respuesta” del sistema jurídico. Al interior de la teoría de los sistemas autopoieticos, el término preciso sería el de “irritabilidad” (perturbability, sensibilidad, resonancia). En su propia complejidad, el sistema jurídico no puede dar cuenta de todas las situaciones sociales. Tiene que reducir complejidad, como todo sistema en relación con el entorno, y proteger la construcción propia de complejidad mediante altos muros de indiferencia. Pero entonces, la reconstrucción interna del entorno puede resultar, no obstante, más o menos compleja. Sin embargo, tal complejidad interna sólo responde a la exigencia de justicia, en tanto sea compatible con la consistencia, en el momento de la toma de decisiones. (Luhmann, DS, 2005, p. 287)

140.1. Atendiendo a esto, la evolución del derecho a través de la forma igual/desigual, en la forma de los derechos humanos, esto es, en respuesta a las inclusiones/exclusiones, implica

---

<sup>137</sup> En esto no debe perderse de vista que la operación de la igualdad/desigualdad en el derecho es diferente a la de otros sistemas funcionales. En ese sentido, por ejemplo, Luhmann indica que “se debe distinguir entre utilización política o jurídica del principio de igualdad. La política exige que los seres humanos sean tratados como iguales. El derecho exige que los casos sean los que se traten como iguales.” (Luhmann, DS, 2005, p. 169).

directamente la evolución de su consistencia y, por tanto, de su “capacidad de respuesta”, de la posibilidad de resonancia del sistema.

140.2. Esto es particularmente relevante ante el hecho de que el derecho haya tenido una evolución con grandes divergencias a su interior (falta de consistencia) derivado de la forma como se logró su positivización, prescindiendo de considerar, por principio, la existencia de *inviolable levels* comunes que regularicen a todo el sistema jurídico en los aspectos de inclusión/exclusión de la sociedad,<sup>138</sup> pues el logro de la positividad se sustenta en la contingencia del derecho. En esos términos, sería necesario recordar que la generación de *inviolable levels* es posible atendiendo a las necesidades de la sociedad diferenciada funcionalmente, y en razón de la operación de la forma igual/desigual, en respuesta a las inclusiones/exclusiones en la sociedad.

141. En estos términos, la evolución de la operación de la forma igual/desigual tiene una relevancia fundamental para el sistema jurídico. En el hecho de que la forma se le pueda observar como programa condicional, como fórmula de contingencia, operación y enlace de comunicaciones jurídicas, o como consistencia y en la argumentación jurídica, permite situar que una simple evolución en su operación puede tener alcances relevantes para el sistema.

#### **D. SOBRE LAS SEMÁNTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS: SITUACIÓN EN EL SISTEMA DE LA POLÍTICA**

142. El sistema jurídico tiene la capacidad de generar prestaciones para otros sistemas sociales y para la sociedad en general. Se pueden considerar así las relativas a la solución de conflictos y la estabilización de expectativas que, de maneras preventiva, evitan esos conflictos, mediante pautas de comportamiento e, incluso, la producción de “libertades artificiales que pueden ser condicionadas por otros sistemas sociales; es decir, pueden ser limitadas según la manera de los otros sistemas”, de manera que, en forma genérica, sus prestaciones se les puede considerar como un efecto inmunológico. (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 214-221).

---

<sup>138</sup> Los principios generales del derecho hasta cierto grado tienen esta función, puesto que operativamente no existe un *derecho común* o un *derecho general*, sino solamente subsistemas jurídicos. En el ámbito internacional, sin embargo, sí se consideraba la existencia de un solo derecho internacional público y un derecho internacional privado, y algunos marcos jurídicos especiales, sin embargo, el proceso de diferenciación ha ido en incremento hasta llegarse ahora a hablar de la fragmentación del derecho internacional. (Comisión del Derecho Internacional, 2013).



142.1. Evidentemente, de todas estas prestaciones, es la producción de libertades y su especificación como derechos subjetivos la que tiene mayor relevancia, pues en ese marco se desenvuelven los derechos humanos. En particular, por la posibilidad de la imputación jurídica al Estado, comprendido éste como la unidad que se constituye por el sistema de la política y del derecho (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 477 y ss.); pues de esta forma como se terminan definiendo las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Este es el marco que parece posibilitar el reforzamiento de las capacidades de irritación en la política.

142.2. Sin embargo, el marco de los derechos humanos ha servido para una ampliación de la literatura en las ciencias sociales y las humanidades que los estudian, así como de producción artística y de configuración de criterios en los propios sistemas sociales a los cuales el derecho, desde los derechos humanos, genera prestaciones específicas de libertades y derechos. Así, no sólo el sistema de la política y los movimientos de protesta se nutren de ellos. Esto será un tema pendiente por revisar.

#### **D.1. Uso semántico de los derechos humanos en la política**

143. De acuerdo con Luhmann, la *función* del sistema de la política es “*mantener la capacidad de tomar decisiones que vinculen colectivamente*” (Luhmann, PS, 2009a, p. 154), sin embargo, esto no implica ningún tipo de decisión en particular, por lo cual es necesario que exista, más allá de esta *capacidad*, que se aplique a “un problema que la sociedad (con o sin política diferenciada) debe resolver” puesto que se debe “asegurar la vinculación colectiva más allá de la divergencia o fluctuación de opinión de los afectados.” (Luhmann, PS, 2009a, p. 156). De esta forma, si bien hacia el exterior la función de la política delimita respecto de otros sistemas al tener la *capacidad*, hacia el interior se hace necesaria una forma de abordar los problemas que “configura la comunicación política” (Luhmann, PS, 2009a, p. 157).

144. Esta delimitación se establece mediante la codificación del *poder* en la diferencia *gobierno/oposición*.<sup>139</sup> En donde la segunda es fundamental para comprender que los derechos

---

<sup>139</sup> De acuerdo con Luhmann, la codificación gobierno / oposición es una codificación secundaria que deriva de otra (superior / súbdito); logrando la codificación secundaria generar una reflexividad que permite una tecnificación de la operación del sistema político, pudiendo pasar quien era oposición a formar gobierno:

humanos sean usados de formas reivindicativas, puesto que, si bien, el enlace operativo de las comunicaciones en el sistema político se realiza mediante quien hace la función de gobierno, la reflexividad que posibilita el otro lado del código (la oposición) permite que se tematizen políticamente los temas no observados por el gobierno u observados de forma criticable. La oposición, en este sentido, depende del gobierno y debe cumplir una función crítica: “Cuando la oposición se posesiona de la ‘racionalidad’ entonces siempre tiene razón y hace aparecer la actividad del gobierno como un simple hablar sin consecuencias.” (Luhmann, PS, 2009a, p. 171)

145. Esta función crítica no podría realizarse plenamente si no se acude a la fórmula de contingencia, que corresponde a una idea de *bien común* y la *legitimidad*, en términos de la semántica que es posible usar en el sistema político para su operación. La comunicación política al tener como fórmula de contingencia al *bien común* no implica, *per se*, reivindicar los derechos humanos como este tipo de *bien*. De esto se podría ver una expresión en las discusiones sobre los problemas de preminencia entre la soberanía popular y los derechos humanos (y que en el ámbito constitucional actualmente se suele resolver indicando que los derechos humanos son una esfera *indisponible*<sup>140</sup>). Luhmann indica que “Para que el sistema afirme el bien común se necesita en cada caso de decisiones políticas que se muevan en el horizonte de la distinción entre intereses privados/intereses públicos”, puesto que “sólo en el sistema político” esta fórmula “se vuelve reflexiva” y por ello sólo este sistema puede “establecer los límites”, de manera que los derechos humanos se vuelven posibles de reivindicar cuando se observan como intereses públicos. En último término, estos límites deben entenderse como un problema de *legitimidad* (“en el sentido de que se expongan abiertamente las preferencias con las que se compromete la política”), ya que, señala, con el tiempo se ha dado la posibilidad de que se revierta lo que se considera privado o público (Luhmann, PS, 2009a, p. 182-183).

146. Así, aunque la referencia a la legitimidad “no contiene ninguna instrucción decisiva para resolver el conflicto de valores”, lo cual implica un espacio abierto para la toma de decisiones, puesto que la legitimidad “no tolera que se tome ninguna posición previa ni que se preestablezcan

---

“posibilita la ‘tecnificación’ del código en el sentido de que entonces la transformación de un valor en el otro se hace de manera automática y fácil” (pp. 171-172).

<sup>140</sup> Así, por ejemplo, en nuestra Constitución Política en la regulación de las consultas populares en el artículo 35, fracción VIII, numeral 3º, se indica que “No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución [...]”.

límites” (Luhmann, PS, 2009a, p. 183). Sin embargo, es en este esquema que, al establecerse constitucionalmente como fines del Estado (u *obligaciones generales del estado* en el ámbito jurídico) a los derechos humanos, se acotan también las posibilidades del funcionamiento de la legitimidad, en tanto aquellos puedan operar como garantía de la diferenciación funcional de la sociedad y esta operación pueda tematizarse semánticamente en la sociedad.

147. De ahí que, en la medida en que, más que el gobierno, la oposición identifique a los derechos humanos no sólo como límite de la operación de la legitimidad sino como valores que la orientan, la reflexividad del código se orientaría hacia una “inflación” de los derechos humanos. Eso ha operado, incluso bajo el hecho de que la legitimidad en último término consiste en “decidir, en caso de que en un futuro se llegara a un conflicto de valores, que es posible inclinarse en sentido contrario a alguno de ellos” (Luhmann, PS, 2009a, p. 183). En todo caso, una decisión en contra de los derechos humanos implicaría, atendiendo a la posibilidad de que se integren a través de ellos tanto la igualdad como la diferencia (mediante el derecho a la no discriminación), la necesidad de una justificación considerada legítima que vaya en general en contra de la semántica de la igualdad que predomina en las sociedades funcionalmente diferenciadas. Esta condición semántica, podría considerarse también en el marco de que, como indica Luhmann, el sistema político siempre tiene estructuralmente abierta la posibilidad de que se desconozca esa semántica:

Independientemente de los efectos vinculantes a largo plazo, como los que se siguen de los artículos básicos de la Constitución, el sistema político produce un desconocimiento de relativa corta duración debido precisamente a las elecciones políticas. Con esto el sistema garantiza que su futuro quede abierto y que las operaciones políticas no se puedan calcular: a ellas se podrá llegar tan sólo tomando decisiones. (Luhmann, PS, 2009a, p. 175)

148. Si esta semántica puede ser suficiente para mantener el funcionamiento estructural del sistema de la política podría considerarse en la medida en que se puede observar que los conflictos políticos se generan en la reproducción del “horizonte esquemático del código gobierno/oposición”, y cumplen una función de “integración”, y permiten evitar “que el conflicto se solidifique en la sociedad y que determinados grupúsculos se identifiquen siempre en todos los conflictos como enemigos” (Luhmann, PS, 2009a, pp. 187-188). El uso semántico de los derechos humanos parecería fundamentar en muchos aspectos la legitimidad basándose en la memoria

sistémica, atendiendo a que “no se trata de conflictos en absoluto sino [...] de conflictos que se alcancen a tematizar políticamente, es decir, comunicación controversial que circula únicamente dentro del sistema político”, los “conflictos tematizados hacen que se conforme la memoria del sistema” (Luhmann, PS, 2009a, p. 188).

149. De esta forma, en la medida en que los conflictos políticos sean tematizados en el código gobierno/oposición como conflictos de derechos humanos, estos adquieren una mayor legitimidad política y una operatividad sistémica (también a partir de la operación del derecho en tanto se vuelvan programas condicionales). En este sentido, el mecanismo para tomar *decisiones* que operen como programas finalísticos políticamente y que se incorporen, en la medida posible, como programas condicionales en el derecho sostienen una misma semántica de los derechos humanos en la sociedad.

150. Si semánticamente se pudiera decir que los derechos humanos tienen un «desafío» (lo cual no es así, puesto que esto implicaría un planteamiento teleológico y los derechos humanos son básicamente distinciones o formas operativas), podría decirse que está relacionado con los efectos agregados de las inclusiones/exclusiones de la sociedad diferenciada funcionalmente, en la sociedad mundial. En todo caso, puede decirse que operan desplegando su paradoja basal: la distinción individuo/sociedad; la que, por lo demás, sólo es una inapropiada forma de querer referir la unidad paradójica de la sociedad.

### CAPÍTULO 3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO

#### A. INTRODUCCIÓN

1. En este capítulo se buscará dar cuenta de los aspectos centrales de la situación del derecho y, en ese marco, de los derechos humanos, en la sociedad mundial, a partir de *autodescripciones autorizadas* del derecho internacional y de los derechos humanos.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> La elección de este tipo de autodescripciones responde a una acotación metodológica justificable por su pertinencia *teórica* y de *diseño*. *Teóricamente* se sustenta en que con ella se selecciona un tipo particular de autodescripción que puede calificarse como *autorizada* e implica un papel privilegiado en el acoplamiento entre el sistema político y el jurídico, en los términos que se indicarán posteriormente. Como parte del *diseño* de investigación, la revisión de estas autodescripciones resulta apropiada para evaluar el derecho internacional en su conjunto sin acometer la tarea imposible de evaluar todo tipo de autodescripciones que se desarrollan en el marco de este derecho.

En lo subsecuente, la principal fuente de información relacionada con el derecho internacional general, se constituirá por los trabajos de la *Comisión de Derecho Internacional*. No obstante, cuando se trate específicamente de las autodescripciones del *subsistema* de los derechos humanos, se usarán documentos provenientes de los *comités* (órganos de tratados) y de los *procedimientos especiales* (relatorías especiales, grupos de trabajo y expertos independientes) de derechos humanos de Naciones Unidas, o bien, de la *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* (OACNUDH).

La pertinencia institucional de la Comisión de Derecho Internacional se detallará más adelante, no obstante, de inicio se indica que operativamente esta instancia de Naciones Unidas desarrolla sus trabajos temáticos nombrando de entre sus miembros (especialistas en derecho internacional reconocidos internacionalmente y designados a título personal) a un Relator Especial que, con el apoyo de esa Comisión, desarrollará el tema específico, y presentará sus avances sobre los temas designados mediante informes ante los demás miembros de la Comisión, a fin de que estos discutan en sesiones de trabajo dichos informes y realicen las observaciones pertinentes. Una vez que se tiene un producto concluido, los resultados se ponen a la vista de los gobiernos de los Estados y otras instancias pertinentes, a fin de que, en su caso, también formulen observaciones. Posteriormente, el Relator Especial tomará en consideración las observaciones de los Estados, realizando, de ser necesario, propuestas para atenderlas, las cuáles serán discutidas en sesiones de trabajo de la Comisión y serán remitidos los resultados a un Comité de Redacción. Realizado el trabajo de este Comité, nuevamente se realizará la revisión de los nuevos resultados en sesiones de trabajo de la Comisión, donde, una vez que hayan sido revisados y aprobados, se enviarán a la Asamblea General de Naciones Unidas a fin de que ésta tome nota de los productos finales, se le solicite su difusión y encomiende su atención a los Estados y entidades pertinentes.

Puede constatarse que los trabajos y resultados de la Comisión de Derecho Internacional implica tanto un alto nivel de discusión por personas altamente calificadas y reconocidas en su "carrera" dentro del sistema jurídico, como una interacción con las instancias gubernamentales, lo cual es esencial en el derecho internacional por la función sumamente relevante de la necesidad del *acuerdo* explícito o implícito de los Estados (lo cual se abordará más adelante); además de dar cuenta de que el procedimiento seguido constituye un esfuerzo de refinamiento muy elaborado (selección/estabilización) al discutirse reiteradamente los temas y generar una alta especificación terminológica. Así, los resultados de la Comisión de Derecho Internacional, como autodescripciones, constituyen un marco privilegiado de observación para dar cuenta del estado y evolución del derecho internacional puesto que responden al acoplamiento estructural específico del derecho y la política en el ámbito internacional. Esto no elimina la impronta de cada Relator Especial designado para realizar los trabajos (como quizá llegue a constatarse más adelante), en todo caso, quizá también podría ayudar a observar acoplamientos entre los sistemas psíquicos y los sistemas sociales de la política y el derecho.

2. Se pueden introducir los alcances de este capítulo señalando que en el mismo se dará cuenta de la situación problemática que tiene el derecho de los derechos humanos en el derecho internacional, puesto que semánticamente tiene un lugar poco reconocido y quizás hasta rechazado, aunque simultánea y paradójicamente tenga un desarrollo estructural sumamente notable y cada vez más abarcador. En alguna medida, podría considerarse que ese poco reconocimiento o incluso rechazo hacia el derecho de los derechos humanos podría estar derivando justamente de su expansión y abarcamiento de otros ámbitos. Esta continua expansión de los derechos humanos dentro y fuera del derecho no parece ser vista sólo al interior del derecho con desconfianza o como anomalía, pues incluso se da en observadores externos del derecho.<sup>142</sup> Sin embargo, en todo caso, es relevante al interior del derecho por los efectos semánticos que genera, tanto de contención como de los avances que llegan a existir.

2.1. Por un lado, la dinámica expansiva de los derechos humanos se puede observar, en el derecho mundial, mediante el desarrollo de un ámbito, rama, materia, derecho o régimen específico, como parte del derecho internacional, es decir, como un subsistema específico. Evidentemente, esta dinámica es estructural. Esta dinámica puede constatarse, particularmente, a partir de los estudios en la Comisión de Derecho Internacional sobre la *fragmentación del derecho internacional*, y algunos otros desarrollos específicos. (Apartado B.)

2.2. Por otro, la dinámica que busca contener esa expansión pareciera ser de orden semántico, evitando el reconocimiento de los aspectos estructurales del derecho de los derechos humanos. Esta dinámica puede constatarse de manera sobresaliente en algunos de los estudios en la

---

<sup>142</sup> Como se ha señalado, Luhmann al inicio de los noventa del siglo pasado ya veía este proceso con cierta cautela indicándola como una *inflación* (Luhmann, DS, 2005 [1993], pp. 655-656; NI, 2014b [1993], pp. 98-99); y, aunque cada vez con menos suspicacia, esa reserva parece continuar en otras observaciones externas. Gert Verschraegen, comentando la idea de Dominique Clement de que existe una inflación de los derechos humanos, hace la observación de que la perspectiva de esa inflación, aunque en general se puede afirmar en términos simbólicos, difícilmente puede considerarse en términos operativos jurídicos, derivado de una “jurispathic violence” que “reduce la gama de apropiaciones aceptables del discurso de los derechos en la práctica institucional y luego sistemáticamente oscurece u ‘olvida’ la violencia legal [...] en nombre de esas circunscritas normas oficiales.” [“narrows the range of acceptable appropriations of rights talk in institutional practice and then systematically obscures or ‘forgets’ the legal violence [...] in the name of those circumscribed official norms.”] (Verschraegen, 2018, pp. 143-144). Sin embargo, el argumento central de Verschraegen va más allá al destacar que, finalmente, los derechos humanos tienen esa inflación por su versatilidad para ser vehículos de los diferentes reclamos sociales, así como de la posibilidad de que se estableciera operativa y semánticamente, dentro del derecho, la *indivisibilidad* entre los derechos, esto es, el que tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales puedan ser reclamados jurídicamente.

Comisión de Derecho Internacional, destacando el relativo a los *acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados*, según se verá. (Apartado C.)

2.3. Evidentemente, ambos niveles ponen en operación semánticas e implican estructuras, y no son distinguibles totalmente o en todo momento. Sin embargo, pueden observarse algunas líneas generales de reconocimiento que se buscará relevar.

3. Tras dar cuenta de ese doble nivel, será necesario especificar mediante una aproximación sistémica la evolución del subsistema del derecho de los derechos humanos en el derecho internacional, particularmente, dando cuenta de su clausura normativa y de su apertura cognitiva. (Apartado D.)

## **B. EXPANSIÓN ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

4. Los tres aspectos que se considerarán para situar la expansión de los derechos humanos giran en torno a la fragmentación del derecho internacional, a una “supraordenación” de los derechos humanos respecto del restante derecho, y a una ganancia de consistencia del derecho: (B.1.) La fragmentación permite indicar el hecho de que *existe* un subsistema específico en el derecho que se denomina derechos humanos, y que este derecho puede señalarse por la capacidad de este subsistema de establecer *decisiones* que sólo ese subsistema puede adoptar. Es decir, no hay otro sistema que puede adoptar dichas decisiones. (B.2.) La “supraordenación” deriva del hecho de que se puede identificar a las normas de derechos humanos como normas de distinto orden a las normas tradicionales del derecho internacional. (B.3.) Estas normas, por otro lado, requieren observarse en un contexto asociado a los *inviolable levels* que puede desarrollar el derecho, y que, como contenidos específicos, operarían como el trasfondo último de la consistencia del derecho, pues al funcionar sobre esa base la forma igual/desigual da coherencia a la variabilidad. (B.4) Sobre esa base, se observará la forma igual/desigual en la universalización.

### **B.1. Fragmentación del derecho internacional**

#### **B.1.1. Diferenciaciones internas del derecho**

5. El derecho de la sociedad se encuentra diferenciado respecto de otros sistemas funcionales de la sociedad gracias a su clausura operativa. Esta clausura se actualiza en cada

operación recursiva del sistema conforme a su código *conforme a derecho/no conforme a derecho*. Por ello, nada fundamenta al sistema más allá del propio sistema: se fundamenta a sí mismo. Esto debe considerarse válido tanto si se observan los derechos nacionales como el derecho internacional, y puede volverse difícil de observar en el marco internacional puesto que, como se verá, suele indicarse que su fundamentación deriva del acuerdo entre los Estados, es decir, con un sesgo político muy alto. Como consecuencia de ello, se suele privilegiar *semánticamente* la idea de que sólo cuando hay un reconocimiento explícito o tácito de una obligación entre los Estados es que se está ante una norma de derecho internacional. Con esta premisa termina por excluirse de la identificación semántica del derecho un amplio marco de derecho internacional problematizando entonces su reconocimiento.

5.1. Frente a esta situación, la estructuración del derecho en la sociedad mundial puede observarse en un marco más apropiado poniendo de relieve sus diferenciaciones internas, sus acoplamientos estructurales con otros sistemas, así como su relación con el entorno.

6. El derecho en la sociedad mundial se puede observar reconociendo que éste se integra tanto por los derechos nacionales como por el derecho internacional. En el ámbito de los derechos nacionales, estos tienen diferenciaciones al interior que suelen ser segmentarias en cuanto a sus objetos (o diferencias directrices), indicándose como derecho civil, penal, familiar, laboral, constitucional, administrativo, etcétera; y diferenciaciones que estructuran al derecho en general, como es la de legislación/jurisdicción. En el caso del derecho internacional, es posible observar que éste se divide en derecho internacional *público* y derecho internacional *privado*, siendo el primero el destinado a regular las relaciones entre Estados, y el segundo el destinado a regular las relaciones entre personas (individuos o personas jurídicas) en el ámbito internacional.

7. Al estudiar el derecho desde una perspectiva externa, el tipo de observación determina las diferenciaciones que se deben estudiar. Es necesario partir de “la hipótesis de que el proceso de diferenciación de un sistema requiere del desarrollo simultáneo de una diferenciación interna”, donde “diferentes formas de diferenciación no se excluyen mutuamente”. Así, al responder Luhmann sobre la diferenciación que “se le impone al sistema del derecho cuando se tiene que diferenciar en tribunales” y por “las formas de diferenciación interna del sistema del derecho”, refería que no era la distinción entre ramas (o campos) del derecho, puesto que “no alcanzan a



explicar por sí mismas las formaciones operativas en el sistema jurídico” (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 359-361).

A partir de estas disposiciones preguntamos por las formas de diferenciación interna del sistema del derecho. Esta pregunta no se puede contestar haciendo alusión a los diferentes campos jurídicos y a la transformación histórica de las diferenciaciones correspondientes. De aquí que no se trate de diferencias como las de derecho público/derecho privado, derecho administrativo/derecho constitucional, derecho de bienes/derecho de obligaciones; y mucho menos se trate de principios de división de la materia jurídica: por ejemplo el esquema del derecho romano persona/res/actio. Aunque divisiones semánticas de este tipo no se desarrollan independientemente del nivel de complejidad del sistema, con todo no alcanzan a explicar por sí mismas las formaciones operativas en el sistema jurídico. (Luhmann, DS, 2005, pp. 360-361).

7.1. Estas consideraciones iniciales de Luhmann resultan relevantes frente a las evoluciones de la sociedad por las cuales ha resultado la fragmentación del derecho internacional (según la cual existiría una diversificación de derechos que se han desarrollado internacionalmente sin una necesaria congruencia entre ellos), así como respecto del lugar que tiene en ello la operación de los derechos humanos en el derecho.

7.1.1. En relación a esa fragmentación, habría que ver que la diferenciación segmentaria entre materias o campos en el ámbito internacional, pareciera ser una consecuencia del tipo de acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema jurídico, como se desarrollará enseguida.

7.1.2. En relación a la función de los derechos humanos, además de responder a la misma dinámica de la fragmentación, parece estar relacionada con una evolución cognitiva del derecho en torno a problemas del entorno partiendo, inicialmente, de la distinción individuo/sociedad. Esto se tratará posteriormente al tema de la fragmentación.

8. En síntesis, puede considerarse que el problema de los derechos humanos en el derecho se puede situar en el marco de las distinciones: (a) fragmentación/unidad, al cual el sistema jurídico estaría evolucionando desarrollando semánticas y operaciones de *consistencia* (el cual se desarrolla en este apartado B); y (b) sistema/entorno, respecto del cual el sistema jurídico estaría evolucionando desarrollando capacidades cognitivas (el cual se desarrollará en el apartado D).

8.1. Como se ve, finalmente se trata tanto de la *unidad* del sistema como de la respuesta del sistema al *entorno*. Los apartados subsiguientes desarrollan estos dos aspectos del sistema jurídico desde una observación en el marco del derecho internacional.

### **B.1.2. Unidad y fragmentación del sistema**

9. La unidad del sistema jurídico no se logra por la consistencia interna del sistema, sino por su clausura operativa (Luhmann, DS, 2005, pp. 128 y ss.). Sin embargo, el derecho en la sociedad mundial tiene diferencias sustantivas respecto de otros sistemas funcionales cuando se observa la distinción internacional/nacional, pues, a diferencia del derecho, otros sistemas, como la ciencia, no pueden distinguirse en términos de nacionalidad.<sup>143</sup> Visto desde el interior del derecho, eso implica diferencias entre el derecho internacional y el derecho nacional. Algunas sustantivas derivan de que internacionalmente el derecho no cuenta con el mismo acoplamiento estructural que tiene con la política a nivel nacional para garantizar su implementación (mediante la violencia) al conformar la forma Estado (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 207-211, 343-347, 487-492); y, sobre todo, tampoco para que el establecimiento de normatividad, vía *legislación*, funcione como “mecanismo [...] de compensación del tiempo para la sociedad en su conjunto” ante “las situaciones novedosas de los otros sistemas [que] confrontan permanentemente a la política para que decida con celeridad” (Luhmann, DS, 2005, p. 494). De manera que ni siquiera la Asamblea General de Naciones Unidas tiene facultades legislativas.<sup>144</sup> Las normas que surgen lo hacen bajo una premisa voluntarista en el contexto de los tratados, actos unilaterales, o normas que se consideren imperativas, de derecho internacional consuetudinario o principios generales del

---

<sup>143</sup> Así, mientras que es posible indicar que existe esta diferenciación nacional/internacional, en otros sistemas funcionales no se podría decir lo mismo:

Todavía es posible, en nuestros días, tener sistemas jurídicos nacionales (si bien en el contexto de una unión internacional que se reconoce recíprocamente —con las reservas que impone el orden interno estatal; y con relaciones del “derecho internacional” —con las reservas de una ruptura del derecho). Por el contrario, resulta casi imposible pensar en ciencias nacionales o en sistemas económicos nacionales. (Luhmann, DS, 2005, p. 631).

<sup>144</sup> Así, como observadores internos del derecho, Gutiérrez y Cervell señalan que:

Aunque en Naciones Unidas [...] la Asamblea General puede adoptar resoluciones vinculantes para los Estados miembros en *materia de régimen interno* [...], el instrumento general de la Asamblea para hacer oír su voz es la *recomendación*; la práctica no ha hecho más que confirmar la ausencia de competencia legislativa de la Asamblea General. [...] En todo caso, algunas de sus resoluciones (las que implican Declaraciones) pueden singularizarse de las demás [...]. Las Declaraciones influyen en la conformación del derecho internacional (aunque no crean normas jurídicas) por su interacción con la costumbre y aun con los principios generales del Derecho. (Gutiérrez y Cervell, 2017, p. 232)

derecho; sin embargo, el reconocimiento de todas estas implica una validación por la voluntad estatal. Existe una “visión consensualista de la creación del derecho internacional” (Petrova, 2018, pp. 84 y ss.). Conforme se considera que una norma es validada por los Estados, y esto puede probarse, es que ésta va adquiriendo juridicidad y obligatoriedad. Estos aspectos se desarrollarán más adelante, en el contexto de la semántica de rechazo a los derechos humanos.

10. Como consecuencia del tipo de acoplamiento estructural a nivel internacional entre la política y el derecho, la sociedad se desarrolla en ese ámbito con una *ausencia* del derecho en múltiples aspectos, lo cual desemboca en autoorganización mediante la generación de formas jurídicas que pueden reconocerse como *derechos privados*.<sup>145</sup> Luhmann ya había especificado la posibilidad de que en la periferia del derecho se desarrollaran este tipo de regulaciones (dado que “la distinción de intereses legales/intereses ilegales” puede suspender su operatividad y con ello alterar la consistencia del derecho), y de que, no obstante, puedan identificarse como derecho en la medida que son parte de su periferia:<sup>146</sup>

Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia. Esto tiene validez para aquellas disposiciones que normalmente se señalan como “privadas”, a saber: la conclusión de los contratos. [...] Para la periferia no existe ninguna necesidad de decidir. En las periferias se pueden presentar intereses de cualquier índole e imponerlos con todos los medios disponibles, sin que importe la distinción de intereses legales/intereses ilegales. Precisamente por eso la periferia sirve de zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad: economía, vida familiar doméstica, política. Como secuela del derecho contractual prosperan numerosas formaciones de derecho producidas (frecuentemente de manera indirecta) de modo privado: el derecho interno de las organizaciones, acuerdos colectivos provisionales entre confederaciones de intereses y grandes organizaciones, interpretaciones generales sobre la regulación comercial, derecho de las condiciones generales de los negocios y cosas de este tipo. (Luhmann, DS, 2005, pp. 383-384).

10.1. Así, a nivel internacional los derechos privados incrementan su presencia de una manera que se muestra como independiente o autónoma, pese a que a nivel nacional la misma materia de

---

<sup>145</sup> A partir de estos términos podría considerarse la perspectiva desarrollada por Teubner (2005) sobre la constitucionalización social.

<sup>146</sup> Como se recordará enseguida, el sistema derecho se estructura internamente según la diferenciación interna centro/periferia, teniendo el lugar central los tribunales y el periférico las demás formas en que se desarrolla el derecho (en lo relevante para el caso: legislación y derechos privados).

la que tratan se presente ajustada dentro de los marcos jurídicos nacionales. De ello no podría inferirse la inversión a nivel internacional de la posición periférica (en la distinción centro/periferia) de esos derechos privados, de manera que ahora ese derecho periférico pase a ser central, pues, por un lado, incluso en esos casos el requerimiento de establecer entidades de resolución de controversias también se genera (con lo cual se vuelve a colocar en el centro la función judicial); y, por otro lado, los derechos periféricos aún requerirán articularse dentro de las estructuras del derecho internacional para ser reconocidas como parte de éste, y ser reconocidas en el marco del acoplamiento entre la política y el derecho.

11. Para comprender mejor esto, es necesario recordar que la distinción centro/periferia en el marco del derecho internacional tiene connotaciones específicas. Luhmann mostró el lugar *central* de los tribunales en el derecho a partir de dar cuenta de la importancia de la *decisión* como el elemento esencial del sistema que tiene lugar en esas organizaciones (Luhmann, DS, 2005, pp. 367-381). Las decisiones de los tribunales, sin embargo, tienen consecuencias más allá de la decisión tomada en el momento, en la medida en que se abre la posibilidad de que surja el derecho judicial (frente al derecho legislativo), y de que éste se genera mediante la aplicación de la forma igual/desigual. Con ello —como se ha referido previamente—, además de especificarse la aplicación de normas jurídicas, surgen nuevas normas y figuras jurídicas.<sup>147</sup> Así, mediante la aplicación recursiva de la forma igual/desigual se produce la *consistencia* del derecho.<sup>148</sup> Por ello,

---

<sup>147</sup> En relación a la misma función en el derecho internacional, Georgieva recuerda que se trata de una doble función de los jueces: resuelven los litigios y desarrollan el derecho internacional. Y este desarrollo lo considera, al menos, en tres aspectos: determinación de la “existencia de una norma internacional consuetudinaria”, llena “lagunas” o “silencios” del derecho existente, y crea derecho interpretando el derecho existente (Georgieva, 2018a, pp. 87-97).

<sup>148</sup> Resultan tan evidentes las funciones antedichas y la generación de consistencia o “coherencia” a partir de la jurisprudencia en el derecho, que Georgieva señala “para todo juez resulta poco atractivo empezar desde cero la resolución de un caso que presenta varias similitudes con otro ya resuelto en su jurisprudencia anterior y/o en la jurisprudencia anterior de otro juez internacional” (Georgieva, 2018a, p. 97). El derecho, al ser un sistema autopoiético nunca comienza “desde cero”, siempre enlaza con operaciones anteriores; de ahí lo problemático de las negaciones semánticas de la relevancia de la actividad judicial para la evolución del derecho. Sin duda, Georgieva indica de manera estructuralmente apropiada problemas y funciones de la actividad judicial internacional, y de igual manera lo lleva hacia el problema del *Estado de derecho internacional* (Georgieva, 2018a, pp. 105 y ss.), pues lo conduce hacia el acoplamiento estructural entre la política y el derecho; lo cual logra mediante una lectura política (externa) y jurídica (interna) del derecho. Sin embargo, deriva problemáticamente cuando no se logran observar las condiciones sociales estructurales de esta situación (i.e. la diferenciación funcional de la sociedad) y la clarificación del acoplamiento estructural referido, termina por indicarse solamente la necesidad de considerar como fuente del derecho a la actividad judicial internacional, dejando pendiente la problematización de problemas que surgen al observar los términos en que es posible la consistencia del derecho en una sociedad funcionalmente diferenciada y sus efectos de inclusión/exclusión ante su entorno.

independientemente de que se considere a los jueces como meros *aplicadores* de la ley, la historia de las decisiones con el tiempo refina las especificidades de las normas, determinando, por ejemplo, criterios prevalecientes o su margen de posibilidades de aplicación. Aunque socialmente la operación central de los tribunales es una *estructura* del derecho, y *semánticamente* a nivel nacional se ha dado un trato diferenciado de acuerdo a las tradiciones jurídicas de las que se abreve —mientras que en los sistemas de *civil law* es mucho más difícil que la jurisprudencia se considere como fuente de derecho (en buena medida derivado de una concepción de la división de poderes, dando un lugar absolutamente privilegiado a la legislación),<sup>149</sup> en los de *common law* es una situación ordinaria (Cfr. Petrova, 2018a, pp. 75 y ss.)—, los tribunales nunca dejan de desarrollar derecho. Sin embargo, a nivel *internacional*, el reconocimiento de esta estructura del derecho se complica aún más, como se referirá posteriormente.

12. Los derechos humanos, en particular, han tenido un origen tanto regional (sistema interamericano, sistema europeo y sistema africano) como mundial (sistema universal), teniendo los sistemas regionales instituciones reconocidas como tribunales y el universal un sistema de órganos de tratado que desempeñan las facultades jurisdiccionales respecto de los derechos reconocidos en cada tratado. Así, estos derechos han evolucionado, más que por la simple existencia de los tratados en que han sido originalmente establecidos, gracias al desarrollo de las interpretaciones jurisdiccionales internacionales que los han especificado.

13. En general, la fragmentación del derecho internacional ha evolucionado tanto por los tratados y órganos de solución de controversias, como derechos periféricos.<sup>150</sup> Sin embargo, tampoco puede olvidarse que los desarrollos periféricos son parte de la evolución del derecho sólo si el propio derecho los reconoce como derecho en sus autoobservaciones, independientemente de lo que un observador externo pueda considerar.<sup>151</sup> Al ser un sistema autopoietico, “[s]ólo el

---

<sup>149</sup> La constatación de la diferencia entre la operación estructural y semántica, por lo demás, resulta evidente para los propios operadores jurídicos. Georgieva, citando a Philipp Jestaz, subraya: “La jurisprudencia es una fuente del Derecho, pero es mejor no decirlo.”; y, retomando a Martin Shapiro, indica: “los jueces, en todas las sociedades, ‘deben negar que crean Derecho. Al hacer esto, los jueces ‘siempre mienten’ y estas mentiras constituyen ‘la naturaleza de su función judicial’.” (Georgieva, 2018a, p. 74).

<sup>150</sup> La idea de regímenes jurídicos neoespontáneos hace eco importante de este marco operativo (Cfr. Mascareño, 2007).

<sup>151</sup> Se recuerda aquí la cita del inicio de este documento, cuando Luhmann señala que: “una adecuada teoría sociológica del derecho [...] no debe equivocarse con respecto al objeto. Es decir: debe describirlo tal y como lo entienden los juristas. Su objeto es un objeto que observa y se describe a sí mismo. [...] De otro modo

derecho puede decir lo que es derecho.” (Luhmann, DS, 2005, p. 106). De ahí la relevancia de las autodescripciones y de su cualificación como autorizadas para dar cuenta de la fragmentación.

13.1. En el marco del derecho internacional, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) es una de las instancias de Naciones Unidas que permite la definición de lo que se considera derecho, pues esos son los objetivos con que específicamente se le facultó.<sup>152</sup> Además, sus funciones de codificación derivan directamente de la Carta de las Naciones Unidas<sup>153</sup> con objeto de fungir como espacio cuasi legislativo<sup>154</sup> (aunque no es la única instancia que tiene esta posibilidad). Por ello, en el marco de ese mandato, posee un lugar privilegiado para la especificación de la autoobservación del derecho y a partir de allí, de la posibilidad de establecer marcos semánticos para su consistencia y para su dogmática jurídica.

14. Esta forma de autoobservación autorizada<sup>155</sup> fue puesta en funcionamiento para comprender, y reaccionar ante las consecuencias de, la *fragmentación del derecho internacional*, la cual era vista con desconfianza, por lo que la Comisión autorizó su estudio en el año 2000:

---

habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y autodescripciones.” (Luhmann, DS, 2005, p. 70)”

<sup>152</sup> El artículo 1 del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional, aprobado en 1947 mediante la resolución 174 (II). *Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional* de la Asamblea General de Naciones Unidas, indica la función de codificación:

Artículo 1.

1. La Comisión de Derecho Internacional tendrá por objeto impulsar el desarrollo progresivo del Derecho internacional y su codificación.

<sup>153</sup> La Carta de las Naciones Unidas establece:

Artículo 13.

1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación;

<sup>154</sup> Puesto que, en todo caso, sus trabajos deben ser aprobados por los Estados, ya sea en tratados internacionales o al menos en resoluciones. El resultado más reconocido de la Comisión es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (suscrita en 1969 y vigente desde 1980). Cuando se establecen resultados que, al ser validados jurídicamente por los Estados, se consideran vinculantes para estos mismos, es reconocido como *hard law*; cuando simplemente resultan validadas mediante resoluciones por la Asamblea General de Naciones Unidas, dado que esta no tiene competencia legislativa, estas se configuran como normas jurídicas normalmente reconocidas como *soft law*, cuyo valor no sería necesariamente obligatorio.

<sup>155</sup> Como se aprecia, por autoobservación “autorizada” se indica a aquella realizada por una instancia facultada en las organizaciones internacionales (v. g. Organización de Naciones Unidas u Organización de Estados Americanos) para realizar tales autoobservaciones, y que incluso puede llegar a configurar las operaciones jurídicas. Por otro lado, es conveniente añadir que la indicación de ser una autoobservación calificada como “autorizada”, deriva también de ser esta la forma como ha sido adjetivada en las propias autoobservaciones. Así, por ejemplo, en la propuesta de la Comisión de Derecho Internacional aprobada

731. La Comisión tomó nota de que el último tema, a saber, «Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», era diferente de los demás temas que había examinado hasta el momento. No obstante, consideró que el tema abarcaba cuestiones cada vez más importantes en relación con el derecho internacional y que la Comisión podía contribuir a que se comprendieran mejor las cuestiones planteadas en ese ámbito. Además, la Comisión tomó nota de que el método y los resultados de su labor sobre ese tema, aunque no se ajustaban estrictamente a las formas usuales de codificación, entraban perfectamente dentro del ámbito de su competencia y estaban en consonancia con su estatuto. (CDI, 2000a, p. 139)

El cometido esencial de la Comisión es la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional (Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas) para fomentar la estabilización del derecho internacional y, por consiguiente, de las relaciones internacionales. Como la fragmentación del derecho internacional podría poner en peligro esa estabilidad y la coherencia del derecho internacional y su alcance general, el examen de esos problemas parece corresponder a la esfera de los objetivos que debe alcanzar la Comisión. Por ello, la Comisión debería buscar el medio de superar los posibles efectos perjudiciales de esa fragmentación. Como se indicará, la Comisión. (CDI, 2000b, p. 152)

14.1. El estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se concluyó en 2006 y fue un punto de partida nodal de la Comisión para el trabajo de los siguientes años y hasta la actualidad. A partir de esos momentos, la Comisión ha hecho un denodado esfuerzo para especificar las

---

para estudiar los *medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional* (Cfr. CDI, 2021a, pp. 213-214); en particular, los párrafos 32 y 33 indican:

Los órganos creados por Estados, por ejemplo los establecidos por tratados y a los que se han encomendado funciones específicas con arreglo a dichos tratados [...] pueden tener, dependiendo de la cuestión de que se trate, cierta autoridad en la determinación de las normas de derecho internacional aplicables (al menos en lo que se refiere a la interpretación de aspectos jurídicos que entran en su ámbito de competencia). Una consideración similar podría tener la labor de órganos jurídicos o de codificación de ámbito regional, como la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana, la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana [...], que están vinculados a Estados o a organizaciones creadas por Estados, si bien a nivel regional. [...]

De manera análoga, se *podría* considerar la labor de la Comisión [de Derecho Internacional] en el cumplimiento del mandato que le ha encomendado la Asamblea General de ayudar a los Estados a promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación de conformidad con el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas. [...]

En el mismo sentido puede verse el texto del proyecto de conclusiones con sus comentarios del informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario de la Comisión de Derecho Internacional, en que se indica que:

“[...] una determinación de la Comisión [...] puede tener un valor especial [...]. Ello se desprende del singular mandato de la Comisión, en tanto que órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, de la exhaustividad de sus procedimientos [...] y de su estrecha relación con la Asamblea General y los Estados [...]” (Cfr. CDI, 2018b, p. 155).

fuentes del derecho internacional y su interpretación, entre otros temas, los cuales permitirán observar el lugar que se asigna a los derechos humanos en el marco de las observaciones del derecho internacional de esa Comisión.

15. Luhmann no profundizó en la diferenciación segmentaria del derecho (en materias jurídicas), pues, como se ya se refirió, lo consideraba poco explicativo de la operación del sistema. En *El derecho de la sociedad* no le confirió un análisis sustantivo (ni remitió a trabajos previos), dejando tan solo algunas indicaciones en diversos apartados. No obstante, las materias corresponden al acoplamiento estructural con los demás sistemas funcionales de la sociedad. Así, en *El derecho de la sociedad*, tras analizar acoplamientos con la economía y la política, señala que “los sistemas funcionales autopoiéticos y la instauración de acoplamientos estructurales que incrementen las irritaciones [...] sólo pueden evolucionar de manera conjunta”, aunque esto se realiza sólo como “desarrollos estructurales coordinados”, no como sumatoria de ellos que dan lugar a un orden social, sino simplemente gracias a que “la irritación recíproca intensiva asegura el mantenimiento de una compatibilidad satisfactoria” (Luhmann, DS, 2005, p. 566). Esto aplica tanto para el marco nacional como para el internacional, sin embargo, internacionalmente el tipo de acoplamiento del sistema político y jurídico implica cierta primacía de los demás sistemas, respecto del jurídico, lo que conlleva un desarrollo de una semántica sobre la diferenciación centro/periferia, que tiene a menos la función de los tribunales. De ahí que cuando se habla semánticamente de la fragmentación derecho en materias, el problema estructural se refiera en buena medida a cada vez una mayor presencia de la operación de los tribunales y sus rendimientos, pues la diferenciación funcional de la sociedad simplemente está generando acoplamientos estructurales con el derecho a nivel internacional mediante la operación de los tribunales (e independientemente del papel que puedan llegar a tener los derechos periféricos antedichos).

15.1. Esto no resulta extraño si se recuerda el primado de la diferenciación funcional de la sociedad y con ello de la realidad de la sociedad mundial a partir de esta diferenciación antes que de aspectos *nacionales*, pues los sistemas funcionales operan independientemente de las nacionalidades, y si el derecho, por su acoplamiento estructural con la política, no tiene la posibilidad de operar en términos equivalentes (de manera que hasta ahora se mantiene con un acoplamiento más fuerte al nivel estatal-nacional), entonces la segmentación interna del derecho,



que permite su acoplamiento con los sistemas funcionales (por ejemplo, del derecho mercantil con el sistema económico), pareciera adquirir mayor prevalencia a nivel internacional, desarrollando las ramas del derecho de maneras aparentemente independientes. De ahí que no se trata de que el derecho se fragmente, en varios derechos, sino de que su inherente inconsistencia (como se indicó en el capítulo anterior) en una sociedad funcionalmente diferenciada se ha vuelto un problema creciente, requiriéndole al derecho su desarrollo internacional.

15.2. Así, el problema de consistencia se termina tematizando como un problema *reflexivo* sobre la *unidad* del sistema —de ahí la necesidad de que la Comisión de Derecho Internacional elaborara el informe sobre la fragmentación del derecho internacional—, y de que, tras constatar la existencia de la unidad del derecho (finalmente garantizada por su clausura operativa), se confirma la necesidad de considerar las formas como se mantiene y fortalece su consistencia o coherencia (particularmente, consideró, mediante las fuentes de derecho).<sup>156</sup> La Comisión, en sus conclusiones, señalaba:

La razón por la que la Comisión se ocupa de la fragmentación es que la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los llamados «regímenes autónomos (*self-contained regimes*)», y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en el derecho internacional. Los nuevos tipos de derecho especializado no surgen accidentalmente sino que tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales. La aparición del «derecho ambiental», por ejemplo, es una respuesta a la creciente preocupación por el estado del medio ambiente internacional. [...] El «derecho de los derechos humanos» pretende proteger los intereses de las personas [...] Cada conjunto de normas o «régimen» llega con sus propios principios, su propia forma de conocimientos especializados y sus propios valores, que no coinciden necesariamente con los valores de la especialización vecina. [...] Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general. Cuando esas desviaciones resultan generales y frecuentes, padece la unidad del derecho.

[...] esas desviaciones no aparecen como «errores» tecnicojurídicos. Reflejan los diferentes propósitos y preferencias de los sujetos en una sociedad plural (mundial). [...] Ahora bien, si bien la fragmentación es una evolución «natural» (de hecho, el

---

<sup>156</sup> Por otro lado, habría que recordar que esta no es la primera vez que el derecho se enfrenta a este problema. Ya antes ha tenido una situación con cierta equivalencia:

“se puede plantear, entonces, la pregunta hasta qué grado se puede asegurar la consistencia (o bien, la redundancia informativa) —en la Edad Media, por ejemplo, en la relación entre el derecho canónico, el derecho civil y las costumbres legales, en ausencia de una jurisprudencia unificada.” (Luhmann, DS, 2005, p. 237).

derecho internacional estuvo siempre relativamente «fragmentado» a causa de la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales que participaban en él), siempre ha habido también procesos compensatorios igualmente naturales que llevaban en dirección opuesta. Por ejemplo, el derecho internacional general se ha seguido desarrollando mediante la aplicación de la Convención de Viena de 1969, el derecho consuetudinario y «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». El hecho de que diversos tratados recojan normas de derecho internacional general y de que, a su vez, ciertas disposiciones de tratados pasen a formar parte del corpus del derecho internacional general es reflejo de la vitalidad y la sinergia del sistema y de la predisposición del derecho mismo a la coherencia. (CDI, 2013, p. 194)



Fragmentación  
del sistema

Consistencia del  
sistema

15.2.1. Es destacable que la reflexión del sistema sobre su unidad es un tipo de autodescripción que se puede encontrar fácilmente en el nivel de la teoría o la filosofía del derecho, pero difícilmente en el nivel de la dogmática del derecho (Cfr. Luhmann, DS, 2005, 61-70). El estudio sobre la fragmentación constituye, así, un tipo de documento muy particular, pues se trata de un estudio de carácter dogmático cuya pregunta es por la unidad del sistema jurídico mundial, y cuya respuesta parte de una descripción de la sociedad funcionalmente diferenciada.

15.3. No resulta extraño, tras el informe sobre la fragmentación en 2006 y en el contexto de la continuidad del desarrollo de las diferentes materias del derecho, la orientación de la Comisión para abordar los temas relativos a las *fuentes del derecho*, pudiendo así orientar la reintroducción de los problemas encontrados en búsqueda de la consistencia del derecho.

Tabla. Trabajos sobre las fuentes de derecho en la CDI

<b>Fuente<sup>157</sup></b>	<b>Tema</b>	<b>Periodo</b>
<b>Tratados<sup>158</sup></b>	Los tratados en el tiempo Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados	2008-2012 2012- 2018
<b>Derecho consuetudinario</b>	Identificación del derecho internacional consuetudinario	2012-2018
<b>Principios</b>	Principios generales del derecho	2018-
<b>Medios auxiliares: resoluciones judiciales y doctrina</b>	Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional	2021-

Fuente: elaboración propia.

15.3.1. No obstante, conviene recordar al problema de las fuentes del derecho como un espacio compartido en la pregunta sobre la unidad y la validez del derecho (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 597-599), donde tiene el rendimiento de evitar observar al derecho como sistema autopoiético y de preguntarse más allá del derecho para determinar la validez. Esto es relevante porque las fuentes funcionan como una puerta de entrada para lo que se pueda considerar derecho, de manera que en la medida en que algo no cruza dicha puerta, carece de tal reconocimiento (aunque se trate de la propia actividad judicial, calificada semánticamente de medio auxiliar):

Desde el punto de vista de la historia, esta concepción de validez como símbolo de la unidad del derecho, sustituye la pregunta por las fuentes del derecho [...] (Cfr. Luhmann, DS, 2005, p. 156).

La doctrina de las fuentes del derecho posibilita evadir la pregunta acerca de la naturaleza del derecho. [...] el concepto de fuente del derecho designa aquel punto en el que la autodescripción se detiene y no permite que se siga preguntando. [...] La metáfora de la fuente del derecho tiene la función de fórmula de contingencia en lo que respecta a la validez [...]. La metáfora fuente del derecho transforma una tautología en una secuencia de argumentación y permite que algo externo, artificial y contingente, aparezca a la mirada interna del sistema como natural y necesario. (Luhmann, DS, 2005, p. 599)

<sup>157</sup> Conforme al artículo 38 párrafo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>158</sup> El tema de los tratados, era el que usualmente se consideraba de manera más relevante: tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales (1982), los actos unilaterales de los Estados (2006), las reservas a los tratados (1993-2011), los efectos de los conflictos armados en los tratados (2011).

16. Ahora bien, comprender la consistencia como un problema del derecho de la sociedad, que ha implicado un profundo cuestionamiento en el marco del derecho internacional, se sitúa en la misma línea de identificar el lugar de los derechos humanos en el derecho de la sociedad; particularmente porque, como podrá verse, éste será un tema que generaría problemas relevantes para la comprensión de las fuentes (y de la validez), en donde incluso, compartirá ciertos aspectos con el tema de *ius cogens* (trabajado en la Comisión entre los años 2015 y 2022).

16.1. Hasta ahora, se ha planteado que la distinción individuo/sociedad supone una paradoja sobre la unidad de la sociedad, y que esta paradoja logra ser problematizada en el derecho a partir de las distinciones individuo/derecho, inclusión/exclusión e igual/desigual. Asimismo, que las ideas absolutas de libertad e igualdad pudieron reintroducirse, en el derecho, como derechos requiriendo para ello asumir su otro lado (igualdad/restricción e igualdad/desigualdad).

16.1.1. Aún queda pendiente especificar la operación que reconoce el derecho a la no discriminación mediante la distinción identidad/diferencia (y otras distinciones que, en el marco de los derechos humanos, serán relevantes, y se referirán posteriormente). Ésta habría podido usar la distinción de base identidad/diferencia para, en el marco de la forma igual/desigual, reintroducir colectividades (colectividad/sociedad) y fenómenos asociados a la población (población/sociedad). Al final, sin embargo, el derecho a la no discriminación se generará bajo la semántica de los derechos humanos originada en la distinción individuo/sociedad, pues esta es la distinción que se operativiza cuando se observa al derecho (y los demás sistemas funcionales) con el esquema inclusión/exclusión. En el marco de estas elaboraciones, el reconocimiento de esas diferencias (individuales, colectivas o poblacionales) se verán como no-irritabilidad (Cfr. Luhmann, SS, 2006, pp. 630-635) del derecho y de la sociedad. Estos aspectos se retomarán más adelante.

16.2. Los derechos humanos, en cualquier caso, como se ha señalado, interiormente evolucionan de la operación recursiva de la forma igual/desigual (aplicado a la relación individuo/sociedad), y esta misma forma es la que permite generar la consistencia de la sociedad, por lo cual, cualquier marco de consistencia en las diferentes materias (segmentos) del derecho, eventualmente requerirá considerar las evoluciones propias de los derechos humanos cuando se atiende a individuos (colectividades o poblaciones). Así, incluso, posiblemente el caso más evidente en que puede ser requerido un derecho humano en el derecho, en cualquiera de sus

segmentos, sea en la conceptualización del derecho de acceso a la justicia, que en sí mismo fundamenta los marcos básicos del funcionamiento de los tribunales. En estos términos puede observarse que el derecho a un recurso, como última forma de garantizar los derechos humanos, no es un derecho a recurrir ante una autoridad política sino ante una autoridad jurídica.<sup>159, 160</sup>

#### Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

##### Artículo 2.

[...]

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y *desarrollará las posibilidades de recurso judicial*;

---

<sup>159</sup> En el sistema interamericano (a diferencia del europeo) esto resulta aún más enfático, pues, mientras en Naciones Unidas el recurso quedó establecido sobre la base de orientarlo hacia la función judicial, con la frase “desarrollará las posibilidades de recurso judicial”, en el sistema interamericano quedó claramente establecido que el recurso es judicial (esto se comentará posteriormente de manera más amplia):

Convención Americana sobre Derechos Humanos

##### Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Esta diferencia inicial, sin embargo, ha sido definida claramente como un recurso judicial en el marco de Naciones Unidas por el Comité de Derechos Humanos, en su *Observación General No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto* (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párrs. 15 y ss.).

No obstante, en los trabajos preparatorios del Pacto, al discutirse el artículo 2.3, parte de la discusión versó sobre la naturaleza del recurso y el tipo de autoridad que debía garantizarlo, decantándose por la autoridad judicial, según se detallará posteriormente.

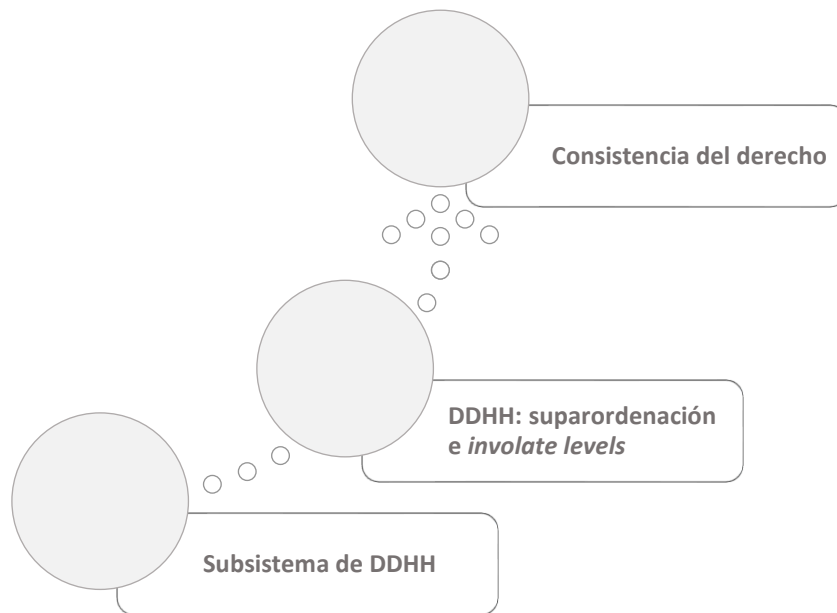
<sup>160</sup> Desde ahora es necesario adelantar que inicialmente no se ha concebido una protección igual entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, por lo que parte de la evolución del derecho de los derechos humanos tiende hacia el planteamiento de la indivisibilidad de ambos tipos de derechos y, por consiguiente, de sus formas de protección. En estos términos, el recurso judicial efectivo fue planteado inicialmente para los derechos civiles y políticos, y progresivamente se le ha ido comprendiendo como un recurso también para derechos económicos, sociales y culturales, según se verá.

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.  
(Cursivas propias)

16.3. Es el derecho el que dice *qué es el derecho* y, en estos términos, la operación del derecho escapa a una semántica contractualista. Es decir, deja de verse como solamente derivado de la voluntad de las partes; en todo caso, podría estimarse que la voluntad de las partes son las que necesitarán y requerirán de la operación del derecho. Como se refirió antes, la Comisión de Derecho Internacional no podía sino constatar que “la fragmentación es una evolución «natural»”.

16.4. Así, la consistencia del derecho, al parecer, más allá de toda semántica contractualista, ha implicado responder a dos tipos de problemas a nivel internacional: por un lado, los derivados de la diferenciación funcional de la sociedad, y, por otro, los derivados de lo excluido que puede ser reconocido como individuos u otras formas del entorno (colectividades o poblaciones) que se identifican en el marco de la no-irritabilidad. Y, aunque se pueden postular diferentes formas de lograr consistencia, como el recurso a los principios o a normas para resolver conflictos normativos, eventualmente se llega al problema de si hay algún tipo de norma que prevalezca sobre las demás.

17. Sobre esta base se revisará el lugar de los derechos humanos y su desarrollo en el derecho. Se buscará especificar los términos en que los derechos humanos proveen de un marco para lograr consistencia, y cuáles han sido los requerimientos específicos que está solicitando el derecho para esta segmentación. Esto se puede resumir en el desarrollo de: (a) mostrar las operaciones generales de los derechos humanos en el derecho para la consistencia, (b) señalar la clausura normativa específica en el derecho que se posibilita con los derechos humanos, y (c) la apertura cognitiva correspondiente. (d) Esto se mostrará en dos formas: en primer lugar, de manera general en el derecho, al establecerlos de forma supraordenada y, simultáneamente, como *inviolable levels*; y, en segundo lugar, como un subsistema jurídico de derechos humanos. La evolución que lleva a estos desarrollos y su reforzamiento se puede esquematizar conforme al siguiente diagrama, el cual permitirá comprender los desarrollos que continuarán:



## B.2. “Supraordenación” de los derechos humanos: objeto y fin de sus tratados

18. La supraordenación de los derechos humanos deriva de la evolución del propio derecho. El derecho internacional se concibe como un derecho formado a partir de sus fuentes:<sup>161</sup> tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho y medios auxiliares, donde suele tomarse como referente esencial de su formulación el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (el cual se referirá posteriormente). Estas fuentes, como se verá, tienen un sesgo voluntarista que se basa y deriva en una imagen fundamentalmente contractualista del derecho internacional, atendiendo a su conformación a partir de la relación entre Estados.

19. Ese voluntarismo contractualista implica que este derecho se erige sobre una base sinalagmática, esto es, que se corresponde entre las partes de derechos y obligaciones. Luhmann refería que los contratos originalmente ni siquiera tenían esta base, y que su evolución a concebirse como un “contexto jurídico de obligaciones” llevó miles de años. Sin embargo, éstas se

<sup>161</sup> Al recordar que las fuentes permiten evitar la atribución del origen del derecho a una fuente externa, se abre la posibilidad de observar el papel sustantivo de la recursividad del derecho en su propia evolución en lugar de basarse, por ejemplo, en una observación previa del capitalismo o de las tensiones o hegemonías internacionales. Así, frente a la idea de que el derecho es sólo un producto de otras relaciones (económicas o políticas), aunque sea a través de las fuentes, es posible concebir al derecho como autoproducido.

mantienen bajo una idea de relaciones de reciprocidad (Luhmann, DS, 2005, pp. 528-529). En el marco de los acoplamientos entre el sistema de la economía y el derecho, los contratos son esenciales.

19.1. Sin embargo, las relaciones de reciprocidad tuvieron una mayor evolución cuando fue posible y necesario el surgimiento de un mayor nivel de abstracción en las relaciones jurídicas, el cual se logró con el surgimiento de los derechos subjetivos, donde se ganó *indiferencia* entre las partes. Luhmann señala la importancia de esta indiferencia al indicar su papel en el nuevo tipo de acoplamientos estructurales necesarios *al inicio* del surgimiento de la sociedad funcionalmente diferenciada:

“El paso a una diferenciación funcional primaria del sistema de la sociedad requiere acoplamientos estructurales de un nuevo tipo en la relación de los sistemas funcionales entre sí, a saber: de acoplamientos que puedan tomar en cuenta la autonomía y la clausura operativa de los sistemas funcionales. [...]

[...] El sistema jurídico está igualmente obligado a reformular su relación con los sistemas de conciencia (y a embarcarse en los acoplamientos estructurales respectivos) cuando tiene que tomar en cuenta subsistemas diferenciados como la economía monetaria, familias privatizadas, organizaciones estatales políticamente programadas, etcétera.

El desarrollo moderno del derecho toma en consideración esto al abstraer la figura jurídica del derecho subjetivo, de las normas generales y socialmente fundadas de la reciprocidad. Con ello, la validez jurídica se convierte en algo independiente de las obligaciones de reciprocidad de tipo local que sobrepasan los contextos funcionales.

[...] la validez jurídica sólo permite condicionamientos por parte de la historia misma de la validez jurídica del sistema jurídico. [...] 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. (Luhmann, DS, 2005, pp. 552-554)

19.2. No es difícil ver que, así como las relaciones contractuales de reciprocidad dejaron de fundar todas las relaciones entre las partes correspondientes al nivel de la interacción personal, dando origen a una forma de interacción más abstracta fundada en los derechos subjetivos (y por esta vía a los derechos humanos), de igual forma en el marco de las relaciones interestatales ha sido cada vez más necesario dejar los marcos de la simple reciprocidad y transitar hacia un nivel más alto de abstracción e indiferencia entre las partes (ahora, los Estados), reconociéndose ahora, de igual forma para ello, a los derechos humanos.



19.3. Las relaciones de reciprocidad de derechos y obligaciones como marco principal de interacción aún mantiene una semántica jurídica de las relaciones entre Estados. Sin embargo, estructuralmente se está presentando el momento de adquirir un mayor nivel de abstracción cuando los derechos humanos se constituyen en normas de otro orden, normas que no están sujetas a las formas de interacción contractualistas, pues constituyen normas cuya referencia es más en relación a los sistemas funcionales que a los Estados (aunque la responsabilidad de responder se sitúe en los Estados), puesto que su abstracción permite los acoplamientos estructurales entre sistemas.

20. En el marco de los derechos humanos, esta situación es la que se reconoce cuando se indica que los tratados de derechos humanos son de una naturaleza distinta, puesto que, justamente, no son contractualistas. Para ello, las instancias jurisdiccionales de derechos humanos recurren, de entre las formas de interpretación de tratados, a aquella que les permite sustentar esta idea: la interpretación conforme al objeto y fin (u objeto y propósito) del tratado. Esto ha sido así reconocido tanto en los sistemas regionales como en el sistema universal de derechos humanos, lo cual no ha pasado desapercibido en las autodescripciones de la Comisión de Derecho Internacional.

20.1. En el informe de la Comisión sobre la fragmentación, se recuperó en términos de lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al subrayar éste la red de relaciones objetivas, más que subjetivas o recíprocas, y de igual forma se refirió en relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

130. [...] el principio de interpretación «dinámica» o teleológica está mucho más incorporado a la normativa de los derechos humanos que al derecho internacional general. Como bien se sabe, en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al aplicar un «tratado normativo» se debe buscar su objeto y propósito y no la interpretación que más limite las obligaciones de los Estados partes. Haciendo todavía más intenso el contraste con el derecho general, ha dicho que: “... a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] entraña más que simples compromisos recíprocos entre los Estados contratantes. Crea, además, una red de relaciones mutuas y bilaterales y de obligaciones objetivas.”

131. Al compararse con la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo ha establecido que «una diferencia tan esencial en la función y el propósito de los distintos tribunales [...] constituye un fundamento categórico para distinguir entre la

práctica del Convenio y la de la Corte Internacional». Que ello no es un aspecto idiosincrásico del Convenio Europeo de Derechos Humanos queda sugerido por las actitudes paralelas adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos. (CDI, 2021a, p. 35)

En su controversial comentario general núm. 24, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dictaminó que las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 «no son adecuadas para abordar el problema de las reservas a los tratados de derechos humanos. Esos tratados, y concretamente el Pacto, no son una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados...». (CDI, 2021a, p. 35n)

20.2. Por otro lado, puede observarse que, al tratarse el tema de las *reservas a los tratados* de derechos humanos en la Comisión de Derecho Internacional, aunque se realizó una distinción entre los alcances de una reserva (por la cual un Estado buscaría evitar la aplicación) de una norma de un tratado de derechos humanos, de acuerdo a si esa reserva era sobre una norma que a su vez contenía una norma de derecho internacional consuetudinario (o de *ius cogens*) o si esa norma sólo estaba contemplada en el tratado, se recordó, citándolo, que el Comité de Derechos Humanos (en su Observación General 31) había negado cierta posibilidad de establecer reservas:

basándose en las características particulares de los tratados de derechos humanos: “Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción.” (CDI, 2017, p. 236)

20.2.1. Incluso, aunque se cuestionan los alcances de la indicación del Comité, señalando que, en último término, lo importante es si la norma refleja una norma consuetudinaria o si se cuestiona una norma derivada del objeto y fin del tratado. Así, en todo caso, permanece la idea de que el objeto y fin es lo determinante.<sup>162</sup> Esta situación se complementa con la consideración de la Comisión en el mismo informe sobre la naturaleza específica de los tratados de derechos humanos conforme a la cual estos tratados implican una alta interdependencia interna de los derechos en ellos contenidos, siendo esto lo que caracteriza su objeto y fin:

---

<sup>162</sup> En concreto, se señala que: “una reserva a una disposición de un tratado de derechos humanos que refleja una norma consuetudinaria no libera en absoluto al Estado que formule la reserva de su obligación de respetar la norma en sí, por una parte, y que, concretamente, es muy probable que una reserva a una norma de esta índole (y con mayor razón si esta es imperativa) sea contraria al objeto y el fin del tratado en virtud de las normas generales aplicables, por otra.” (CDI, 2017, p. 236).

1) Las reservas a los tratados complejos que versan sobre una serie de derechos y obligaciones interdependientes plantean interrogantes particulares, pues resulta especialmente difícil determinar en qué momento esa interdependencia, que es la razón de ser del tratado, es puesta en entredicho por una reserva relativa a uno de sus elementos.

2) Es en materia de derechos humanos que las reservas a los tratados de este tipo, bien universales (como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966) o bien regionales [...], son más numerosas y han suscitado los debates más intensos sobre su validez. Teniendo en cuenta la abundancia de la práctica al respecto, la Comisión, en un principio, había dedicado un proyecto de directriz a las reservas a los tratados generales de derechos humanos. No obstante, habiendo tomado todo en consideración, la Comisión estimó que el problema se planteaba en los mismos términos en otros campos (por ejemplo, con respecto a los tratados de paz o las convenciones generales de protección del medio ambiente) [...] (CDI, 2017, pp. 242-243)

20.2.2. La Comisión, no obstante que posteriormente negó que fuera la naturaleza propia de los derechos humanos el factor generativo de este tipo de problemas para las reservas,<sup>163</sup> señaló los términos específicos referidos por el Comité de Derechos Humanos al establecer los alcances posibles de las reservas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de igual forma, la Comisión se hizo eco del hecho los parámetros habilitantes, establecidos por el propio Comité, de cierto margen para el establecimiento de reservas:

3) Con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos declaró en su Observación general n.º 24 que:

En un instrumento que enuncia un número muy elevado de derechos civiles y políticos, cada uno de los múltiples artículos, y, de hecho, su relación recíproca, garantizan los objetivos del Pacto. El objeto y fin del Pacto es el de crear normas jurídicamente vinculantes para los derechos humanos al definir determinados derechos civiles y políticos e insertarlos en un marco de obligaciones que son jurídicamente vinculantes para los Estados que lo ratifican; y proporcionar un mecanismo eficaz de supervisión para las obligaciones contraídas.

---

<sup>163</sup> “la particularidad de los problemas planteados por las reservas a esas convenciones no es que estas tengan por objeto proteger los derechos humanos, sino que tales reservas pueden afectar a la interdependencia que establecen y organizan esos tratados entre los diferentes derechos a que se refieren. La especificidad de dichos problemas se ha relacionado a menudo con el concepto de «tratados integrales e interdependientes», pero los tratadistas que adoptan ese enfoque reconocen que esa categoría no se limita únicamente a los tratados de derechos humanos. Por ello, no hay razón para apartarse de uno de los principios constantemente seguidos en la elaboración de la Guía de la Práctica y aplicar reglas distintas a las reservas en función del objeto del tratado, aun cuando sea en materia de reservas a los tratados generales de protección de los derechos humanos que la práctica es más abundante y esclarecedora.” (CDI, 2017, p. 243)

Esta posición, interpretada literalmente, conduciría a considerar inválida toda reserva general relativa a cualquiera de los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No es esa, sin embargo, la posición de los Estados partes, que no han formulado sistemáticamente objeciones a reservas de ese tipo, y el propio Comité no llega tan lejos, puesto que, en los párrafos que siguen a esa toma de posición de principio, expone de modo más preciso los criterios que aplica para apreciar la compatibilidad de las reservas con el objeto y el fin del Pacto; de ello no se deduce que, por naturaleza, una reserva general relativa a uno de los derechos protegidos sería, por ese solo hecho, inválida. (CDI, 2017, pp. 243-244)

20.2.3. Como puede observarse, pese a cierta circunspección para connotar alguna naturaleza específica a los derechos humanos que permitiera cualificar la especificidad de sus tratados, la Comisión reconoce una forma abstracta de derechos y obligaciones, es decir, no contractualista y fuera del marco de la reciprocidad entre partes.<sup>164</sup> Pese a este parámetro inicial, la propia Comisión debería reconocer posteriormente la naturaleza específica y, justamente, la caracterización de no reciprocidad de las obligaciones. Así, indica que existen “excepciones al principio general de la aplicación recíproca de una reserva entre su autor y las demás partes en el tratado con respecto a las cuales quede establecida”, y que éstas se dan:

en particular, en los casos en los que el restablecimiento de un equilibrio entre las obligaciones del autor de la reserva y del Estado o la organización internacional con respecto a los cuales quede establecida\* la reserva es innecesario o resulta imposible. Ello se debe fundamentalmente a la naturaleza de la obligación a que se refiere la reserva, al objeto y el fin del tratado o al contenido de la propia reserva.

[Como en] aquel en que la aplicación recíproca de la reserva queda excluida en razón de la naturaleza de la obligación a la que se refiere la reserva o del objeto y el fin del tratado —dos subcategorías por otra parte difíciles de distinguir—. Si el propio tratado no está basado en la reciprocidad de los derechos y obligaciones entre las partes, una reserva tampoco puede producir ese efecto recíproco.

---

<sup>164</sup> Un antecedente pertinente fue el realizado por la Experta Independiente Françoise Hampson, a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, donde concluye caracterizando dos tipos de relaciones implicadas en cuanto a la posibilidad de formular reservas a tratados de derechos humanos, estas relaciones son: una entre estados (reciprocidad de las partes), y otra entre los estados y los órganos encargados de la supervisión de los tratados de derechos humanos (relaciones de indiferencia de las partes o de objetividad):

Conclusiones

68. Hay dos relaciones diferentes que se deben examinar: la relación entre un Estado que formula una reserva y otro Estado Parte y la que existe entre un Estado autor de una reserva y el mecanismo de supervisión del tratado. (E/CN.4/Sub.2/2004/42, 2004, p. 23)

[...] Un ejemplo típico lo constituyen las convenciones relativas a la protección de los derechos humanos. El hecho de que un Estado formule una reserva por la que excluye la aplicación de una de las obligaciones que figuran en una convención de ese tipo no exime al Estado que la acepte de respetar esa obligación, en la medida en que la obligación de que se trate no sea recíproca, y ello a pesar de la reserva, es decir, en la medida en que esas obligaciones no se aplican en una relación interestatal entre el Estado autor de la reserva y el Estado que ha aceptado la reserva, sino simplemente en una relación entre el Estado y un ser humano.

Moderando [...] incluso si la naturaleza de la obligación o el objeto y el fin del tratado en su conjunto excluyen la reciprocidad de las reservas, pueden subsistir sin embargo elementos de reciprocidad en las relaciones entre el autor de la reserva y las demás partes en el tratado. (CDI, 2017, pp. 290)

20.3. El carácter específico de este tipo de connotación de los tratados de derechos humanos, aunque se circunscriba junto con otro tipo de tratados, también ha logrado observarse de manera muy específica en el marco de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre *Los tratados en el tiempo*. En este ámbito, el Presidente del Grupo de Estudio, Georg Nolte, presentó ante la Comisión una serie de conclusiones que caracterizaban los enfoques sobre la interpretación de los tratados, señalando justamente que la interpretación sobre la base del objeto y fin del tratado constituye una característica de las interpretaciones usadas en el derecho de los derechos humanos:

*Convencional* – Al igual que la Corte Internacional de Justicia, la mayoría de los órganos decisorios (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, tribunales del CIADI, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y tribunales penales internacionales) han seguido enfoques que en general tienen en cuenta todos los medios de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sin recurrir de manera ostensible, en mayor o menor medida, a ciertos medios de interpretación.

*Orientado al texto* – Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) han hecho hincapié en sus informes en el texto del tratado (el sentido corriente o especial de los términos del acuerdo) y se han mostrado reticentes a insistir en la interpretación orientada al fin del tratado. Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con una necesidad particular de seguridad y con el carácter técnico de numerosas disposiciones incluidas en acuerdos relacionados con la OMC.

*Orientado al fin* – Los tribunales regionales de derechos humanos, así como el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han hecho hincapié en muchos casos en el objeto y fin. Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con el carácter de las disposiciones

sustantivas de los tratados de derechos humanos que se ocupan de los derechos de la persona en una sociedad en evolución. (CDI, 2011, pp. 302-303)

21. Sin duda, se puede indicar que semánticamente esto tiene un efecto de hacer ver a los tratados de derechos humanos como tratados supraordenados respecto de los demás tratados, puesto que mientras los demás se constituyen por normas basadas en relaciones sustentadas en la *subjetividad* (por así llamarle) y reciprocidad de los Estados, los de derechos humanos se basan en relaciones *objetivas* o no recíprocas. Conforme a los términos de Luhmann, en cambio, simplemente se indicaría que son relaciones en el contexto de la sociedad diferenciada funcionalmente que facilitan los acoplamientos estructurales entre sistemas. Se trataría, así, más del establecimiento de relaciones que están más allá de la reciprocidad de los Estados y que, a su vez, les permitirá a los diferentes sistemas coordinar sus evoluciones mediante las irritaciones recíprocas. La forma semántica de referir este tipo de obligaciones no fundadas en la reciprocidad puede denominarse *naturaleza del tratado* o *interpretación del tratado conforme a su fin y objeto*. En realidad, ambas formas cumplen la misma función de abstracción respecto de las relaciones recíprocas entre los Estados.

22. La “supraordenación” ganada por la *objetividad* de las obligaciones de los Estados, más allá de las obligaciones recíprocas de estos, sin embargo, no implica *per se* la definición de *inviolable levels* (y en esos términos también es posible comprender que haya otros tratados que hagan surgir ese tipo de relaciones), pero sí supone un espacio basal para el surgimiento de dichos *inviolable levels*. Mientras las relaciones son sinalagmáticas, la contingencia de los valores es mayor, puesto que quedan sujetas a la voluntad de las partes. En el momento en que se estabilizan por indicarse como un marco objetivo igual para todas las partes, y que ya no puede quedar sujeto a su conformidad, consentimiento o acuerdo, entonces es posible que la evolución del derecho tome un curso más estabilizado y que pueda ir definiendo *inviolable levels* cada vez más racionalizados (refinados). Es decir, este sería el momento en que se estarían estableciendo las condiciones operativas para la identificación de una “supraordenación” en el derecho.

22.1. Con el objeto de no referir *inviolable levels* en dos momentos —en el marco general del derecho como “supraordenación” y posteriormente en el derecho de los derechos humanos—, se considerará en este apartado una discusión propia del derecho de los derechos humanos (por lo cual podría haber sido expuesta en el siguiente apartado), pues mediante esta exposición, además

de articularse con el tema sobre la naturaleza de los tratados de derechos humanos o su interpretación conforme a su objeto y fin, da cuenta de los alcances que la supraordenación o *inviolable levels* llega a tener, también en relación al derecho en general.

### **B.3. Inviolable levels**

23. En principio, es posible concebir una diversidad de niveles entre las normas. Esta diversidad de niveles, sin embargo, en último término, pueden considerarse como asimetrizaciones en distinciones que señalan cuál es el lado favorecido en una distinción.

24. En el marco de los derechos humanos, la primera asimetrización a la cual se refiere la idea de la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos o de la interpretación conforme a su objeto y fin, puede considerarse como la distinción derechos humanos/otros derechos<sup>165</sup>, y que ha podido tematizarse semánticamente, por ejemplo, como derechos fundamentales/derechos patrimoniales (Ferrajoli).

#### **B.3.1. Derechos humanos / derechos patrimoniales (indisponibles/disponibles)**

25. El garantismo jurídico, como forma de autoobservación del derecho, ha planteado una distinción derechos fundamentales/derechos patrimoniales.<sup>166</sup> Al establecer esta distinción, ha generado la posibilidad semántica de referir dentro del derecho dos formas diferenciadas de concebir tanto la naturaleza de los derechos como las posibilidades de que el derecho reaccione ante ellos (es decir, dos formas de garantizar el derecho de *acceso a la justicia*).

---

<sup>165</sup> Dada la idea de supraordenación, no resulta extraño que esta distinción pueda parecer equivalente a la distinción que opera en relación al derecho constitucional. Así, Luhmann señalaba:

El sistema jurídico considera, con toda razón, que la Constitución es una ley válida que debe interpretarse y aplicarse. Desde el punto de vista jurídico, entonces, la innovación reside en el carácter positivo de esta ley, en la incorporación al derecho positivo de la diferencia entre el derecho constitucional y otro derecho. En particular, esto resulta también válido para las reglas de colisión, lo mismo que para cualquier prohibición en lo relativo a las modificaciones. (Luhmann, DS, 2005, p. 543-544)

<sup>166</sup> Ferrajoli posteriormente añadiría a los derechos colectivos, como derechos de otro orden. No obstante, como se ha indicado previamente, estos derechos también se consideran como derechos humanos, y se parte en este análisis del hecho de que, finalmente, quedan dentro de un campo de no irritabilidad, el cual se aclarará posteriormente.

26. Aunque la semántica permita identificarlos como derechos humanos o patrimoniales, el hecho sociológico subyacente se refiere a la naturaleza contractualista, de reciprocidad o subjetivista de unos derechos frente a la abstracción objetivista de los otros, no recíproca. En términos semánticos, esto ha podido ser identificado con la distinción: *derechos disponibles / derechos indisponibles*; donde los derechos humanos son derechos indisponibles y los derechos patrimoniales son los derechos disponibles.

27. Siguiendo el planteamiento *garantista* de Ferrajoli, entre ambos tipos de derechos existen cuatro tipos de diferencias. Estas son:

<b>Derechos humanos (indisponibles)</b>	<b>Derechos patrimoniales (disponibles)</b>
Son universales: todas las personas son titulares.	Son singulares: sólo personas en lo particular son titulares, con exclusión de las demás.
Son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, son inconsumibles.	Son disponibles, negociables, alienables, consumibles.
Son normas (normas téticas).	Son predispuestos por normas (normas hipotéticas).
Son normas sobre relaciones verticales: entre personas y el Estado. Donde las obligaciones resultantes son del Estado.	Son normas sobre relaciones horizontales: entre personas. Donde las obligaciones resultantes son bilaterales, entre las personas.

Fuente: Elaborado a partir de Ferrajoli (2006, pp. 45-50)

28. Estas distinciones en la forma de concebir los derechos implican también una distinción en la forma como se ha regulado el *acceso a la justicia*, esto es, la reacción del derecho frente a esos derechos, por lo cual el Comité de Derechos Humanos y los tribunales han requerido justificar la naturaleza especial de los tratados.

29. La existencia en el sistema jurídico de esta distinción (entre derechos humanos y derechos patrimoniales, o indisponibles/disponibles) y de sus exigencias específicas para el acceso a la justicia se ha desarrollado con independencia de la semántica *garantista*, incluyéndose directamente en los tratados de derechos humanos. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el acceso a la justicia para los derechos disponibles quedó conceptualizado en el



artículo 14.1 (del 14.2 en adelante se considera específico del derecho penal),<sup>167</sup> y el acceso a la justicia en el artículo 2.3.

Acceso a la justicia	
Derechos indisponibles	Derechos disponibles
<p>Artículo 2. [...] 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:</p> <p>a) Toda persona cuyos <b>derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto</b> hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;</p> <p>b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;</p> <p>c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.</p>	<p>Artículo 14 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella <b>o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil</b>. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.</p> <p>2. [...]</p>

30. Esta diferencia ha evolucionado en los estándares de derechos humanos aplicables para cada tipo de derechos y de acceso a la justicia (aunque, cabe señalar, en el derecho internacional de los derechos humanos no ha sido igual en el marco del sistema universal que en los regionales).

31. En el sistema universal ambos tipos de acceso a la justicia se desarrollan en las observaciones generales 31 (relativa a los alcances del artículo 2 del PIDCP) y 32 (sobre el artículo

<sup>167</sup> Entre las divergencias interpretativas de los sistemas universal y regionales, se puede identificar, por ejemplo, que en el ámbito interamericano cláusulas penales se han considerado extendidas para otras materias jurídicas. Asimismo, se han establecido una mayor interacción entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales son los artículos equivalentes a los aquí discutidos sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

14 del PIDCP) del Comité de Derechos Humanos. En la primera se indican estándares propios de los derechos indisponibles, y, en la segunda, de disponibles, pero, en cualquiera de los dos casos se parte de la identificación específica de los derechos en juego: por un lado, los derechos reconocidos en el Pacto, es decir, indisponibles; y, por otro, los derechos de carácter civil o disponibles.

<p align="center"><b>Observación General 31.</b> <b>Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (indisponibles)</b></p>	<p align="center"><b>Observación General 32.</b> <b>Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (disponibles)</b></p>
<p>15. En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que, además de proteger eficazmente <b>los derechos reconocidos en el Pacto</b>, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar <b>esos derechos</b>. [...]</p>	<p>16. El concepto de la determinación de derechos u obligaciones “<b>de carácter civil</b>” (“<i>in a suit of law</i>”/“<i>de caractère civil</i>”) es más complejo. Este concepto se expresa con fórmulas distintas en las diversas versiones lingüísticas del Pacto, que, según su artículo 53, son igualmente auténticas, y los <i>travaux préparatoires</i> no resuelven las discrepancias entre los textos en los distintos idiomas. El Comité observa que el concepto de “derechos u obligaciones de carácter civil”, o su equivalente en otros idiomas, <b>se basa en la naturaleza del derecho de que se trata</b>, más que en la condición jurídica de una de las partes o en el foro que señalan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales para la determinación de derechos específicos. <b>Se trata de un concepto que abarca: a) no sólo los procedimientos para determinar los derechos y las obligaciones relativos a los contratos, la propiedad y los perjuicios extracontractuales en derecho privado, sino también b) las nociones equivalentes de derecho administrativo, como el cese en el empleo de funcionarios públicos por motivos no disciplinarios, la determinación de las prestaciones de la seguridad social, los derechos de pensión de los soldados, los procedimientos relativos al uso de terrenos públicos o la apropiación de propiedades privadas. Además, este concepto puede abarcar c) otros procedimientos que deben determinarse caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate.</b></p>

31.1. Una consideración sobre la distinción disponibles/indisponibles en el marco de acceso a la justicia en el sentido de parecer muy estricta, en función de casos con una interrelación muy fuerte de ambos tipos de derechos, no diluye la distinción; permite considerar el tipo de

articulaciones que entonces se desarrollan cuando, por ejemplo, en el sistema jurídico mexicano se establece el control de constitucionalidad o convencionalidad difuso, donde tribunales originalmente establecidos para controversias civiles deben desarrollar criterios para atender situaciones de derechos indisponibles.

31.2. El sistema interamericano ha presentado otras variaciones dado que se mantienen de manera muy cercana las consecuencias jurídicas que derivan de ambos tipos de derechos en cuanto al acceso a la justicia, aunque en interpretaciones recientes puedan mantener más aproximación con el sistema universal (Cfr. Ibañez, 2019). En cualquier caso, siempre se mantiene clara la distinción derechos humanos/otros derechos o indisponibles/disponibles.

32. Si por un lado se ha podido señalar la distinción, un reconocimiento semántico (Ferrajoli) y otro estructural (los derechos de acceso a la justicia establecidos en el Pacto y su interpretación por el Comité), aún es posible señalar otros aspectos, como es, por ejemplo, cómo se relaciona esto con situaciones en que el mismo elemento pueda ser considerado tanto como derecho indisponible como derecho disponible. Para estos efectos pueden señalarse el *derecho al agua* y el *derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)*. En estos casos es posible observar la interacción entre las dos formas de observación que se posibilitan para el sistema jurídico por esa distinción: el agua puede observarse como bien protegido como derecho humano y, también, como un bien que puede ser objeto de comercio; los derechos de autor son protegidos como derecho humano y también como derechos patrimoniales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas estableció para ambos casos, en sus observaciones generales 15 y 17, la prevalencia de los derechos humanos sobre los derechos patrimoniales, y la referencia a que la protección en cuanto a derecho humano no se extiende para todos los efectos como derecho patrimonial.

32.1. En relación al derecho al agua, la Observación General 15 se basa en el hecho de que el agua es tanto un bien que satisface necesidades humanas como puede ser objeto de transacciones. A partir de ello, establece como estándar que su uso protegido como derecho humano es fundamentalmente para uso personal y doméstico, por lo cual no podrían quedar comprendidos casos de acceso al agua para empresas como cerveceras; de manera que, en caso

de competir por el agua un grupo de población y una empresa, el agua debe destinarse en primer lugar para el uso personal y doméstico de la población.

	<b>Derecho al agua</b> (Observación General 15 del Comité DESC)
Prevalencia como derecho humano	11. [...] El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico.
Protección como derecho humano no extensiva a su aspecto de derecho patrimonial	<p>2. El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible <b>para el uso personal y doméstico</b>. [...]</p> <p>6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse un medio de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). <b>Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos.</b> También debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.</p> <p>12. [...]</p> <p>a) <i>La disponibilidad.</i> El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente <b>para los usos personales y domésticos</b>. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. [...]</p>

32.2. En relación a los derechos de autor, se distingue entre los derechos de autor y los derechos de propiedad intelectual, no sólo en cuanto a su naturaleza y objetivos, sino en cuanto al tipo de protección de intereses materiales, pues para los derechos de autor se refiere a los “intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado”, por lo que esta protección no puede llegar hasta resguardarse en los mismos términos “los intereses e inversiones comerciales y empresariales” de la propiedad intelectual. Así, si una empresa reclama un perjuicio económico por la vulneración de propiedad intelectual de la cual es titular, no tendría el mismo tipo de protección que la persona autora.

	<b>Derechos de autor/Propiedad intelectual</b> (Observación General 17 del Comité DESC)
Prevalencia como derecho humano	1. El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones [...] de que sea autora es un derecho humano, que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona. <b>Este hecho distingue el derecho consagrado en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 y otros derechos humanos de la mayoría de los derechos legales reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual.</b> Los primeros son derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto.
Protección como derecho humano no extensiva a su aspecto de derecho patrimonial	2. En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son generalmente de índole temporal y <b>es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros.</b> Mientras que en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual los derechos de propiedad intelectual, a menudo con excepción de los derechos morales, <b>pueden ser transmitidos y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia,</b> los derechos humanos son la expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana. <b>Mientras que el derecho humano</b> a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas propias <b>protege</b> la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como <b>los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales.</b> Además, el alcance de la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales.  3. Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15. [...]

33. Referir semánticamente la naturaleza de los derechos o de los tratados de derechos humanos, corresponde así a una distinción que da cuenta de un tipo de relaciones no contractualistas que entran en conflicto con un derecho que semánticamente se concibe de manera contractualista (sobre este conflicto se abordará más adelante), dado que implica una “supraordenación” de los derechos que se pueden considerar como indisponibles.

34. Esta “supraordenación” de los derechos humanos colocándolos como *inviolable levels* tiene un efecto específico *no registrado* en la semántica del derecho internacional desarrollada en las autodescripciones de la Comisión de Derecho Internacional, puesto que en la fragmentación del derecho internacional a los derechos humanos se les identificó solamente como un caso más de excepción a una regla. En general, el informe sobre la fragmentación fue establecido sobre la base de la distinción regla/excepción, donde se asume el derecho internacional general como regla y los derechos generados como excepción, o bien, como derecho general y derechos específicos. Esto resulta apropiado hasta el punto en que se puede indicar que los derechos humanos también constituyen un subsistema del derecho, pero no en cuanto a que los derechos humanos se están “supraordenando” en el derecho<sup>168</sup> (esta supraordenación es la principal causa de conflicto en el derecho con los derechos humanos), y para dar cuenta de esta situación no es suficiente con formas jurídicas como las normas *erga omnes* o las normas *ius cogens* (de las cuáles se referiría más adelante), aunque se podría argumentar que la supraordenación tiene una base en el artículo 1, párrafo 3, de la Carta de Naciones Unidas.<sup>169</sup>

34.1. A nivel nacional es posible observar Estados que atribuyen rango constitucional a los tratados de derechos humanos, los rendimientos de consistencia de ello no resultan difíciles de reconocerse conforme los derechos humanos informan desde ese lugar al derecho. Paradójicamente, para tener ese lugar, el derecho internacional de los derechos humanos ha jugado un rol esencial, pese a que a los derechos humanos no se les termina por reconocer un lugar equivalente en el derecho internacional. Pareciera que, en respuesta a la dinámica internacional-nacional, ahora podría incidir de manera semejante de lo nacional a lo internacional. En todo caso, en el derecho internacional no se ve una alternativa distinta pues en el estudio sobre

---

<sup>168</sup> En México, puede observarse un efecto semejante cuando se observa que los derechos humanos como *obligaciones de todas las autoridades* se conforman en un criterio de validez sustantivo, teniendo así un efecto *extensivo* a todo el derecho, y en la medida en que se establecen instituciones de derechos humanos y éstas son las específicamente autorizadas para vigilar su cumplimiento, se da un efecto *intensivo* (Rueda Luna, 2019).

<sup>169</sup> El artículo 1 de la Carta indica:

Artículo 1 Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales [...]
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos [...]
3. Realizar la cooperación internacional [...] y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos [...]
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

la fragmentación del derecho internacional no se retomó la posibilidad de resolver los conflictos normativos mediante una instancia jerárquicamente superior (Leathley, 2007), aunque inicialmente sí fue algo que se observó como alternativa,<sup>170</sup> en estos términos, la única alternativa actual es la jerarquía entre las normas.

34.2. Además, se puede considerar que esta asimetrización a favor de los derechos humanos está teniendo tanto repercusiones graduales como resistencias, aunque, en general, hay un avance hacia la consistencia del derecho internacional, como puede observarse a partir de la negociación del tratado sobre derechos humanos y empresas, en que los derechos disponibles comienzan a ser explícitamente limitados en favor de los indisponibles, según se referiría en el apartado relativo a la consistencia del derecho. Y en el mismo sentido deben recordarse las condiciones de acceso a la justicia (tribunales) distintas, que finalmente impactan cada vez más en la apertura cognitiva del derecho, según se verá.

35. Sin embargo, todo esto es sólo en relación a un *primer nivel de inviolate levels*. Han evolucionado adicionales asimetrizaciones en la asimetría indisponible/disponible. Lo cual no es sino una *re-entry* de la forma disponible/indisponible en el lado de indisponibilidad de la forma disponible/indisponible. El *ius cogens* y los derechos absolutos pueden reconocerse en esos términos.

### **B.3.2. Ius cogens y derechos absolutos**

#### **Ius cogens**

36. No es extraño que en el estudio sobre la fragmentación del derecho internacional al momento de estudiar la manera de resolver los conflictos de prevalencia entre normas, se llegase a una solución fundada en una forma del derecho: la forma regla/excepción (la cual, en último término es muy semejante a la forma igual/desigual). La aplicación de esta forma

---

<sup>170</sup> Incluso, en la propuesta inicial para el estudio de la fragmentación, se habría indicado como la primera causa de ésta:

1. La falta de órganos centralizados

La fragmentación obedece a la naturaleza del derecho internacional en cuanto derecho de coordinación y no de subordinación, así como de la falta de instituciones centralizadas que aseguren la homogeneidad y la conformidad de las distintas normativas. (CDI, 2000b, p. 153).

(regla/excepción) condujo a identificar los mecanismos operativos básicos para la resolución de conflictos normativos. Es decir, la forma opera como un mecanismo sin contenido, pero permite definir contenidos. Y, tras referir la necesidad de una interpretación sistémica, al momento de preguntarse en el estudio sobre la denominación de los contenidos últimos que resolverían los conflictos normativos las respuestas fue la jerarquía normativa: la Carta de las Naciones Unidas (que además es una representación de la unidad en el sistema), las normas *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*.<sup>171</sup>

37. Esto es, la jerarquía normativa se indicó en tres formas: (a) mediante obligaciones *erga omnes*, (b) normas *ius cogens*, y (c) la supremacía de la Carta de Naciones Unidas (en forma equivalente a la “supremacía constitucional”).

37.1. *Obligaciones erga omnes*. De estas tres formas de normatividad supraordenada, las obligaciones *erga omnes* se consideraron en un segundo nivel de importancia (en el cual, además, se incluyeron a los derechos humanos),<sup>172</sup> y con una formulación que, como se verá, resultaba poco precisa:

37) *Normas en que se establecen obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto: obligaciones erga omnes*. Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados, y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas.

---

<sup>171</sup> Algunos aspectos relacionados con este tema se han tratado al situar los derechos humanos en los textos de Luhmann en el primer capítulo, por lo que se buscará evitar repetir lo ya referido, no obstante, habrá algunas referencias que deban reiterarse brevemente.

<sup>172</sup> Junto con otro tipo de normas (como las “obligaciones relativas a espacios públicos internacionales”), así se indicó en las conclusiones sobre la fragmentación:

Según la CIJ, «[e]sas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. (CDI, 2013, p. 201n) No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general [*ius cogens*]. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los «principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana», así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales. (CDI, 2013, p. 201).



39) *Distintos enfoques del concepto de obligaciones erga omnes*. El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados partes (obligaciones *erga omnes partes*) o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios «representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*». (CDI, 2013, p. 201).

37.1.1. Las obligaciones *erga omnes*, tienen formulaciones problemáticas ya que se indica que no se sustentan sólo en relaciones entre partes, pero se puede considerar que en realidad simplemente *extienden* la idea de reciprocidad más allá de la bilateralidad, ya sea a todos los Estados parte en un tratado, a un Estado tercero beneficiario, o a Estados en relación a un espacio, concibiendo, en su caso, esa extensión como obligaciones de los Estados para con la comunidad internacional. De esta manera la supraordenación finalmente es cuestionada —por ejemplo, esto implicaría que, si los derechos humanos son cualificados como *erga omnes*, su supraordenación no se afirma por su propio valor (como cuando se habla de la naturaleza de los tratados de derechos humanos y la distinción *derechos indisponibles/derechos disponibles*), sino simplemente por acuerdos entre Estados, lo que implica que en último término está en condiciones equivalentes a cualesquiera otras normas—:

Ahora bien, la naturaleza *erga omnes* de una obligación no indica una superioridad clara de esa obligación respecto de otras obligaciones. Aunque en la práctica las normas que se reconoce que tienen validez *erga omnes* establecen obligaciones sin duda importantes, esta importancia no se traduce en una superioridad jerárquica similar a la del Artículo 103 y la del *jus cogens*. (CDI, 2021a, pp. 86)

37.1.2. Las obligaciones *erga omnes*, entonces, tienen su superioridad en relación a su forma y no a su contenido (pero, como se verá, sin llegar a la importancia de forma del artículo 103 de la Carta). Es decir, estas obligaciones terminan con una superioridad en términos de una *reciprocidad extendida*, que puede llegar a ser a la comunidad internacional: importan en referencia a una *comunidad* (de Estados).

37.1.3. Sin embargo, debe recordarse que la abstracción e indiferencia cuando se tematiza la evolución de los derechos subjetivos (y derechos humanos) es de un orden distinto no reducible al

marco de las obligaciones (de comunidades) interestatales *erga omnes*, sino, en último término, *referenciados hacia los sistemas funcionales*:<sup>173</sup>

El acoplamiento general entre conciencia y comunicación [...] se refiere al sistema social en todos sus ámbitos; porque sin comunicación y [i] *sin participación de la conciencia en la comunicación nada puede funcionar*. En esa medida, [ii] las transformaciones de esta relación en el desarrollo del individualismo moderno se localizan en un plano más fundamental que el de aquellas instituciones que regulan y limitan la irritación recíproca de los sistemas funcionales individualmente considerados.<sup>174</sup> [iii] *En la conciencia del individuo concurren*, entonces, irritaciones y efectos de *socialización provenientes de diferentes ámbitos funcionales* de la sociedad que, a su vez, irritan a ésta<sup>175</sup> [iv] sin que el individuo pueda entrar en una relación con la sociedad como un todo y sin que pueda extenderse a ella como una especie de asociación solidaria responsable de las condiciones de vida en su totalidad. Así las cosas, desde la perspectiva del individuo [v] la relación con la sociedad como un todo puede ser determinada, en todo caso, de manera negativa<sup>176</sup>; lo que incluye todas las ventajas que la distancia y la libertad otorgan. En lo que al derecho se refiere, [vi] *la institución jurídica del derecho subjetivo corresponde a este estado de cosas*<sup>177</sup> [...] <sup>178</sup> que [vii] hace posible al individuo una satisfacción altamente selectiva y pasajera de necesidades igualmente pasajeras, sin que con ello [viii] su *status* social se vea directamente afectado. En [ix] *la forma de los derechos subjetivos*

---

<sup>173</sup> Aunque previamente se han citado partes la siguiente cita, por su capacidad sintética y relevancia se refiere en este nuevo contexto, y por su extensión e imbricamiento temático, se glosará brevemente a pie de página, a fin de evitar su seccionamiento, afectando su claridad. En todo caso, con lo hasta ahora desarrollado, se pueden dimensionar en mejores términos sus elementos y alcance para la comprensión del derecho internacional y mundial.

<sup>174</sup> La localización de la relación *conciencia/sistemas sociales* en un plano más fundamental que la relación de irritación recíproca entre sistemas funcionales (*sistema funcional/sistema funcional*) para el desarrollo del individualismo moderno puede considerarse vinculado al hecho de que el individualismo pueda ser una causa generadora de diferencias en el grado de considerarlas Luhmann en el campo de no irritabilidad (Cfr. Luhmann, SS, 2006, pp. 629 y ss.)

<sup>175</sup> La irritación de los individuos por la sociedad y su recíproca irritación a la sociedad, pero a través de sus sistemas funcionales (aunque pueda observar a la sociedad como un todo, pero no operar en ella como un todo, salvo de manera “negativa”), da cuenta del surgimiento de necesidades vinculadas con cada sistema social. Se trata de la relación individuo/sociedad.

<sup>176</sup> En un sentido como el de la *libertad negativa*, libertad de no ser afectado por coacción externa al actuar un individuo.

<sup>177</sup> Los derechos subjetivos, entonces, tienen como referencia a los sistemas funcionales de la sociedad, y no pueden ser contractualistas. Las necesidades no surgen de manera pactada.

<sup>178</sup> Luhmann, en la parte omitida, hace alusión al contrato. Sin embargo, para comprender el sentido específico en que indica al contrato es necesario dar cuenta de la propia evolución de la libertad contractual que viene de exponer. A fin de no generar confusión, dado el argumento que se expone, se omite deliberadamente, pero se señala a fin de que, de ser el caso, pueda analizarse la situación específica de la libertad contractual y la evolución que también tuvo el contrato, en el mismo entorno de evolución que dio lugar a los derechos subjetivos.

*prevista en el derecho objetivo*,<sup>179</sup> [x] el sistema jurídico reclama su propia atención respecto de los problemas de inclusión de las personas en el sistema jurídico —[xi] un problema que es precisamente consecuencia de que esté excluida la fusión<sup>180</sup> de las operaciones psíquicas y sociales provocada por la conformación de sistemas.

De ser así, esto puede explicar —[xii] de manera completamente independiente de las terminologías históricas [semánticas] con las que se ha llevado a cabo ese giro— que también [xiii] *las nuevas formas de acoplamiento que se desarrollaron, las formas que enlazan los sistemas funcionales particulares*,<sup>181</sup> *coinciden con la institución jurídica de los derechos individuales*. [xiv] Aparte de su función, la Constitución se introduce explícitamente como un *instrument of government* para la implementación de la *Bill of rights*. [...] [xv] No por nada el nuevo individualismo y el desacoplamiento jurídico de derechos y obligaciones [*de la reciprocidad*] tiene también efectos en la justificación de la imposición de impuestos, i.e., en el acoplamiento de los sistemas económico y político. De este modo, en una extensión amplia, [xvi] el sistema jurídico actúa —en todo caso, en un principio— como un sistema de *captación de consecuencias que para el individuo trae aparejada la reestructuración de la sociedad, en el sentido de la diferenciación funcional*.<sup>182</sup> [xv] En compensación por la pérdida de todas sus posiciones fijas [en las sociedades estratificadas], el individuo es ahora provisto de derechos subjetivos. [xvi] En la línea de tales compensaciones se complementan luego los simples derechos de libertad con derechos sociales; los derechos a la oposición, con derechos de participación: [xvii] como si el problema en la forma jurídica misma pudiera ser resuelto con meros añadidos.<sup>183</sup> [...]. (Luhmann, DS, 2005, pp. 557-559)  
[Énfasis y numeración propios]

37.1.4. Sobre esta base, es que los derechos subjetivos han podido ser vistos como *valores* y no como intereses contractualistas entre (una cantidad indeterminada de) partes, y no pueden ser referidos a la voluntad de las partes estatales, sino en relación a la sociedad funcionalmente

---

<sup>179</sup> El derecho, así, objetiviza derechos subjetivos, fuera de los marcos de reciprocidad. Estos marcos de reciprocidad que se trascendieron al nivel de las relaciones al interior de los Estados, no implica que transfirieran su titularidad a los Estados, dado que se adjudican a las personas.

<sup>180</sup> En último término, esta ausencia de fusión puede considerarse el punto de anclaje en que se da la *inclusión/exclusión funcional* referida en el capítulo anterior.

<sup>181</sup> Aún quedaría por revisar en qué medida esta capacidad de enlace entre los sistemas funcionales particulares se asocia a la idea de relaciones de *interdependencia* de los *tratados de derechos humanos* (recién referido), y que en general se considere como principios de los derechos humanos el que estos derechos sean, además de *interdependientes, indivisibles*.

<sup>182</sup> Consecuencias que, mediante los derechos subjetivos o derechos humanos, y para los individuos y las semánticas, suelen ser tematizadas también como necesidades, y, entonces, parecen intuitivos o evidentes (cfr. Hunt, 2009). Consecuencias que, por las mismas razones, tienen que ver con los efectos de aquello excluido de las personas por los sistemas funcionales, y que tienen efectos agregados en la sociedad.

<sup>183</sup> A partir de este punto es de donde parte la crítica de Luhmann respecto de los derechos subjetivos (humanos) al momento de publicar *El derecho de la sociedad* [1993]. En buena medida, los cuestionamientos que certeramente realizaba en ese momento, actualmente tienen en el derecho ciertas “respuestas” en evolución.

diferenciada (al igual que la fragmentación del derecho internacional). Así, las obligaciones *erga omnes* no alcanzan a definir la especificidad de los derechos subjetivos ni de los derechos humanos. También por ello puede entenderse que estos terminen facultando a las personas para ejercer esos derechos independientemente de los posibles reclamos entre Estados por la vulneración de los mismos (amén de que, como se muestra en seguida, esa connotación de las normas validadas como *valores*, y no como intereses, sí quedó establecida, aunque también de manera problemática, para las normas *ius cogens*).

37.2. *Normas ius cogens y Carta de las Naciones Unidas.* Si bien las normas *erga omnes* fueron relegadas a un segundo plano, en un primer nivel de importancia quedaron, simultáneamente, las normas de *ius cogens* y las normas de la Carta de las Naciones Unidas (en razón de su artículo 103)<sup>184</sup>, diferenciadas en cuanto al tipo de normas que son (de *fondo* y de *forma*):

#### *Ius cogens*

32) *Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas: jus cogens.* Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena de 1969),<sup>185</sup> es decir, toda norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario» (CDI, 2013, p. 200).

#### *Carta*

34) *Relación jerárquica reconocida en virtud de una disposición de un tratado: Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.* Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud

---

<sup>184</sup> El artículo 103 de la Carta indica:

Artículo 103 En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

<sup>185</sup> La Convención indica:

#### Artículo 53

Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

del cual «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

36) *Rango de la Carta de las Naciones Unidas*. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal. (CDI, 2013, pp. 200-201).

37.2.1. Al reconocerse un lugar primigenio y simultáneo para las normas *ius cogens* y la supremacía de la Carta se estableció un problema: las normas de *ius cogens* adquieren su valor en razón del *contenido* o *fondo*;<sup>186,187</sup> la Carta en función de la *forma*, de la función (extrajurídica) política que supone, por lo que en el derecho este reconocimiento constituye una supremacía formal. Así, se reconoció un posible conflicto entre ambos valores superiores: uno de contenido (*ius cogens*) y uno de forma (la Carta). La resolución del conflicto fue un manejo de la paradoja que valida e invalida simultáneamente ambas normas. Se establecieron reglas de mutua invalidación temporal o de ámbitos: *ius cogens* invalidando en cuanto a contenido a la Carta, y la Carta invalidando de forma (inaplicabilidad provisional) a *ius cogens*, todo bajo un supuesto de que, de inicio, la Carta presupone (y no podía ser contraria a) normas de *ius cogens*.

---

<sup>186</sup> La Comisión de Derecho Internacional en su estudio indicó:

375. El problema de cómo identificar el *ius cogens* no es fácil de resolver *in abstracto*. [...] no hay acuerdo acerca de los criterios para incluir normas [...]. El punto de partida debe ser la formulación del propio artículo 53, es decir, identificar el *ius cogens* mediante referencia a lo que es «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto». Aunque esta formulación en sí no está libre de polémicas (en especial las referencias a una comunidad de «Estados» y al significado del requisito «*en su conjunto*»), se plantea también un cierto dilema al respecto. [...] El fundamento histórico del *ius cogens* radica en un derecho natural antivoluntarista, frecuentemente de tendencia religiosa: la presunción de existencia de normas «absolutas» sobre la conducta humana. Aunque la mayoría de las personas (y de los Estados) siguen considerando importante —e incluso muy importante— que tales normas existan, la terminología de la diplomacia y el derecho actual parecen incapaces de producir una justificación aceptable de ellas. [...] (CDI, 2021a, pp. 84-85)

Por otro lado, resulta reveladora la propia constatación o *confesión* en el estudio sobre la ausencia de *semánticas* que permitan dar cuenta de la especificidad *estructural* del *ius cogens*, cuando indica sobre estas normas que: “la terminología de la diplomacia y el derecho actual parecen incapaces de producir una justificación aceptable de ellas”.

<sup>187</sup> La realización de una lista de normas *ius cogens*, dado justamente el carácter problemático de identificación de esas normas, ha sido un problema reiterado, como se verá más adelante. No obstante, al observar el listado que, pese a todo, ha logrado ser considerado (CDI, 2022), se verá que dichas normas en general pueden considerarse cubiertas en el marco de los derechos humanos.

[*Mutua invalidación, temporalizada, por forma y por contenido:*]

41) *Funcionamiento y efectos en caso de conflicto entre normas de jus cogens y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas:*

a) la norma que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*;

b) la norma que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable como resultado de ese conflicto y en toda la amplitud de ese conflicto.

[*Presuposición de ius cogens por la Carta:*]

40) *Relación entre el jus cogens y las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas.* La Carta de las Naciones Unidas ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas de *ius cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *ius cogens*.

(CDI, 2013, pp. 201-202)

37.2.2. Así, anulándose mutuamente provisoria o limitadamente, quedan ambas normas vigentes en el tiempo, y la resolución de la paradoja simplemente se acota a un ámbito específico o, en su caso, se temporaliza por un plazo. Mientras las normas *erga omnes*, con su carácter contractualista extensivo (hasta la posible consideración de la “comunidad internacional”), quedaron en un segundo rango respecto de las normas *ius cogens*, configuradas éstas bajo un signo no contractualista. De ahí que los derechos humanos, pese a todo, tengan una especificidad más aproximada a las normas *ius cogens* que a las *erga omnes*.

37.2.3. En este marco conviene recordar la semántica de los derechos humanos según la cual se discute si los derechos son *otorgados* por el Estado o tienen que ser *reconocidos* por estos, pues denota justamente esa especificidad que hace difícil reducir los derechos humanos (o las normas *ius cogens*) a la simple voluntad de las partes; incluso, reconociéndoles no sólo como independientes, sino como posiblemente contrarias a la voluntad de los Estados, haciendo las veces de fundar la resistencia:

Es evidente la fuerza con la que la transición a la idea jurídica de los “derechos subjetivos” influyó desde la mitad del siglo XVII en los ya mencionados mecanismos de acoplamiento estructural [...] [derecho de propiedad y expectativas existentes respecto de la Constitución]. En tanto que uno se atreva a hacer formulaciones en términos del derecho natural, los derechos humanos -o, en todo caso, los derechos civiles, los *civil rights*- pueden considerarse como hechos dados que todo orden

jurídico está obligado a respetar, si es que concede algún valor a la designación misma de derecho. Podría pensarse que sin un reconocimiento de estos derechos individuales que el derecho natural otorga no habría en absoluto derecho. Hasta cierto punto, este concepto asume [...] la función [...] de legitimar la resistencia y la oposición. (Luhmann, DS, 2005, pp. 554-555)

37.2.4. Los derechos subjetivos son subjetivos en cuanto se vinculan a las personas, pero son objetivos en cuanto no derivan de las partes ni de su agregado, su objetividad usa como referencia el nivel operativo emergente de los sistemas funcionales y la sociedad. Consecuentemente, las normas de *ius cogens*, a diferencia de las normas *erga omnes* y, en general, de la semántica contractualista, derivan de dimensiones consideradas objetivas o, al menos, independientes de toda idea de reciprocidad, particularmente la reciprocidad considerada en el marco de una *comunidad internacional*. (Esta independencia de la reciprocidad se comentará más ampliamente al referirse las *obligaciones generales* del Estado y la *responsabilidad* del Estado en materia de derechos humanos, en el marco del análisis sobre la *clausura normativa* en el sistema de derechos humanos —o, dicho de otra forma, al referir los estándares de derechos humanos—.)

38. *Necesidad de semántica para los derechos humanos*. La gruesa caracterización inicial de las obligaciones *erga omnes* debe precisarse, dada la forma problemática con que han sido formuladas. En el estudio sobre la fragmentación, la Comisión semánticamente connotaba las obligaciones *erga omnes* refiriéndolas con una dimensión objetiva o a una renuncia a la bilateralidad o reciprocidad; sin embargo, simultáneamente mantenía cuestionada esta misma calificación, pues su caracterización se realizaba con las palabras “más absoluta” o “menos fácil”. Así, indicaba una dimensión objetiva (fuera de la reciprocidad) relativa, no categórica, o también se hacía referencia a normas objetivas de derecho público sin dar cuenta de la especificidad de las normas de derechos humanos:<sup>188</sup>

385. El derecho internacional contemporáneo, sin embargo, ha avanzado más allá del bilateralismo. Ya en los debates de la Comisión sobre la que luego sería la Convención de Viena de 1969, los Relatores Especiales trazaron una distinción entre tratados por los que se crean obligaciones que tienen los Estados entre sí en una red de relaciones recíprocas y tratados por los que se crea [...] «un tipo más absoluto de obligación» —es decir, una obligación de carácter «íntegro» o «interdependiente».

---

<sup>188</sup> Si se pudiera dar cuenta, al hacer referencia de que en los ámbitos nacionales las normas de derecho público también pueden ser sujetas de revisión por violación a derechos humanos, se podría entender que la objetividad que se señala para estas normas tampoco coincide con la que se reconoce para los derechos humanos.

Como ejemplo [...] las convenciones sobre el desarme y sobre el derecho humanitario. En esas convenciones las obligaciones no pueden reducirse significativamente a relaciones recíprocas de Estado a Estado. En ese contexto, el interés de la distinción reside en la manera en que habían de tratarse los conflictos entre tratados —de forma que la obligación de un tipo «más absoluto», era menos fácil de derogar por medio de una «modificación» o *lex posterior*. (CDI, 2021a, pp. 86-87).

386. [...] resulta habitual que los estudiosos, pero también los tribunales, tanto nacionales como internacionales, hagan referencia a «ciertos valores universales superiores» y preferencias o intereses compartidos respecto de los que se traza una distinción entre normas de tipo contractual y normas que tienen más un carácter de derecho público. (CDI, 2021a, p. 87).

395. La distinción entre obligaciones «bilaterales» y obligaciones *erga omnes* parece análoga a la distinción, en derecho interno, entre contratos y obligaciones de derecho público. En estas últimas, la relación se establece entre el sujeto jurídico y la autoridad pública. Incluso si una infracción de ésta puede infringir un interés individual, la capacidad de reaccionar (como la mayoría de los derechos penales) como en general en derecho penal reside en la autoridad pública. (CDI, 2021a, pp. 88-89)

38.1. Y, sin embargo, simultáneamente a este énfasis *objetivista* se indicaba que las obligaciones *erga omnes* no hacían referencia a un *contenido* sino a un procedimiento entre sujetos iguales, *entre partes* (pues importan *qua* comunidad):

389. [...] Las normas *erga omnes* no se distinguían necesariamente por la importancia de su contenido. Eran normas con ciertos rasgos y características de procedimiento, a saber: la característica de que su violación puede ser invocada por cualquier Estado y no solo por los beneficiarios individuales. Eran obligaciones relativas a normas secundarias, no normas primarias. (CDI, 2021a, p. 87).

[En] el cuarto informe sobre la responsabilidad de los Estados [...]: «el concepto de la obligación *erga omnes* no se caracteriza por la importancia del interés protegido por la norma —aspecto que es típico del *jus cogens*— sino más bien por la “indivisibilidad jurídica” del contenido de la obligación, es decir, el hecho de que la disposición de que se trata establece obligaciones que vinculan simultáneamente a cada uno de los Estados destinatarios respecto de todos los demás. (CDI, 2021a, p. 87n).

38.2. Es decir, la caracterización de las obligaciones *erga omnes* tenía el problema principal de que oscilaba en la distinción subjetividad/objetividad: se les caracteriza como si en un momento tuviera las características de un lado de la distinción (al referirlas como normas relacionadas con una reciprocidad extensiva, en su caso, para con la comunidad internacional) y en otro momento el del otro lado (al referirlas como valores objetivos). De ahí que, finalmente, en la comparación



con las normas *ius cogens*, que sólo se encuentran en un lado de la distinción (objetividad), se terminara por indicar que las normas *ius cogens* son una especie de subconjunto de las primeras al tiempo que se cuestiona que dependa del reconocimiento voluntarista de los Estados (y aunque en realidad las normas *ius cogens* no sean caracterizadas de acuerdo a una cuestión de reciprocidad<sup>189</sup>):

[Subconjunto]

404. Las normas de *jus cogens* son normas particularmente importantes que se caracterizan por su inderogabilidad. Una norma que esté en oposición a ellas es, como hemos visto, nula de pleno derecho. Las obligaciones *erga omnes* son obligaciones en cuyo cumplimiento cada Estado («la comunidad internacional en su conjunto») tiene un interés jurídico. [...] es razonable suponer que todas las normas de *jus cogens* constituyen obligaciones *erga omnes*. Pero esta ecuación no funciona a la inversa. Del hecho que todos los Estados tengan interés en el cumplimiento de una obligación no se sigue necesariamente que esas normas sean imperativas, es decir, que las obligaciones en oposición a ellas no resultan necesariamente nulas de pleno derecho. (CDI, 2021a, p. 90)

¿Consiste el *jus cogens* en limitar lo que puede ser convenido legalmente por los Estados —puede su contenido simultáneamente sujetarse a lo que es convenido entre Estados? (CDI, 2021a, p. 84)

38.3. Un aspecto problemático con las obligaciones *erga omnes* como reciprocidad extendida en la comunidad internacional (o dentro de todas las partes de un tratado), es que, cuando se tematizan los derechos humanos como obligaciones *erga omnes*,<sup>190</sup> se sustenta tanto un marco de *no reciprocidad* como en uno de *reciprocidad*, y entonces se tienen contradicciones semánticas de ese orden, de manera que, incluso al momento de plantearse la posibilidad de reacción ante la

---

<sup>189</sup> Lo cual no evita que existan problemas semejantes para las normas *ius cogens* cuando se indica que estas normas son modificables por la *comunidad internacional de Estados* (artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), aunque se resuelve cuando, tras salirse del campo *ius cogens* (yendo al escenario de la reciprocidad), se regresa al propio campo *ius cogens* mediante la indicación de que esto sólo puede realizarse mediante otra norma *ius cogens* y mediante la *práctica*:

376. En vez de tratar de determinar el contenido de *jus cogens* mediante definiciones abstractas, es mejor seguir el camino elegido por la Comisión en 1966 que «estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma de *jus cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales». Ésta parece la manera correcta de proceder. (CDI, 2021a, p. 85)

Por otro lado, tanto en relación a las normas de *ius cogens* como las obligaciones *erga omnes*, al parecer ha resultado muy difícil salir de esta oscilación semántica entre subjetividad (de la comunidad de Estados) y objetividad (de la sociedad funcionalmente diferenciada), pues se están definiendo en el marco del acoplamiento estructural entre la política y el derecho.

<sup>190</sup> Y esto ha sido realizado incluso por el propio Comité de Derechos Humanos en su Observación General 31 (Comité DH, OG 31, 2004, párr. 2).

situación violatoria de una obligación *erga omnes* la reciprocidad extendida a todos los Estados ahora tiene necesidad de extenderse aún más, a las personas, como un caso de excepción que “depende del contenido de la norma pertinente y de si existen vías adecuadas para esa reacción”. Después de todo, a una norma siempre podría incluirse nuevas y nuevas excepciones, diluyendo así su propia especificidad:<sup>191</sup>

391. La mayoría (aunque no todas) de las obligaciones *erga omnes* han surgido en la esfera de los derechos humanos y del derecho humanitario. En esos ámbitos, el derecho no crea obligaciones recíprocas entre los Estados de forma bilateral. La obligación de respetar la libertad de expresión en el territorio de un Estado, por ejemplo, no se dirige a ningún Estado en particular ni a los ciudadanos de Estados particulares. Más bien, en virtud de esa norma, el Estado asume una responsabilidad respecto de todas las personas sujetas a esa jurisdicción. No hay *quid pro quo* en esas relaciones. El Estado está obligado a respetar ese derecho independientemente de cómo se hayan comportado otros Estados. (CDI, 2021a, p. 88)

393. Si un Estado responde de la tortura de sus propios ciudadanos, ningún Estado sufre individualmente ningún perjuicio directo. Aparte de la persona o personas directamente afectadas, cualquier daño atribuido a cualquier otra persona es puramente teórico, es decir, se basa en la presunción de que tal acto viola algunos valores o intereses «de todos», en la terminología del asunto *Barcelona Traction* la «comunidad internacional en su conjunto». (CDI, 2021a, p. 88)

396. [...] esto no significa que los Estados puedan reaccionar solamente mediante un proceso colectivo. En efecto, si ese fuera el caso, la ausencia de procedimientos de acción colectiva de carácter general [...] privaría prácticamente de significado a la disposición sobre las obligaciones *erga omnes*. [...] Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que una obligación para con la «comunidad internacional en su conjunto», se debe también a cada Estado individualmente y sin ningún interés específico respecto de esa parte del Estado y que cada uno de ellos está facultado a reaccionar en caso de violación. También el que otros sujetos, es decir personas, grupos de personas u organizaciones, puedan estar facultados a reaccionar depende del contenido de la norma pertinente y de si existen vías adecuadas para esa reacción. (CDI, 2021a, p. 89)

39. Como puede verse, en su conjunto, la situación de la definición de la superioridad jerárquica (los *inviolable levels*) ha resultado sumamente problemática. De acuerdo a lo que se puede apreciar, uno de los principales problemas es que no se termina de aceptar el lugar de las normas de derechos humanos en el marco del derecho internacional general.

---

<sup>191</sup> Además, en términos funcionales, dada la distinción individuo/sociedad, en los derechos humanos lo necesario es la posibilidad de que las personas puedan irritar al derecho, más que lo que podría hacerse entre Estados. De hecho, así es como suele funcionar: son las personas y no los Estados quienes presentan casos individuales ante las instituciones internacionales de derechos humanos.

39.1. Las normas de derechos humanos, como se ha visto, se les ha indicado como normas que tienen una naturaleza particular, sin embargo, cuando se las incluye como obligaciones *erga omnes*, se diluye esa naturaleza, y simultáneamente, algunas de ellas, han sido indicadas como *ius cogens*. Al momento de la elaboración de las conclusiones sobre la fragmentación, se refirieron algunas normas de *ius cogens* a modo de ejemplo y en términos no categóricos:

33) *Contenido del jus cogens*. Los ejemplos de normas de *ius cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el *apartheid* y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación. Otras normas también pueden tener el carácter de *ius cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario. (CDI, 2013, p. 200).

39.1.1. Además, el tema de una posible lista de normas *ius cogens* sería analizado por la Comisión de Derecho Internacional hasta el periodo 2015-2022, indicando en sus *conclusiones* una “lista no exhaustiva” de las normas reconocidas como tales,<sup>192</sup> todas las cuales pueden considerarse como violaciones de derechos humanos o vinculadas a derechos humanos:

- a) La prohibición de la agresión;
- b) la prohibición del genocidio;
- c) la prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- d) las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- e) la prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*;
- f) la prohibición de la esclavitud;
- g) la prohibición de la tortura;
- h) el derecho a la libre determinación. (CDI, 2022, p. 96)

40. El carácter problemático de la superioridad de las normas, sin embargo, no concluye en una discusión entre estos tres tipos de superioridad, y la referencia a la superioridad de normas en términos de la naturaleza de los derechos humanos, o el objeto y fin de tratados de derechos humanos, pues aún es necesario considerar los que se han reconocido como derechos absolutos.

---

<sup>192</sup> Como se verá más adelante, la elaboración de esta lista fue en sí misma problemática.

## Derechos absolutos<sup>193</sup>

41. En este marco de la contingencia o indefinición última (aunque la Carta de Naciones Unidas en su artículo 1o. establece como uno de sus objetivos los derechos humanos), puede, sin embargo, referirse que los últimos *inviolable levels* reconocidos desde el derecho internacional general, son, en cuanto a su contenido, las normas de *ius cogens*. Estas normas, aunque se han referido en tales términos en el derecho de los derechos humanos particularmente por parte de tribunales regionales, en el marco de Naciones Unidas el Comité de Derechos Humanos refiere una forma distinta de reconocimiento de normas que pueden considerarse *equivalentes* al referirlas como derechos absolutos, indicando que algunos derechos *no pueden ser restringidos, suspendidos* u objeto de *reserva*.

41.1. Esto es, es posible indicar que hay cierta correspondencia entre las normas de *ius cogens* y los derechos humanos que se consideran *absolutos*, aunque la determinación de derechos absolutos o derechos que no admiten restricciones es sólo *interna* al derecho de los derechos humanos, es decir, parece ser el resultado de autoobservaciones y autodescripciones del derecho de los derechos humanos.<sup>194</sup>

42. Como ya se ha expuesto previamente, la prohibición de la tortura es una norma considerada tanto *ius cogens* como derecho absoluto, pero igualmente puede haber otras normas. En parte, la diferencia entre un tipo y otro de normas es, como se ha indicado, dependiente del sistema en el que se determinan: las normas de *ius cogens* se reconocen a través del derecho internacional general, incluidas las instancias de derechos humanos; y los derechos absolutos se determinan propiamente en el derecho de los derechos humanos.<sup>195</sup>

42.1. Esto es particularmente importante si se considera que, mientras en el marco del derecho internacional general la delimitación de las normas de *ius cogens* implica una situación

---

<sup>193</sup> Al igual que en relación al tema de *ius cogens*, algunos aspectos de lo subsecuente se habrán referido en el primer capítulo. Por su relevancia en este contexto, se indican los argumentos buscando evitar reiteraciones, aunque habrá algunas breves referencias que necesariamente deben reiterarse.

<sup>194</sup> En este sentido, es sumamente notable que en las conclusiones y sus comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” no se haya hecho referencia a los derechos absolutos (Cfr. CDI, 2022).

<sup>195</sup> Independientemente de las discusiones posibles sobre los alcances de los derechos absolutos y su protección (Borowski, 2021), la simple identificación de estos derechos en el marco del derecho de los derechos humanos permite a este derecho operar su marco de supraordenación (*inviolable levels*).

sumamente problemática en cuanto a que los Estados son observados en un marco semántico contractualista (con los problemas asociados que eso implica en el contexto de la superioridad de las normas, como se ha visto), en el marco de los derechos humanos la delimitación de la superioridad rebasa el acuerdo de los Estados, delimitándose también evolutivamente conforme a la forma igual/desigual.

42.2. Así, mientras la lista de normas *ius cogens* (recién aludida), representó una serie de problemas para establecerse, los cuales pueden calificarse como *contractualistas*,<sup>196</sup> en el marco de los derechos humanos pueden evolucionar los *inviolable levels* de manera menos problemática. Un ejemplo de ello es que la *independencia e imparcialidad* de los tribunales (i) se ha considerado un derecho absoluto por el Comité de Derechos Humanos (en su *Observación General No. 32*), pero (ii) este derecho ni siquiera pudo ser incluido como *ius cogens* en esa lista —realizada en las conclusiones y sus comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)—, pese a que en las propias conclusiones y comentarios se señalaba que había sido considerado como *ius cogens* en tribunales internacionales:

(i) Reconocimiento por el Comité de Derechos Humanos:

El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna.” (Comité DH, OG 34, 2011, párr. 19).

(ii) Reconocimiento en el texto (y no en la lista) de las conclusiones y comentarios de la Comisión de Derecho Internacional sobre “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*):

En la causa *El Sayed*, el Tribunal Especial para el Líbano determinó que el derecho de acceso a la justicia había “alcanzado el rango de norma imperativa (*ius cogens*)” basándose, entre otras cosas, en la jurisprudencia de cortes y tribunales nacionales e internacionales. [...] El Tribunal, en el fallo redactado por su entonces Presidente, Antonio Cassese, se basó en diversas formas de prueba, algunas de ellas enumeradas en el proyecto de conclusión 8, para llegar a la conclusión de que, en su conjunto, las pruebas indicaban que se aceptaba y reconocía el carácter imperativo del derecho de acceso a los tribunales. En la decisión se hace además referencia a la sentencia en el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho de acceso a los tribunales era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). (CDI, 2022, p. 48)

---

<sup>196</sup> De los cuales se expondrá más ampliamente posteriormente.

43. Dos rápidas conclusiones que pueden ya constatarse sobre la problemática situación de la superioridad de las normas en el derecho internacional general pueden sugerirse en términos de que (a) la semántica contractualista que lo caracteriza le implica importantes dificultades para poder definir semánticamente los *inviolable levels* que operativamente ha estado desarrollando el derecho, y (b) existe una necesidad de una semántica que permita un mejor acoplamiento entre los derechos humanos y los *inviolable levels* que en este desarrollan. En un esfuerzo esquemático inicial, puede indicarse que las normas de derecho internacional general requieren lograr definir diversos niveles de asimetrización (superioridad) normativa que diferencien los derechos humanos de las obligaciones *erga omnes* y que se desarrolle una articulación apropiada entre las normas de *ius cogens* y los considerados derechos absolutos. Así, por ejemplo, al momento actual parecieran aparecer cuatro niveles operativos: (i) las normas de rango básico, (ii) las obligaciones *erga omnes*, (iii) las normas de derechos humanos y (iv) una correspondencia o co-espacialidad entre normas *ius cogens* y derechos humanos absolutos.

#### **B.4. Evolución en la operación de la forma igual/desigual**

44. Algunos de los temas que se referirán en este apartado relativo a la consistencia podrían haberse tratado con otros matices en el apartado subsiguiente relativo a la clausura normativa del derecho de los derechos humanos. Sin embargo, como se indicó previamente, dada la importancia de estos aspectos para el derecho *en general*, se desarrollan a continuación. Posteriormente simplemente se recuperarán en los términos propios del subsistema de los derechos humanos.

45. Como se ha indicado, la consistencia de las decisiones en el derecho se basa en la posibilidad de decidir, bajo el esquema igual/desigual, casos posteriores, con lo cual, con el tiempo, se van generando criterios que tienden hacia la coherencia. Sin embargo, es necesario partir de que, en principio, la *positividad* del derecho no requiere consistencia: la legislación y la diferenciación interna del derecho producen divergencias en los criterios y, con ello, en las decisiones. El derecho sólo exige el símbolo de validez para ser reconocido como derecho, es decir, para ser positivo, y este símbolo no está necesariamente sujeto a una consistencia. La consistencia no es un requerimiento, en sí misma, para el derecho.

45.1. En el derecho se han admitido amplios márgenes de ambigüedad, que da por resultado que “los tribunales llegan sí a soluciones *ad hoc* aparentemente adecuadas, pero no precisamente a una praxis jurídica consistente” (Luhmann, DS, 2005, pp. 340-341). Se genera entonces una “tolerancia de los errores” que robustece al derecho “[p]ero, al mismo tiempo, pierde la transparencia y la seguridad para los sistemas del entorno que quieran recurrir a él”, aunque no afecte la posibilidad de reconocerlo unitariamente como derecho (Luhmann, DS, 2005, p. 342) derivado de que el derecho sólo es el derecho positivo gracias al símbolo de la validez jurídica. Sin embargo, esa tolerancia entra en conflicto cuando un mismo caso puede ser decidido de formas que, más que errores, se comienzan a traducir en decisiones abiertamente contradictorias y confrontadas por parte de las instancias jurisdiccionales (Petrova, 2018b, pp. 9-11).

45.2. El hecho de que la fragmentación del derecho internacional surja *como tema* hasta el momento de surgimiento de las contradicciones en la toma de decisiones jurisdiccionales no sólo muestra el carácter central de las decisiones y de los tribunales en el derecho, sino también que los graves problemas de consistencia ya no pueden mantenerse estructuralmente en el marco de una “tolerancia de errores”, sino que requieren de evoluciones estructurales posteriores, no sólo del orden del desarrollo de la “supraordenación” y los *inviolable levels*, ya referidos, sino que requieren dar cuenta de aspectos cuya observación por el derecho se ha revelado problemática por la propia lógica operativa de la forma igual/desigual.

46. Evidentemente, no se pierde de vista que, además de las normas supraordenadas, en el marco de lo que el propio derecho puede tematizar mediante autodescripciones, éste puede recurrir a las fuentes de derecho (tratados, costumbre internacional y principios, y auxiliarmente decisiones judiciales y dogmática jurídica) para resolver operativamente problemas de consistencia, y en este mismo sentido se puede entender el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (salvo por el informe sobre la fragmentación del derecho internacional que constituye una autodescripción con un carácter reflexivo sobre la unidad del sistema), como se ha sugerido. Sin embargo, hay algunos aspectos estructurales que es posible aludir por su relevancia para la operación y reflexión sobre la consistencia como un problema asociado a la *unidad* del sistema jurídico.

46.1. En particular, se puede plantear que observar la evolución de la operación de la forma igual/desigual permite dar cuenta tanto de problemas relativos a la operación como a la reflexión de la *unidad* del sistema jurídico, ya que ésta forma funciona en todas las operaciones del sistema, pues, como ya se refirió, “representa el sistema dentro del sistema” (Luhmann, DS, 2005, p. 168).

#### **B.4.1. Universalización y elementarización: en el derecho y la sociedad**

47. “Sólo la codificación [*conforme-a-derecho/no-conforme-a-derecho*] es correlato de la universalidad del derecho” (Luhmann, DS, 2005, p. 128),<sup>197</sup> por lo cual, se puede asumir, ni siquiera requiere ser calificada como tal por el propio derecho; o, mejor dicho, en tanto paradoja, su unidad termina invisibilizada.

47.1. Por otro lado, la universalidad de la que se habla al postularla para los derechos humanos es de un orden distinto, el cual quizá se podría indicar como más semántico dentro de la estructuración del derecho (individuo/derecho), aunque más estructural si se considera la distinción individuo/sociedad. Esta universalidad se denota en una cualificación estructural respecto de otro tipo de normas a las que no se les predica ser universales, y respecto de las cuales se “supraordenan” (o asimetrizan).

47.2. Más aún, la universalidad de los derechos humanos también se asocia de manera específica a la forma igual/desigual, la cual, como se ha visto, también se predica como universal<sup>198</sup> en el derecho, aunque incluyendo en esto los problemas operativos de consistencia (que condujeron a la fragmentación). Sin embargo, a diferencia de la operación de la forma igual/desigual en el derecho en general, en el marco de los derechos humanos ella se asocia a la distinción individuo/sociedad (e individuo/derecho),<sup>199</sup> y, con ello, a la asimetrización a favor de

---

<sup>197</sup> Y continúa Luhmann: “en el sentido de posibilidad de ser aplicado a todas las relaciones de los hechos y en el sentido de que puede ser excitado por cualquier comunicación, independientemente de lo que haya motivado al observador primario.” (Luhmann, DS, 2005, p. 128).

<sup>198</sup> Se recuerda: el derecho expresa su unidad, además de con la validez jurídica, con el principio de igualdad.

<sup>199</sup> Una autodescripción interesante, en sentido semejante, es la aportada por Ferrajoli cuando indica la igualdad como la que permite identificar la universalización, ya sea referida a las personas (extensión) o a los intereses (intensión) protegidos:

De otra parte, es claro que esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica. En efecto, el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su



los derechos humanos (“supraordenación”), por lo que los rendimientos de su operación se vuelve un marco común operativo para todo el derecho (en la medida en que los derechos humanos son efectivamente “supraordenados”). De manera que, aunque la forma opera más allá de los derechos humanos, es necesario tematizarla en relación a la universalidad de estos derechos al considerar los problemas de consistencia.

48. Un problema inicial para situar la consistencia del derecho en este marco de universalidad deriva de, al menos inicialmente, especificar la relación entre la forma igual/desigual y la ideología de la igualdad. Aunque semánticamente se usa la palabra igual o igualdad en ambos casos, la *forma* y la *ideología* constituyen operaciones distintas. Mientras la *forma* es una distinción que opera con ambos lados de la forma, la *ideología* se puede considerar como una operación sustentada en un solo lado de la forma. La ideología se generaría por la pretensión de establecer la igualdad como un valor (absoluto) —y el esfuerzo implícito de que este valor dé cuenta de la sociedad como un todo—, con la consecuente anulación del otro lado de la distinción; lo que, como ya se ha señalado, en principio no puede realizarse dado que los propios sistemas funcionales se fundan sobre desigualdades, y porque la igualdad, para poder ser reintroducida dentro de la operación del derecho, requiere ingresar con su opuesto en la distinción (la *desigualdad*). Así, mientras en el derecho no puede operar una noción absoluta de la igualdad (ni de la libertad) —salvo que sea especificado para ciertos aspectos como *inviolable level*—,<sup>200</sup> la ideología postularía que así es como debería operar.

48.1. La igualdad, como ideología, se sustenta en su propia afirmación y se mantiene como una distinción que no distingue entre ambos lados de su forma. Esto implica que la distinción pareciera<sup>201</sup> dejar de ser operativa como distinción, pues no permite el despliegue de la forma (o

---

titularidad está normativamente reconocida. Así, si la *intensión de la igualdad* depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la *extensión de la igualdad* [...] depende [...] de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan. (Ferrajoli, 2004, p. 39)

<sup>200</sup> Así, por ejemplo, el citado caso del derecho a la *imparcialidad judicial* como *derecho absoluto*, en el contexto de derechos disponibles.

<sup>201</sup> Es posible afirmar de esta manera no categórica ya que, indica, la universalización de la igualdad, sucede “sin poder aceptar que este postulado engulle el propio fundamento: la distinción.” (Luhmann, MH-GSB, 2015 [1988], p. 67); pero aclara: “esto no crea particulares dificultades a la lógica de Spencer Brown, desde el momento que aquí en el llevar adelante el procedimiento está de cualquier forma prevista una *re-entry* de

paradoja) que le constituye; esta forma ideológica de operación se mantendrá hasta en tanto se pueda lograr un despliegue operativo de la forma (paradoja), esto es, se mantendrá mientras “el sistema digestivo de la lógica no está en grado de hacerlo”:

Como ruta de escape de la paradoja de una distinción que no distingue nada, parece ser adoptado el camino de resolver los problemas lógicos descritos arriba con la ayuda de la ideología [de la igualdad]. Hasta que no exista una lógica que esté en grado de digerir las paradojas no se la puede criticar. El desplazamiento del problema de la lógica a la ideología es una posibilidad de desparadojizar el distinguir, que debe ser aceptada si el sistema digestivo de la lógica no está en grado de hacerlo él mismo, pero permanece ligado a desparadojizaciones transitorias, del género, por ejemplo, de la teoría de los tipos. (Luhmann, MH-GSB, 2015 [1988], p. 40).

48.2. En particular, la ideología de la igualdad ha servido para distinciones (v.g., hombre/mujer) que tienen dificultades para acoplarse con los sistemas de funciones en la sociedad funcionalmente diferenciada, y que provienen de otras formas de diferenciación de la sociedad:

Es todavía más evidente que muchas otras distinciones, que en un tiempo fueron correctas y tal vez importantes, no entran en juego para la codificación de los sistemas de función. Esto vale, con consecuencias particularmente extendidas, para la diferencia ecológica, es decir para la diferencia entre el sistema de la sociedad y su entorno. Lo mismo vale para la distinción entre hombres y mujeres. Este permanecer detrás no significa que estas distinciones ya no tengan sentido, ya no se lleven a cabo, ya no puedan ser utilizadas. Son solo su colocación en la estructura de la sociedad y su integración con los sistemas de función las que crean dificultades notables, casi insolubles. (Luhmann, MH-GSB, 2015 [1988], p. 50).

48.2.1. En un mismo sentido, podría considerarse las situaciones que son posibles de identificar con la idea de *comunidad* (que en el derecho se traduce en los derechos de pueblos y comunidades indígenas), y que en la sociedad diferenciada funcionalmente no permiten hablar de la identidad de la sociedad (cfr. Luhmann, SS, 2006, p. 846), u otras distinciones asociadas a contenidos de orden religioso, social, nacionales o étnico. En general, no puede verse como un problema de déficits, pues es un problema producido a partir de este tipo de diferenciación social:

El impulso no viene ciertamente de simples déficits de racionalidad en el orden dominante, pero por otra parte tampoco de necesidades desatendidas, dadas antropológicamente. Los estimula la posibilidad de proponer distinciones e indicaciones viejas o nuevas, que son removidas de los códigos de los sistemas de

---

la distinción en sí misma.” (Luhmann, MH-GSB, 2015 [1988], p. 67n). Se puede entender, entonces, que toda distinción, incluso ésta que se mitiga a sí misma, es susceptible de operar en tanto sigue siendo distinción.

función, o en cualquier caso no son debidamente tomadas en cuenta. (Luhmann, MH-GSB, 2015 [1988], p. 51)

48.2.2. Esto incluso es favorecido por la propia semántica producida por los sistemas funcionales, en tanto sus valores son retomados (por los movimientos de protesta) para la identificación de las distinciones que operan en las ideologías —donde habría que considerar que la forma igual/desigual tiene un lugar esencial por propia su relevancia para, en general, los sistemas funcionales—:

Sigue sorprendiendo el vínculo con las ideologías que han surgido casi como producto colateral de las codificaciones, como un establecimiento de los valores que concuerdan con ellas. (Luhmann, MH-GSB, 2015 [1988], p. 51)

48.3. En esos términos, en la medida en que se genera una forma operativa (una lógica) capaz de procesar la distinción igual/desigual en la sociedad funcionalmente diferenciada, la ideología puede ser mayor o menormente operativa.

49. En síntesis, podría considerarse que éste ha sido un problema relevante para el derecho en tanto, por un lado, opera con una forma (y una norma de igualdad) que puede calificarse como universal, pero, por otro lado, la diferenciación funcional de la sociedad implica que la forma no pueda operar plenamente (dado que el derecho desarrolla subsistemas internamente heterogéneos) y la articulación interna del derecho se organiza sin una necesidad inherente de producir consistencia. Así, en cierto modo, la *ideología* de la igualdad se desarrollaría ante la propia imposibilidad operativa de la *forma*. La semántica persiste en afirmar la universalidad, aunque la estructura no termine de poder operativizarla (lo que, en sí mismo, no es algo estructuralmente posible). Hasta aquí, la semántica de la igualdad, como ideología, permanece necesaria.<sup>202</sup> La universalidad de la *forma* igual/desigual no es entonces del mismo carácter que la universalidad postulada por la *ideología* de la igualdad. La primera podría implicar generar la

---

<sup>202</sup> Esto, en especial, se requiere postular para los movimientos de protesta. Así, por ejemplo, entre las conclusiones de Luhmann al analizar en clave sistémica el movimiento de las mujeres, indicaba una distinción —en el tratamiento de lo ideológico— entre los aspectos de las teorías de la reflexión y los aspectos organizativos, donde la ideología se requiere para las posibilidades organizativas:

Como sucede en todos los ámbitos de función, también aquí parece que las teorías de la reflexión y las posibilidades organizativas se separen unas de las otras. Las actividades concretas del movimiento de las mujeres pueden ser justificadas solo ideológicamente, es decir, solo a través del reenvío a valores indiscutibles. Deben poder referir a esperanzas y a éxitos que puedan ser medidos en referencia a ellos. (Luhmann, MH-GSB, 2015, p. 72)

consistencia de todo el derecho, pero no sucede, y no hay requerimiento de que suceda; la segunda, implica un valor absoluto, sin restricciones, que es requerido socialmente, pero no puede operar al interior del derecho. Por ambas vías, la inconsistencia del derecho permanece. Este es el parámetro inicial para señalar una evolución *complementaria* tanto respecto de la *norma* de igualdad como de la *ideología*, y de las posibilidades de despliegue de la *forma*.

49.1. Conviene recordar que, cuando el derecho introduce el principio de igualdad y la libertad, lo hace siempre con su opuesto: igualdad/desigualdad y libertad/restricción. De manera que en términos sociales no puede haber normas absolutas, aunque así se postule semánticamente (en la sociedad y en el derecho) e internamente se desarrollen *inviolable levels*, pues estos podrían cambiar. Así, la universalización en el derecho, siempre es una universalización que presupone esta situación; la “universalización” de valores en el derecho no se corresponde punto por punto con la universalización de valores en la sociedad, aunque se mantenga la misma palabra en ambos casos.

50. Para situar la respuesta *complementaria* en el derecho ante la *universalización* se puede situar ésta dentro de la “relación entre la estructura de la sociedad y las operaciones lógicas”, lo cual implica señalar “las posibilidades de asimetrización al interior de distinciones, y las consiguientes relaciones recíprocas entre diversas distinciones socialmente relevantes” (Luhmann, MH-GSB, 2015b, p. 47).

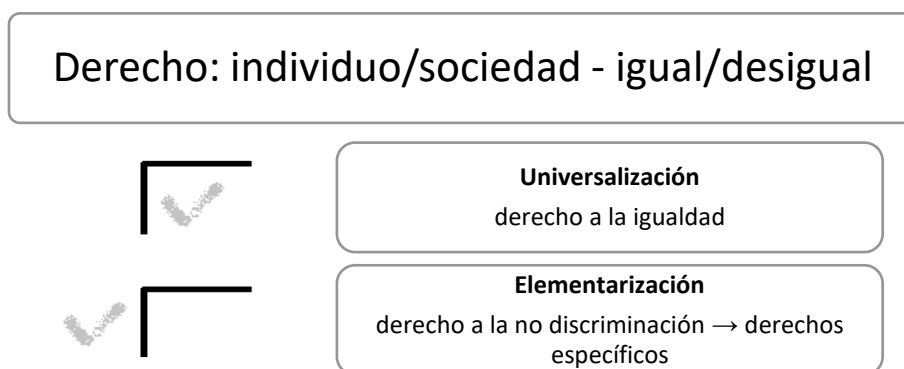
50.1. En estos términos, conviene caracterizar la forma mediante la cual se constituye una *universalización* (como la ideología de la igualdad) como “una forma sin un lado externo” (  $\sqrt{\square}$  ); y señalar que este tipo de distinción tiene un opuesto, la *elementarización*, esto es, “una forma sin lado interno” (  $\sqrt{\square}$  ).

“Conectándose nuevamente a Spencer Brown, el problema puede ser descrito como problema de la universalización de una distinción. Colocando una distinción como universal se produce una forma sin un lado externo —así como colocando una distinción como elemental se produce una forma sin lado interno. En ambos casos surge una forma sin forma, una paradoja.” (Luhmann, MH-GSB, 2015b, p. 57)

50.2. Si tanto la *universalización* como la *elementarización* se pueden concebir como “posibilidades de asimetrización al interior de distinciones”, y se les puede identificar como

“relaciones recíprocas entre diversas distinciones socialmente relevantes”, entonces sería posible considerar la evolución de ambos tipos de asimetrizaciones como una evolución recíproca.

51. A partir de esto, se podría indicar que, en el derecho, a la *universalización* inicial de la forma igual/desigual, asociada a la distinción individuo/sociedad (derechos humanos) en términos del *derecho a la igualdad* (es decir, incorporando además la forma regla/excepción, según se ha visto), se correspondió una evolución de un aspecto simétrico e inverso, el de la *elementarización*,<sup>203</sup> el cual de manera genérica, y reintroduciéndolo en la universalización, inicialmente fue semantizado como el *derecho a la no discriminación* (dando lugar, posteriormente, al establecimiento de ámbitos normativos específicos).<sup>204, 205</sup>



51.1. Al respecto, se podrían hacer algunas breves consideraciones: (a) aunque, en principio, la evolución del derecho a la no discriminación se podría considerar solamente como un programa condicional del derecho, se propondría que no sólo constituye un programa condicional pues no sólo se trata de la inclusión en el sistema de un tercer valor distinto al código, sino que puede concebirse como una *elementarización* en el sentido adicional de que constituye un aspecto considerado por el sistema como *irreductible*,<sup>206</sup> *elemental* (donde aún es necesario vincular su

<sup>203</sup> En este marco pueden recuperarse las discusiones sobre la universalidad de los derechos humanos y su caracterización como imposición social o cultural. Esta universalidad no es absoluta. Conclusiones como “universalidad contextualizada” ahora se vuelven pertinentes (Vázquez, D, Serrano, S., 2013, pp. 22 y ss.).

<sup>204</sup> Sin que con ello se agoten los aspectos que finalmente han logrado introducirse en el marco de los derechos humanos, pero en un ámbito distinto al derecho a la no discriminación.

<sup>205</sup> El uso de estas nociones se realiza en un contexto distinto respecto del expuesto por Luhmann. Luhmann las refirió para mostrar cómo la distinción hombre/mujer es universalizada en los movimientos de mujeres feministas, en tanto es elementalizado en el sistema social familia, en ambos casos como distinción directriz.

<sup>206</sup> En el contexto de mostrar la operación de la distinción hombre/mujer en los movimientos de mujeres feministas y la familia (donde indica que en el primer contexto se universaliza la distinción y en el segundo se elementaliza) [evidentemente la idea de familia la plantea como en ese momento se consideraba], acota

posible relación con la noción no-irritabilidad), que surge asociado a las consecuencias de la sociedad diferenciada funcionalmente, y que, (b) posiblemente por ello, es susceptible de generar ámbitos específicos del derecho (reconocibles en tratados específicos, por ejemplo, para: mujeres, niñas y niños, personas con discapacidad o personas migrantes). Además, podría considerarse que (c) la elementalización se genera evolutivamente a partir del mismo movimiento que produce la universalización, al ser consecuencia de distinciones que representan dificultades para ser procesadas por el sistema (y la sociedad) en términos “universales” (derechos universales), por lo que es reintroducida la elementalización en un segundo momento de universalización cuando se reconocen derechos universales para grupos específicos de personas (mujeres, personas con discapacidad, niños y niñas, etc.).<sup>207</sup> Y, finalmente, (d) que la elementalización no necesariamente se traduce en el derecho a la no discriminación, sino que este derecho se considera en particular para los casos asociados a personas (individuo/sociedad); pues, cuando se trata de otros aspectos, como los ecológicos, estos de cualquier forma pueden reintroducirse como derecho humano (v.g., al medio ambiente), pero no se expresan como *no discriminación*.

52. A diferencia de lo que sucede al interior del sistema jurídico (donde la igualdad requiere ser reintroducida con una distinción que admite restricciones) la absolutización semántica de la ideología de la igualdad produce una identificación constante de desigualdades, y, en todo caso,

---

el uso en los siguientes términos: La universalización “Propaga su distinción como una forma sin lado externo, sin un límite, sin miramientos. Se va a caer así en la paradoja de la forma sin forma.” También se puede concebir “el problema [...] del lado opuesto”, cuando se “elementariza” la distinción. La distinción se “trata como una forma sin un lado interno, como símbolo de la unidad del distinguirse a sí mismo. Formuladas de este modo, ninguna de las dos cosas puede funcionar.” (Luhmann, MH-GSB, 2015b, p. 67). La familia, indicaría, “puede ser practicada [...] como no-distinción” (Luhmann, MH-GSB, 2015b, pp. 65-66) Considerando estos términos, la propuesta que se hace en el actual trabajo para recuperar la distinción universalización/elementalización, se basa en tres ideas principales: al indicar Luhmann la universalización en el movimiento y la elementalización en la familia, (a) señala *de cada una* su imposibilidad de funcionar, sin embargo, ahora para observar el derecho se indica no su operación separada, sino *conjunta*, y (b) dentro *un mismo sistema*. Asimismo, (c) la distinción universalización/elementalización no se observa aquí como una distinción que corresponda al código o distinción directriz del sistema (como sí lo sería para los movimientos de mujeres feministas y para la familia) Esto mismo permite articular claramente esta distinción (universalización/elementalización) con su problematización de lo que indica como *no-irritabilidad (infra)* y a las “distinciones e indicaciones viejas o nuevas, que son removidas de los códigos de los sistemas de función, o en cualquier caso no son debidamente tomadas en cuenta”, según se citó *supra*.

<sup>207</sup> Es decir, la forma universal/elemental es reintroducida, de manera que no sólo se universalizan los derechos humanos específicos, sino que al interior de estos se pueden reconocer situaciones irreductibles. A esto se asociaría la idea de discriminación múltiple o interseccional.

las desigualdades socialmente relevantes se van determinando “en cada situación histórica”, aunque siempre en un horizonte “infinito”.<sup>208</sup>

La ideología de la igualdad postula, para las distinciones, el ideal de la indistinguibilidad, y las orienta en esa dirección. La distinción permanece relevante en tanto sirve para cristalizar las desigualdades. Qué desigualdades cuenten para este proceso es fijado por el nivel de exigencias que debe ser determinado específicamente en cada situación histórica. [...] El horizonte de las ambiciones de igualdad de trato es infinito y puede ser actualizado desde cualquier punto de partida. A partir del estado de las cosas se pueden así construir cada vez las urgencias, y normalmente esta actividad como el lugar de la reflexión. (Luhmann, MH-GSB, 2015b, p. 45)

52.1. Sin embargo, en el derecho, las desigualdades cristalizadas no son identificadas por igual cuando se consideran como desigualdad que cuando se consideran como discriminación (esto se desarrollará en el siguiente apartado); pero, en todo caso, los aspectos elementarizados (se insiste, *algunos* considerados en el marco del derecho a la no discriminación) se pueden asociar a diferentes situaciones de no irritabilidad.

#### **B.4.1.1. Irritación y no-irritabilidad**

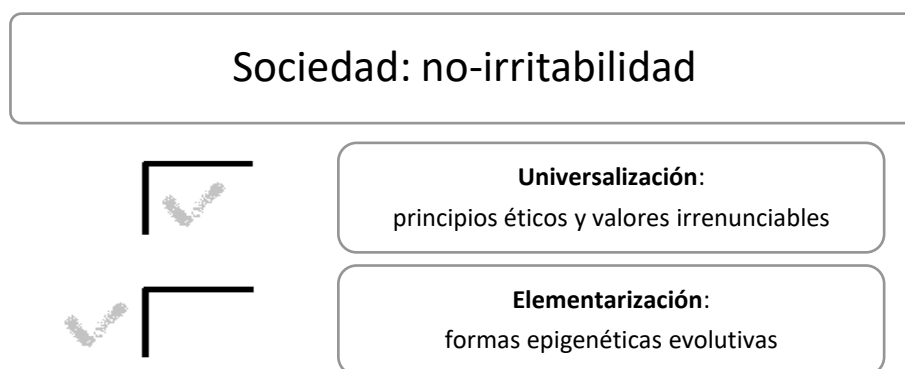
53. La irritación corresponde a los procesos mediante los cuales se producen efectos en un sistema en relación a su entorno; su “problema” es “la relación entre sistema y entorno; o más exactamente, el problema de la *re-entry* de la diferencia sistema/entorno en el sistema” (Luhmann, SS, 2006, p. 629). Por lo cual, “[s]u lugar teórico lo encuentra en la tesis del nexo entre clausura operativa (*autopoiesis*) y acoplamiento estructural entre sistema y entorno.” (Luhmann, SS, 2006, p. 626). El entorno, sin embargo, no determina al sistema, puesto que sólo el sistema determina sus consecuencias internas, en estos términos sólo hay una “determinación estructural”. Ante un proceso de irritación, el sistema será el que determine si modifica o no estructuras internas, determinando qué aspectos del entorno son los que considerará (pues el

---

<sup>208</sup> En este contexto puede recordarse las conceptualizaciones de Foucault, al observar las relaciones de poder, pues indicaba que éstas surgían de manera inmanente a todos los demás tipos de relaciones y por ello se volvían omnipresentes: “las relaciones de poder no están en posición de exterioridad respecto de otros tipos de relaciones (procesos económicos, relaciones de conocimiento, relaciones sexuales), sino que son inmanentes; constituyen los efectos inmediatos de las particiones, desigualdades y desequilibrios que se producen” (Foucault, 2002b, p. 114), por lo cual postulara una “[o]mnipresencia del poder: no porque tenga el privilegio de reagruparlo todo bajo su invencible unidad, sino porque se está produciendo a cada instante, en todos los puntos, o más bien en toda relación de un punto con otro. [...] viene de todas partes.” (Foucault, 2002b, p. 113).

entorno de manera genérica no se considera), de manera que “irritación es un estado propio de cada sistema sin correspondencia en el entorno del sistema. [...] El entorno es como es. Sobre la irritación se puede únicamente hablar con índice sistémico”, y los aspectos que pueden considerarse en un sistema surgen como “diferencia semántica”<sup>209</sup> (Luhmann, SS, 2006, p. 628)

54. La no-irritabilidad de los sistemas sociales correspondería a dos ámbitos: (a) las “formas epigenéticas evolutivas” (Luhmann, SS, 2006, p. 631), y (b) “los principios éticos o en los valores irrenunciables” (Luhmann, SS, 2006, p. 632). Respecto de ambos niveles nuevamente se puede identificar la elementarización y la universalización: las formas epigenéticas corresponderían con la *elementarización*, y los valores irrenunciables con la *universalización*.



54.1. *Elementarización*. Las “formas epigenéticas evolutivas” (Luhmann, SS, 2006, p. 631) corresponde a problemas producidos y evolucionados en los márgenes (y a partir) de los sistemas funcionales.<sup>210</sup> Se trataría de problemas a los cuales semánticamente se les puede caracterizar como irreductibles.

54.1.1. Entre ellas se incluyen de manera sobresaliente los problemas ecológicos, la sobrepoblación y las migraciones, “las expectativas cada vez más individualizadas e

<sup>209</sup> Como puede observarse, la *diferencia semántica* es esencial para comprender los procesos con el entorno de los sistemas. “Esta diferencia es la forma con la cual un sistema de sentido reacciona a influencias del entorno y con ello reacciona a algo que sucede en otros niveles de realidad (por ejemplo, químicamente o en términos de conciencia) o también en otros sistemas funcionales que no son accesibles al sistema por la clausura operativa de éste.” (Luhmann, SS, 2006, p. 628)

<sup>210</sup> Sirve recordar que Luhmann, comentando una posible observación sobre el código del derecho, indica: “se puede tratar como ‘lado interior’ del código o bien el derecho, o bien el no-derecho, mientras que el otro lado se tratará como ‘lado exterior’, como categoría restante.” (Luhmann, DS, 2005, p. 244).



‘idiosincrásicas’ de los individuos particulares orientados a la felicidad y a la autorrealización” (Luhmann, SS, 2006, p. 630); en general, también se puede considerar en este ámbito a la *exclusión societal agregada* que da lugar a indicar la distinción inclusión/exclusión como una meta-diferencia o meta-código, según se ha señalado anteriormente.

54.1.2. Asimismo, se generarían “distinciones y [...] fronteras duras, que contribuyen a formar identidades y que por eso no pueden superarse”, como “el resurgimiento de distinciones étnicas” y “la revivificación de fundamentalismos religiosos en una sociedad global”, “distinciones raciales”, “el ‘gender trouble’”, “el odio altamente motivador al extranjero” (Luhmann, SS, 2006, p. 631).

54.1.3. Estos problemas asociados a la *identidad*, constituirían “[l]as fronteras duras de esos espacios-propios, [que] de ninguna manera se coordinan con los límites de los sistemas funcionales.”, por lo que se genera una “propensión a la violencia” como “el médium más fuerte de expresión para mostrar que se está existencialmente involucrado” (Luhmann, SS, 2006, p. 632).<sup>211</sup>

54.2. *Universalización*. Los *principios éticos* y los *valores irrenunciables*, en relación a los anteriores problemas de no-irritabilidad, constituyen un tema “comparablemente inocuo”.<sup>212</sup> Con ellos “se está reaccionando a necesidades que se han vuelto más urgentes” (Luhmann, SS, 2006, p. 632).<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> Lo cual, al ser un involucramiento *existencial*, sin duda, recuerda a la distinción amigo/enemigo de Carl Schmitt y motiva que se tenga en propuestas como la de Chantal Mouffe (agonismo) un marco semántico pertinente para la época. Sin embargo, independientemente de sus construcciones teóricas, socialmente sería difícil no ver polarizaciones y una oscilación entre —para decirlo de alguna forma— posiciones schmittianas y mouffeanas.

<sup>212</sup> Es sugerente que Wallerstein, sin embargo, denomina *universalismo* no a los aspectos éticos y de valores, sino a la propia operación de los sistemas funcionales, “la prioridad de reglas generales aplicables aplicadas en forma igual a todas las personas, y por lo tanto el rechazo a las preferencias particulares en la mayoría de las esferas”; y, por otro lado, frente al universalismo o como reacción a éste, observa un “antiuniversalismo, o la discriminación institucional activa contra todas las personas de un grupo de estatus o identidad específico” (Wallerstein, 2006, pp. 60 y ss.).

<sup>213</sup> Así, como Luhmann, Wallerstein observa una dinámica producida mundialmente de forma sistémica. Podría decirse que, también en su observación, aún no podía dar cuenta de las evoluciones sobre la elementalización en el derecho (evolucionando el derecho a la no discriminación y los derechos específicos que de ahí derivan, como se indica en lo subsiguiente), que da lugar a la integración de lo diferente y a la irritación, a partir de allí, de los demás sistemas funcionales que él identificaba solamente como universalismo. Sin embargo, destaca que la dinámica de este universalismo era visto al mismo nivel que la dinámica centro-periferia (y que Luhmann criticaría): “[...] el sistema-mundo moderno ha asumido una característica central en su estructura de existencia, propagación y práctica simultánea del universalismo y el

54.2.1. Sin embargo, estos presentan diversos problemas. Las respuestas a las necesidades (o problemas) que se pretenden con ellos, no dan cuenta de la no-irritabilidad de los sistemas sociales (al postular normas éticas a seguir individualmente ante problemas de otro orden: estructurales, sociales), con lo cual terminan siendo irrelevantes (Luhmann, SS, 2006, pp. 632-633).

54.2.2. Asimismo, se genera un abordamiento de la realidad sustitutivo, pues la realidad no cambia, pero los valores se afirman sin importar la decepción de las expectativas (se mantiene como una “observación de segundo orden”). Se constituyen como “preferencias”, intercalados con “exigencias sociales”, “y desde allí juzgan a la realidad”, al grado que “pueden llegar a ser puntos fijos cuando en la comunicación se logra imponer que no haya oposición”, pudiendo incluso calificarse como “inviolable levels”. El problema derivado es que, al *fijarse*, cancelan las discusiones que no concuerde con esos valores. (Luhmann, SS, 2006, pp. 632-633)

54.2.3. El problema con esta lógica, en una observación de la sociedad, es que en este nivel “[l]os valores no contienen una regla para el caso de conflicto entre valores. No hay [...] un orden transitivo o jerárquico de los valores [...]” (Luhmann, SS, 2006, p. 634). Es decir, se generan las condiciones para un caos de valores e imposibilidad de decidir, particularmente en una sociedad diferenciada funcionalmente, dado que cada sistema, además, produce valores propios:

---

antiuniversalismo. Este dúo antinómico es tan fundamental al sistema como lo es la división de trabajo sobre el eje centro-periferia.” (Wallerstein, 2006, p. 63). De este modo, también en esta forma de observación, la elementalización resulta uno de los principales aspectos a abordar por la sociedad en la sociedad mundial.

Otro autor que sitúa este marco como un problema central fue Foucault en lo que denominaría *biopolítica*, quien, al igual que Wallerstein refería la lógica del racismo (la discriminación) como un mecanismo que permitía justificar socialmente un trato diferenciado. Foucault señalaba que el racismo es “una manera de desfase, dentro de la población, a unos grupos con respecto a otros”, con lo cual el sustento de tal desfase termina siendo biológico, en el fondo es una lógica de “cuanto más dejes morir, más, por eso mismo, vivirás” o “si quieres vivir es preciso que el otro muera” (cfr. Foucault, 2002c, pp. 230 y ss.). En su análisis, Wallerstein, de manera semejante, consideró que el racismo, el sexismo y otras formas de discriminación sirven para justificar las desigualdades sociales producidas sistémicamente, puesto que permite atribuir la causa de la desigualdad a los propios individuos o grupos sociales. Es decir, con el racismo (y en general con la discriminación), trasladar los costes sistémicos a las personas o grupos que lo sufren se torna justificable. Dada estas circunstancias, no sería extraño que, frente a lo problemático de la lógica de elementalización en la sociedad, el primer tratado de derechos humanos, antes que los Pactos, fuera la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (aprobada en 1965 y en vigor desde 1969). Los derechos humanos, en este sentido, constituyen una operación que muestra la paradójica unidad de lo diferente en la sociedad, y reintroduce a los individuos, con sus diferencias, en la sociedad.

dado que todo orden de valores está lleno de 'strange loops' y con ello constantemente se colapsa, se presta para servir de 'inviolable level'. En este sentido, no puede haber valores absolutos que en cada situación impongan su dominio. La abstracción de múltiples valores en la forma de preferencias particulares, sólo puede significar que los valores deben comprometerse o diferirse constantemente. Cuantos más valores hay, menos puede conseguirse de ellos acerca de cómo se debe decidir. (Luhmann, SS, 2006, p. 634).

54.2.4. Este problema se agrava si se consideran valores absolutos, donde se da una situación equivalente a la dureza recién referida en relación a las identidades; y, con ello, los problemas de no irritabilidad se acrecientan:

En vista de tal estado de cosas, los valores absolutos adquieren una forma peculiar: son valores con el antagonismo considerado; puesto que sus adeptos ya saben quiénes son los adversarios, no ven motivo alguno para ser más tolerantes. Para ellos sólo hay victorias o derrotas —sobre todo porque pueden estar seguros de que el valor que defienden, no puede refutarse como valor.

Tal vez éstos sean fenómenos secundarios cercanos a los fanatismos y fundamentalismos tal como se reproducen constantemente en una sociedad que se hiperirrita a sí misma. Entonces, en última instancia, los conflictos de valores se convierten también de nuevo en irritaciones, y las irritaciones en cargas para la decisión. Los sistemas funcionales pueden reaccionar de nuevo irritados a las durezas de las distinciones utilizadas para la determinación de la identidad, a la proclamación de principios de la ética y al postulado de los valores. (Luhmann, SS, 2006, pp. 634-635).

54.3. Sin embargo, habría que recuperar que un aspecto en que los valores pueden servir ante la no-irritabilidad deriva de que "se impregnan en la memoria del sistema", y "los valores ordinarios desplazan el balance normal entre olvidar y excepcionalmente recordar —en favor del recordar", por lo que, con el tiempo se pueden transformar en programas de decisión (Luhmann, SS, 2006, p. 634). Esto puede dar lugar a que en la sociedad también se encuentren formas de procesamiento:

Puede que el odio a los extranjeros se convierta en problema político y jurídico, que los conflictos étnicos disminuyan el potencial económico e influyeran los flujos de financiamiento; que los problemas de género se transformen en problemas de carreras, y los radicalismos religiosos se perciban como problema para la democratización de la política. Puede aumentar en el lenguaje cotidiano el estarse refiriendo a principios éticos o a valores imprescindibles y eso servir de ayuda en las más diversas situaciones para formular los programas de los partidos, las decisiones jurídicas en las más altas instancias, la declaración de principios de las compañías o la preparación de las leyes. (Luhmann, SS, 2006, p. 635)

54.4. Esto, que se presenta como un problema de “irritación ética”, ante la diversidad de valores que pueden postularse en la sociedad diferenciada funcionalmente, tenía como resultado que su resolución fuera observada por Luhmann como un problema en el que “se llega a la tematización oblicua en perspectivas incongruentes” (Luhmann, SS, 2006, p. 635). Lo cual, evidentemente, se corresponde con lo que en el derecho internacional se ha expresado como la fragmentación del derecho internacional, según se ha visto. Por ello, en buena medida, lo que se está procesando en el marco de los derechos humanos es esa falta de congruencia (consistencia).

54.4.1. Con cierta reserva, “poniéndose del lado de los sistemas funcionales”, Luhmann no veía en el horizonte una seria posibilidad de este tipo, consideraba que se estaban “delineando claramente los límites de la posibilidad de normalizar sin residuos la poca posibilidad evolutiva”:

Sólo poniéndose del lado de los sistemas funcionales —de por sí cargados de irritación— pueden evaluarse, como perspectiva de solución aun de los problemas del entorno correspondiente, sus intentos por transformar irritaciones en estructuras de expectativas. Para eso hoy día se necesita algo de optimismo. En todo caso se están delineando claramente los límites de la posibilidad de normalizar sin residuos la poca posibilidad evolutiva de esta forma de diferenciación orientada por funciones. (Luhmann, SS, 2006, p. 635)

55. Se podría discutir sobre si los problemas de no-irritabilidad derivan de la inexistencia de una instancia de coordinación de los sistemas funcionales, sin embargo, Luhmann observa que una instancia central “bloquearía la diferenciación de todos los sistemas funcionales que producen efectos en el entorno; la sociedad funcionalmente diferenciada opera sin cúpula y sin centro.” (Luhmann, SS, 2006, p. 637). En cualquier caso, es necesario observar el “cambio evolutivo de estructuras (incluyendo formación de nuevas) que reaccionan” (Luhmann, SS, 2006, p. 631), pues finalmente es la sociedad misma la que va reaccionando a sus problemas, generando estructuras y acoplamientos.

55.1. En el derecho internacional, sin una instancia central, se estaría generando cierta respuesta del derecho y de la sociedad (mundial), abordando los problemas evolutivos epigenéticos de no-irritabilidad (elementarización), mediante la universalización (siendo esto también un tema de no-irritabilidad) de valores juridificados asimetrizados —mediante la

supraordenación de los derechos humanos y, en ellos, una nueva re-entry que asimetriza los derechos absolutos y el *ius cogens*—.

55.2. Si en la sociedad se puede identificar la operación de la distinción elementarización/universalización, al parecer, al interior del derecho, en el marco operativo de la distinción individuo/sociedad, este sistema parcial habría condensado y confirmado correlativamente la universalización de los derechos humanos y habría evolucionado el derecho a la no discriminación en relación a los aspectos de elementarización, generando una *re-entry* en el lado *universalización* de la forma.

#### **B.4.2. Principio (y normas) de igualdad y no discriminación**

56. La forma igual/desigual se expresa en el derecho como forma, programas (principios, normas),<sup>214</sup> e incluso como fórmula de contingencia<sup>215</sup> (último criterio de atribución y “fundamentación superior”: justicia):

La igualdad es la preferencia más abstracta del sistema: el último criterio de atribución de lo que está en conformidad (o en discrepancia) con el derecho, en los casos de disputa. En esta función adopta también el nombre de “justicia” (Luhmann, DS, 2005, p. 167).

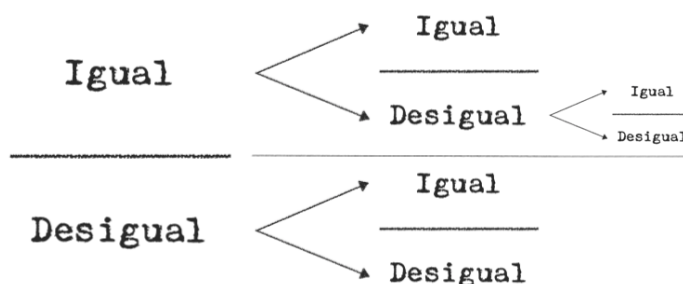
---

<sup>214</sup> Un programa al ser una “regla que decide acerca de la asignación de los valores” que puede ser tanto formal como informal, pues “[p]ensamos, como programas, en las leyes jurídicas, pero también en otras premisas de decisión del derecho: la autovinculación surgida de los prejuicios en la praxis de los tribunales”, sirve para “determinar [...] qué aspectos y en qué ocasiones el sistema tendría que procesar cogniciones.” (Luhmann, DS, 2005, p. 149); de modo que, en general, los programas se constituyen como una tematización jurídica, donde en todo caso es necesario determinar de qué manera se articulan; y, en su caso, funcionan de forma agregada.

<sup>215</sup> La fórmula de contingencia funciona como una forma última de atribución de decisión, por ello, “[a]l interior del sistema, la fórmula de contingencia se asegura como irrefutable; se le ‘canoniza’”, con la cual “el propio sistema tiene que designar la justicia como ofrecimiento con lo que el sistema se identifica como idea, como principio, como valor” (Luhmann, DS, 2005, p. 280).

En los sistemas funcionales (como la economía, la ciencia, la religión o el derecho) “[l]as fórmulas de contingencia tienen [...] la forma de una conclusión circular”, pues se autoespecifican, y “se refieren a la diferencia entre indeterminabilidad y determinabilidad.”, como “posibilidad de manejarlos [los “hechos consumados”] de otra manera”. En general, “[u]n sistema que procesa sus operaciones internas mediante informaciones, siempre tiene a la vista también otras posibilidades.” La función de las fórmulas de consistencia “consiste en rebasar ellas mismas este límite y recurren para ello a factores plausibles históricamente dados.” (Luhmann, DS, 2005, pp. 281-282)

57. Dada la importancia de la igualdad en el derecho al grado de poder indicarla como universal (o referirla como expresión de la unidad del derecho), la identificación de lo elemental requiere concebir la operación de la forma de manera más detenida. Luhmann refiere que el esquema igual/desigual “sugiere el desarrollo de normas y preferencias, pero que por sí mismo no determina la preferencia por la igualdad” (Luhmann, DS, 2005, p. 167). Lo relevante de este esquema es que a partir de su funcionamiento se logra determinar qué se considera igual y qué desigual, estableciendo diferentes consecuencias en cada nivel, pues se reintroduce la distinción igual/desigual en cada posibilidad de manera que, tanto en lo considerado igual como en lo desigual, debe observarse nuevamente el mismo esquema igual o desigual. Esto es, tanto del lado igual como del lado desigual, en lo subsiguiente, continúa operando la forma igual o desigual.



57.1. El principio de igualdad, se recuerda, consiste en añadir la distinción regla/excepción al esquema igual/desigual, de manera que lo que es igual es la regla y “contiene en sí mismo una razón suficiente”; y la excepción es lo que se considera desigual, y “requiere fundamentación”. A través de esto, el derecho evoluciona fundamentalmente a partir de lo considerado como desigual.

58. De esta manera, cuando la forma de la igualdad permite contrastar desigualdades, deriva en la posibilidad de establecer nuevos tipos de desigualdad y, consecuentemente, requerir para ellos un trato diferenciado “si estas desigualdades impiden que se les trate por igual”:

“Éstas [las desigualdades], 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. Como toda comparación, ésta sirve para descubrir las desigualdades y lleva de la mano a la pregunta de si estas desigualdades impiden que se les trate por igual.” (Luhmann, DS, 2005, p. 168)

59. Las expectativas normativas evolucionan reconociendo niveles de atribución a partir de la posibilidad de tratar igual lo igual, y desigual lo desigual; y, con ello, recomienza la operación de la forma a partir de la asunción del trato desigual (diferenciado), pues ahora se usará como nueva base de lo igual y lo desigual. La ideología puede permitir este tipo de re-enlazamiento al presionar en esos términos para “corregir las desigualdades [sociales] existentes”; para ello, en el derecho, al referirse a tipos de personas, se fija una desigualdad como distinción, como *identidad*, y a partir de allí es posible enlazar las operaciones sucesivas:

La típica ideología que está en la base exige tratamiento igual para los hombres y para las mujeres y es precisamente esto lo que legitima una diversidad de tratamiento de los hombres y de las mujeres para corregir las desigualdades existentes, esto es, para favorecer a aquellos que están en desventaja. Esto permite dirigir siempre el indicar (*indication*) al interior de la distinción (*distinction*) allá donde existe una desigualdad en el sentido de recuperar la igualdad, y enlazar operaciones sucesivas. (Luhmann, MH-GSB, 2015b, p. 40)

59.1. Conviene recordar que la operación de la forma sirve tanto para las situaciones asociadas a la distinción individuo/sociedad (sobre las condiciones o situaciones de las personas), como en relación al surgimiento de las “materias”, “ramas” o “ámbitos” del derecho (materias penal, civil, mercantil, laboral, etc.); aunque aquí sólo se revisa en relación al primer tipo.

59.2. Así, la aplicación de la forma igual/desigual, llevado a las personas (individuo/sociedad), permite reconocer identidad(mismidad)/diferencia entre identidades de éstas, y cuando se refiere a la protección de la *identidad diferente*, se establece el campo para el *derecho a la no discriminación*. En este espacio es que los anteriormente referidos aspectos de *no-irritabilidad* dados por las *identidades*, se recuperarán en el sistema derecho.

59.2.1. Es necesario señalar que la *discriminación* no fue definida ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>216</sup> por lo que tanto el Comité de Derechos Humanos (Comité DH) como el Comité de

---

<sup>216</sup> El desarrollo subsecuente remitirá fundamentalmente a ambos pactos (aprobados en 1966 y en vigor desde 1976), ya que, de entre los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, estos (con su protocolos) son nucleares, al ser considerados, en conjunto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta Internacional de Derechos Humanos. Como se verá, ambos pactos se distinguen en aspectos relevantes asociados a cómo se considera el tipo de *naturaleza* de los derechos contenidos en cada Pacto. Para una mejor comprensión del argumento, se adelanta que esta diferencia de naturaleza ha sido

Derechos Económicos y Sociales (Comité DESC)<sup>217</sup> procedieron a definirla a partir de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* y de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (el Comité DH en su Observación General 18, párrs. 6 y 7; y el Comité DESC, en su Observación General 20, párr. 7). La mayor precisión fue establecida por el Comité DESC en su *Observación General Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, al señalar que:

“por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto.” (Comité DESC, OG 20, párr. 7).

59.2.1.1. Los motivos prohibidos aludidos se consideran en dos sentidos: *expresamente* establecidos en el Pacto, donde están “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social”; y los *implícitos* derivado de la formulación “cualquier otra condición social”, pues “El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo” (Comité DESC, OG 20, párr. 27).

59.2.1.2. Asimismo, para reconocer si alguien pertenece a un grupo de los referidos, “la decisión se basará, a menos que exista una justificación para no hacerlo, en la autoidentificación del individuo en cuestión”, aunque también puede derivarse de la *asociación* o la *percepción* que terceras personas realicen respecto de alguien discriminado (Comité DESC, OG 20, párr. 16). Como puede verse, al valorarse un acto presuntamente discriminatorio, los motivos prohibidos se asocian a una *identidad diferente*, ya sea autopercibida o percibida por terceros.

60. Cuando se observa la evolución del derecho a la igualdad como la *universalización*, y a partir de allí el derecho a la no discriminación como *elementarización*, entonces, se puede observar la inversión *inicial* de los valores: el derecho a la igualdad tiene como lado *positivo, conforme a derecho y regla* a la igualdad, y el derecho a la no discriminación a la desigualdad (*identidad diferente*); y, a la inversa, el lado *negativo, no conforme a derecho y excepción* del

---

cuestionada semánticamente a partir de la idea de indivisibilidad entre ambos tipos de derechos, pues esta semántica en realidad tiene fundamentos operativos, estructurales, como se buscará mostrar.

<sup>217</sup> Los cuales son los comités encargados de vigilar la aplicación de los pactos antes aludidos.



derecho a la igualdad es la desigualdad, y en el derecho a la no discriminación es la igualdad (o mismidad). Así, el derecho a la no discriminación surge protegiendo la diferencia de identidad.

Forma igual / desigual		
Norma (principio o derecho)	positivo	negativo
	conforme a derecho	no conforme a derecho
	regla	excepción
a la <i>igualdad</i>	igual	desigual
a la <i>no discriminación</i>	desigual (identidades diferentes)	igual (mismidad)

60.1. Una vez establecida *inicialmente* esta valoración positiva de la diferencia de identidad, entonces, en lo *sucesivo*, se usa esa diferencia como base de las operaciones sucesivas de igual/desigual para *no discriminación*, mientras continúa la evolución de las operaciones previamente establecidas para *igualdad*: “la igualdad tiene que aceptar desigualdades jurídicamente aceptadas” (Luhmann, DS, 2005, p. 296).

Forma igual / desigual		
Norma (principio o derecho)	conforme a derecho (goce del derecho)	no conforme a derecho (violación del derecho)
a la <i>igualdad</i>	igualdad	desigualdad
a la <i>no discriminación</i>	No discriminación (se protegen identidades diferentes y evolucionan sus derechos específicos)	Discriminación (se vulnera a identidades diferentes)

60.2. En síntesis, la no discriminación protege la diferencia frente a la mismidad de identidad, es decir, es una reintroducción de la forma igual/desigual como identidad/diferencia, salvo que el lado positivo es diferencia: diferencia/identidad.

61. Por ello, aunque en principio puede concebirse que el derecho a la *igualdad* y a la *no discriminación* es un solo derecho, y pueden referirse como unidad, también constituyen dos derechos diferenciados y complementarios. Esta diferenciación, situando tanto su unidad como su diferencia, la han realizado explícitamente el Comité de Derechos Humanos y el Comité de

Derechos Económicos Sociales y Culturales, en interpretación del derecho a la no discriminación contenido en los Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):<sup>218</sup>

Comité de Derechos Humanos	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<p>Observación General Nº 18. No discriminación</p> <p>1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye <u>un principio</u> básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. [...]</p> <p>3. Debido a su carácter básico y general, <u>el principio de no discriminación</u> así como <u>el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley</u> a veces se establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos.</p>	<p>Observación General Nº 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales</p> <p>2. La no discriminación y la igualdad <u>son componentes</u> fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. [...]</p> <p>3. <u>Los principios</u> de no discriminación e igualdad están reconocidos además en todo el Pacto. [...]</p>

61.1. Como puede verse, si bien el paso de la forma a la norma es posible por su sentido *operativo*, “es la forma y no la norma la que cierra el sistema”, puesto que la “distinción igual/desigual contiene todo, [...] dado que el principio de igualdad se debe aplicar por igual en todos los casos” (Luhmann, DS, 2005, p 168), para lo cual ha podido evolucionar la forma de seguir aplicando el mismo principio ante casos en que se protege la diferencia.<sup>219</sup>

62. Ahora, la pregunta derivada de la forma “esto ¿es igual o desigual?” (Luhmann, DS, 2005, p. 169), debe aplicarse en las operaciones del sistema jurídico en razón de la doble parametrización de *igualdad* (principio de igualdad) y *diferencia* (principio de no discriminación), que ahora dinamizan en su conjunto al sistema jurídico; las cuáles, en tanto programas condicionales, se aplicarán específicamente a las normas de derechos humanos. Esto es, se hace la

<sup>218</sup> Debido a que las referencias a ambos pactos serán más constantes, en lo sucesivo se podrá abreviar PIDCP para el primero, y PIDESC para el segundo.

<sup>219</sup> En esto no podría olvidarse la referencia de Luhmann a que el principio de igualdad funciona de manera análoga al principio de causalidad, donde “su función [común] consiste [...] en construir la complejidad del entorno como infinitud esquematizada, de tal suerte que el sistema tenga puntos de referencia para sobreponerse al problema de la complejidad.” Donde el principio de igualdad permite que la complejidad se presente “como la infinitud de posibles relaciones comparables” (Luhmann, DFI, 2010a, p. 280).

pregunta sobre si es igual o desigual la *igualdad como norma* y, en su caso, si es igual o desigual la *diferencia como norma (no discriminación)*, de modo que con ambos esquemas se termina por involucrar a la misma idea de justicia:

La programación condicional no es únicamente un apoyo cognitivo con relación a lo “igual” y a lo “desigual”, es la condición para que la idea de justicia pueda verse en la forma de la igualdad (= normatividad) (Luhmann, DS, 2005, p. 293).

63. La base normativa dual (igualdad y no discriminación) y conjunta, para la aplicación de la forma igual/desigual a todo el derecho, es una evolución de la *universalización* que implica la *elementarización* en los derechos humanos.

64. La elementarización, además, supone la posibilidad de indicar que este tipo de asimetrización (“una forma sin lado interno”) da oportunidad de distinguir cuándo una desigualdad se vuelve relevante para el derecho, de manera que desarrolle no sólo una *re-entry* más, sino que la fije y a partir de allí reconozca ámbitos completos de derechos específicos. Asimismo, muestra que habría cierta equivalencia de la elementarización con los *inviolable levels*, pues estos se desarrollan como universalización (“una forma sin lado externo”).

64.1. Esquemáticamente se podría observar un primer momento en la universalización jurídica de la igualdad y de elementarización societal de lo desigual, seguido de un segundo momento (*re-entry*) con la universalización jurídica de lo elementarizado, ubicándose el derecho a la no discriminación como complementario del derecho a la igualdad. Así, mediante la elementarización se reconoce la diferencia de las personas con discapacidad, los niños, las personas migrantes, las mujeres, etc., dando lugar no sólo a que surjan algunas normas específicas, sino a que surjan tratados específicos de derechos humanos con sus propias distinciones directrices.

64.2. No obstante, la elementarización podría observarse en la diferenciación entre otros tipos de subsistemas jurídicos como la diferenciación del derecho laboral respecto del derecho civil, o el mercantil también respecto del civil. Así, posiblemente esta vía podría ayudar a dar cuenta de los acoplamientos estructurales del derecho con otros sistemas sociales.

64.3. Por otro lado, la elementarización puede ayudar a comprender la equivalencia funcional para el reingreso de los problemas del entorno no humano (es decir, lo no referenciado como

exclusión), el entorno que es reconocido semánticamente como los problemas ecológicos y que da lugar, por ejemplo, al derecho humano al medio ambiente sano.

65. En síntesis, en cuanto a las personas, el derecho a la no discriminación opera complementariamente a la universalización de los derechos humanos en relación al derecho a la igualdad.

#### **B.4.3. Universalización y sociedad mundial: responsabilidad del Estado y víctimas, obligaciones generales del Estado y progresividad**

66. Los temas subsiguientes, de igual forma, podrían haberse desarrollado en el siguiente apartado dedicado al subsistema de derechos humanos. Sin embargo, se incluye en este momento a fin de dar cuenta de la universalización de los derechos humanos, evitando una mayor dispersión del tema. Al desarrollarse los temas propios del subsistema, se retomarán los aspectos pertinentes.

67. En general, la universalización y elementarización han sido un problema de la sociedad mundial, al nivel de los individuos y grupos sociales, sin embargo, la universalidad de los derechos también humanos presenta aspectos problemáticos ante los problemas que implican el *espacio*. Por ello, un problema esencial es la imposibilidad de afirmar que estos se pueden ejercer, que se respetan o se cumplen por igual en los diferentes países del mundo. Así, paradójicamente, la aplicación de la distinción igual/desigual en la observación regional de los derechos humanos permite constatar que en realidad no es posible equiparar las condiciones de su goce entre los Estados.

67.1. Por ello, las preguntas sobre la universalidad se acotan a dar cuenta si es posible hablar de ella cuando, por ejemplo, se tienen diferencias culturales, institucionales, económicas o, incluso, ambientales, que afectan el acceso al goce de esos derechos; si en esas condiciones puede haber igual aplicación de la ley para todas las personas.

68. La universalidad de los derechos humanos no puede operar de manera *directa* la distinción igual/desigual sino que requiere la mediación de otras distinciones que permiten una operación

diversificada en los Estados (invisibilizando, a su vez, ésta operación diversificada), y, sin embargo, manteniendo (gracias a esa invisibilización) la misma semántica universalista.

68.1. Las distinciones más relevantes que permiten dar cuenta de la forma como puede postularse la universalidad en la sociedad mundial se relacionan con (a) la responsabilidad del Estado y la integración operativa de la noción *víctima*, (b) la indivisibilidad de los derechos humanos y las obligaciones generales del Estado, y (c) el principio de progresividad. Como podrá constatarse, esto no extraña puesto que, fundamentalmente, éstas derivan del tipo de acoplamiento estructural entre el derecho, la política y la economía.

**B.4.4. *La unidad de la sociedad mundial estatalizada:  
la responsabilidad del Estado y la integración de las víctimas***

69. Un breve panorama en cuanto a la *responsabilidad por los hechos ilícitos* y las personas *beneficiarias de dicha responsabilidad* se puede referir indicando que, con los derechos humanos, la noción de responsabilidad por los hechos ilícitos se complejizó a nivel internacional, saliendo totalmente de un esquema contractualista interestatal.

69.1. A nivel internacional no resulta novedosa una responsabilidad de los Estados, puesto que es sobre esta base que se establecen las relaciones interestatales.<sup>220</sup> Lo que resulta novedoso es el hecho de que este mismo tipo de responsabilidad sirve de base para la aplicación nacional de los derechos humanos. Esto deriva de que a nivel internacional el derecho nacional no se considera una norma sino un hecho, motivo por el cual el derecho interno no puede ser referido como razón de incumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales. Evidentemente, se crea una necesidad de acoplamiento entre el derecho internacional y nacional que atrae al derecho nacional a la conformidad con el derecho internacional, puesto que el código conforme a derecho/no conforme a derecho opera en el nivel internacional. Así, la posible fragmentación de la responsabilidad jurídica del Estado al interior de los Estados, mediante su distribución de competencias o la diferenciación en niveles de gobierno subnacionales (federados), tiene un

---

<sup>220</sup> Llegando incluso la Comisión de Derecho Internacional a elaborar un *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) que desde esa fecha se encuentra en estudio en el seno de la Comisión Sexta de Naciones Unidas con miras a una eventual convención sobre la materia.

proceso de unificación constante (maximizado si los tratados de derechos humanos son considerados parte integrante de las constituciones nacionales).

69.1.1. De este modo, lo novedoso en el marco de los derechos humanos en cuanto a la consideración de la *responsabilidad del Estado*, es que ésta se traslade (explícita o implícitamente) del nivel internacional a los niveles nacionales (con lo cual puede articularse apropiadamente con los derechos fundamentales, con los que finalmente históricamente comparte una semántica, sin embargo, la referencia al Estado en los derechos humanos proviene de su forma internacional, más vinculada a una semántica propia de la diferenciación funcional, y, por ello, tiene problemas con el sentido contractualista del derecho internacional).<sup>221</sup>

69.2. En revancha, ahora del nivel nacional al internacional, lo que resulta novedoso en el internacional es que la responsabilidad del Estado pueda ser reclamada no sólo por otros Estados (que en la práctica *jurídica* internacional, de hecho no la reclaman), sino por las personas que específicamente han sido afectadas por el hecho ilícito, como se ha expuesto previamente. Incluso, en el *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de la Comisión de Derecho Internacional, en la parte tercera, relativa a los “modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado” sólo se indicó la posibilidad de la “Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado” (artículo 42) de manera que las víctimas del hecho ilícito no son consideradas (CDI, 2007 [2001], p. 29). La única forma en que podrían ser consideradas es residual cuando se indican los alcances de las obligaciones dimanantes de la responsabilidad internacional, donde se señala que estos alcances son *sin perjuicio* del beneficio que podría llegar a tener una persona individual:

Artículo 33. Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.

---

<sup>221</sup> Por razones semejantes, esta imputación al Estado no parece tratarse del sentido de la imputación en relación a la *administración pública*. En este caso, no se trata propiamente de derechos de gobernados, sino de derechos que, finalmente, se les observa con un sentido más abstracto que escapa al *interno* estatal, es decir, según se ha comentado, está más orientado por la diferenciación funcional de la sociedad. Sin embargo, por otro lado, puede recordarse que Foucault concibe los derechos humanos como una dinámica entre lo que llama derechos fundamentales y derechos de los gobernados (Foucault, 2007, pp. 61 y ss).

2. La presente parte se entiende *sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona* o de una entidad distinta de un Estado. (CDI, 2007 [2001], p. 28)

69.2.1. Lo novedoso, entonces, a nivel internacional es la posibilidad del reclamo del hecho ilícito denominado violación de derechos humanos, por las personas directamente afectadas: las víctimas. Es decir, es a partir de estas nuevas condiciones en torno a la responsabilidad del Estado que la entidad beneficiaria directa de la protección, frente a los hechos ilícitos, no es otro Estado sino, en su lugar, la *víctima de violaciones de derechos humanos*, como figura recién integrada y surgida en el derecho internacional.<sup>222, 223</sup>

69.3. En síntesis, por medio de los derechos humanos en el derecho internacional se incorporó y se pasó: de una relación *Estado responsable – Estado beneficiario* a una de *Estado responsable – víctima beneficiaria*.

---

<sup>222</sup> Por lo demás, la noción víctima ha tenido usos semánticos de otro orden, pero jurídicamente tiene hasta ahora un uso estructural, a partir del cual se desarrolla la reparación del daño como objetivo de los derechos humanos ante violaciones de derechos humanos (cfr. Rueda Luna, 2019, pp. 38 y ss.).

<sup>223</sup> En el ámbito del *derecho penal*, en el proyecto de artículos con sus comentarios sobre la prevención y castigo de los crímenes de lesa humanidad, de la Comisión de Derecho Internacional, en el comentario al *artículo 12* se señaló la aparición de la figura víctima en los siguientes términos:

2) Muchos tratados anteriores al decenio de 1980 que se ocupan de crímenes tipificados en el derecho interno no prevén disposiciones con respecto a las víctimas o los testigos e, incluso posteriormente a esa fecha, la mayoría de los tratados universales en materia de terrorismo no han abordado los derechos de las víctimas y los testigos. No obstante, a partir de ese decenio, muchos tratados relativos a otros crímenes han establecido disposiciones similares a las que figuran en el proyecto de artículo 12, incluidos los tratados que se ocupan de actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad en determinadas circunstancias, como la tortura y las desapariciones forzadas. Algunos de los estatutos de cortes y tribunales internacionales que tienen competencia sobre los crímenes de lesa humanidad, en particular el Estatuto de Roma de 1998, han abordado los derechos de las víctimas y los testigos, y la Asamblea General de las Naciones Unidas ha proporcionado orientación a los Estados con respecto a los derechos de las víctimas de delitos, incluidas las víctimas de crímenes de lesa humanidad. (CDI, 2019, pp. 111-112)

Aunque, en realidad, la referencia (en notas a pie de página) a un uso operativo y jurídico del término remite su desarrollo al ámbito de los derechos humanos. En específico, en torno a la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, (1984) en relación a las víctimas de tortura y tratos; y, de manera genérica, a la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder* (1985). En todo caso, a nivel regional, el primer antecedente del uso de esta noción, al parecer, se habría establecido en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 (Cfr. CDI, 2019, pp. 111-112).

<b>Configuración por hechos ilícitos en el Derecho</b>	<b>Responsable</b>	<b>Beneficiario</b>
<b>Situación original</b>	Estado	Estado
<b>Situación evolutiva</b>	Estado	Individuos (víctimas)

70. Un segundo aspecto en torno a la responsabilidad deriva del tipo de consecuencia que se busca con ella. En el marco de los derechos humanos se indicó una consecuencia orientada por la persona beneficiaria (las víctimas), por lo que se estableció como consecuencia la *reparación del daño*.<sup>224</sup> Esto dista del tipo de consecuencia punitiva propia del marco del derecho penal, cuyo objetivo es *sancionar* a las personas que cometieron dicho hecho ilícito (los *victimarios*), y donde la responsabilidad penal es individual (esto también es así a nivel internacional, en casos de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio). Así, mientras en materia penal la operación jurídica se estructura en torno a una *entidad objetivo* (los victimarios) que *coincide* con la entidad *responsable* del hecho ilícito, puesto que la persona que se *sancionará* es la misma persona que es responsable; en materia de derechos humanos la operación jurídica se estructura en torno a una de la *entidad objetivo* (las víctimas) que *no coincide* con la entidad *responsable*, puesto que la persona a quien se *reparará* es distinta de la persona responsable del hecho ilícito.

<b>Estructuración en torno a hechos ilícitos</b>	<b>Derecho penal</b>	<b>Derechos humanos</b>
<b>Entidad responsable</b>	Individuo victimario	Estado
<b>Entidad objetivo</b>	Individuo victimario	Individuo víctima
<b>Objetivo</b>	Sanción	Reparación

70.1. Esta diferencia, incluso, es relevante ante el hecho de que algunas violaciones de derechos humanos son *también* conceptualizadas como ilícitos penales. Esto ha llevado a la necesidad de reconocer un doble marco de responsabilidad: la *responsabilidad del Estado* cuando son violaciones de derechos humanos; y la *responsabilidad individual* cuando además esas violaciones constituyen hechos ilícitos delictivos (nacionales o internacionales). Esto ha conllevado a que la

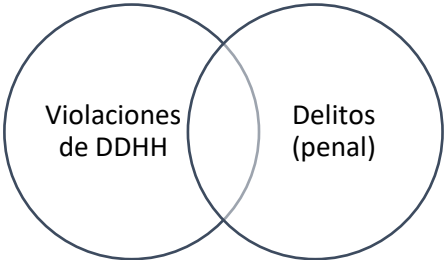
---

<sup>224</sup> Esta evolución puede considerarse un eje articulador operativo, dado que implica la distinción individuo/sociedad en el lado *no conforme a derecho* en los derechos humanos (Cfr. Rueda Luna, 2019).



figura de víctima también sea reconocida en el derecho penal, de manera que, aunque se indique con una sola palabra (víctima), en realidad se implica, de acuerdo al subsistema que esté operando, dos operaciones diferenciadas: víctima de una violación de derechos humanos o víctima de delito. Siempre es posible que haya violaciones de derechos humanos que no constituyan también delitos, en cuyo caso se trataría *sólo* de víctimas de violaciones de derechos humanos.

*Víctimas de violaciones de derechos humanos y/o de delitos*



Fuente: elaboración propia

70.2. De este modo, la irritación entre el derecho internacional y los derechos nacionales, ha dado lugar a la duplicidad de la responsabilidad (del Estado e individual) a partir de violaciones de derechos humanos (así como de la categorización de víctimas, según la forma como se procese el hecho ilícito: delito o violación de derechos humanos), manteniendo una congruencia tanto a nivel nacional como internacional, mediante una estructura del siguiente tipo:

Gráfico: Diferenciación entre derecho de los derechos humanos y derecho penal.

Subsistema	Hecho ilícito	Consecuencia Objetivo	Entidad que orienta la consecuencia objetivo	Entidad Responsable
DDHH	Viol. DDHH	Reparación	Víctima	Estado
Der. Penal	Delito	Sanción	"Victimario"	"Victimario"

Fuente: elaboración propia.

70.3. La estrecha interacción entre estos niveles de responsabilidad (Estado e individuos) y consecuencias (reparación y sanción) llevó a que el Comité de Derechos Humanos especificara esta situación en su *Observación General 31*, mediante una formulación [i] basada en la distinción entre violaciones de derechos humanos y delitos, al indicar que sólo un subconjunto de violaciones de derechos pueden ser también delitos; así como entre [ii] derecho penal nacional (delitos) e internacional (crímenes), al indicar la coexistencia de tipificación nacional e internacional, especificando el caso de los crímenes de lesa humanidad en el ámbito internacional.

18. Cuando las investigaciones a que se hace referencia en el párrafo 15 revelan la violación de [i] ciertos derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte deben asegurarse de que los culpables comparezcan ante la justicia. [...] Estas obligaciones existen concretamente en relación con [ii] las infracciones reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación nacional, entre ellos la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), las privaciones de vida sumarias y arbitrarias (art. 6) y las desapariciones forzosas (arts. 7 y 9 y, frecuentemente, art. 6). [...] [ii] Cuando se cometen como parte de una agresión generalizada o sistemática contra la población civil, estas infracciones del Pacto constituyen crímenes de lesa humanidad (véase el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional). (Comité DH, O.G. 31, párr. 18).

70.4. Un aspecto sustancial a enfatizarse es que el derecho penal mantiene una separación nítida entre derecho nacional e internacional, pues sólo cierto tipo de delitos pueden perseguirse internacionalmente, con lo cual cambia el marco de exigibilidad de la responsabilidad. En cambio, en el derecho de los derechos humanos los mismos términos de responsabilidad (y de personas beneficiarias) se mantiene en el ámbito nacional e internacional (salvo en el sentido de lo que puede ser distinto entre el sistema universal y los regionales). Por ello, a nivel estatal el derecho de los derechos humanos tiene la posibilidad de reforzar su consistencia a partir del propio desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, nacionalmente es posible reclamar violaciones de derechos humanos usando como base los criterios desarrollados internacionalmente en las instancias internacionales y, eventualmente, usar los mismos términos para acudir a las instancias internacionales,<sup>225</sup> lo cual es consistente con la semántica de indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos.

---

<sup>225</sup> Lo cual se refuerza cuando se constitucionalizan los tratados de derechos humanos, como ha sucedido en México.

71. Finalmente, un último aspecto que resulta relevante es el hecho de que al establecerse como entidad beneficiaria a las víctimas, y como consecuencia jurídica a la *reparación del daño* a cargo del Estado, ésta consecuencia ha podido evolucionar de manera que, adicionalmente a las medidas tomadas para con la o las víctimas de las violaciones en lo individual (consistentes en cuatro aspectos: *restitución, rehabilitación, satisfacción, e indemnización o compensación*), se ha establecido una consecuencia específica para el propio Estado, las *garantías de no repetición*, con lo cual se establece la obligación de realizar medidas institucionales, financieras, normativas o de otra índole orientadas a evitar la reiteración de las violaciones de derechos humanos.<sup>226</sup> En este marco, el Comité de Derechos Humanos<sup>227</sup> señaló en su *Observación General 31*:

16. En el párrafo 3 del artículo 2 se dispone que los Estados Parte han de dar reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido infringidos. Si no se da reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido infringidos, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos, que es el elemento central para cumplir las disposiciones del párrafo 3 del artículo 2. [...] el Comité considera que en el Pacto se dispone por lo general la concesión de una indemnización apropiada. El Comité toma nota de que, en los casos en que proceda, la reparación puede consistir en la restitución, la rehabilitación y la adopción de medidas tendientes a dar una satisfacción [...].

17. En general, los objetivos del Pacto se echarían por tierra sin la obligación, básica según el artículo 2, de que se adopten medidas que impidan la repetición de una violación del Pacto. Por consiguiente, [...] además de los recursos que se pongan al alcance de la víctima, se adopten medidas para impedir la repetición de violaciones del mismo tipo. Esas medidas pueden exigir la introducción de modificaciones en la legislación o la práctica de los Estados Parte. (Comité DH, O.G. 31, párrs. 16-17).<sup>228</sup>

71.1. Las *garantías de no repetición* son particularmente relevantes en el marco de la responsabilidad del Estado porque implican un reforzamiento operativo de ésta, ya que los estados no sólo asumen una consecuencia jurídica (individualizada a favor de las víctimas), sino que, al asumir modificaciones institucionales, presupuestales, normativas o de otra índole a su

---

<sup>226</sup> En la evolución de la reparación del daño los sistemas regionales han tenido un papel fundamental, sin embargo, aquí es necesario centrarse en la evolución del sistema universal.

<sup>227</sup> Aunque puede recuperarse también lo indicado por el Comité DESC, por su lugar inicial en Naciones Unidas se indica específicamente al Comité DH.

<sup>228</sup> No sobra señalar que la reparación del daño se ha extendido del derecho de los derechos humanos al derecho penal, nacional e internacional; aunque también debe observarse que al ser la finalidad del derecho penal la *sanción* individual, la reparación *no* constituye el fin principal, como sí sucede en materia de derechos humanos. Esto tiene consecuencias relevantes porque toda la operación jurídica se organiza conforme a la finalidad principal.

cargo, se da un marco de irritación desde la política y el derecho hacia otros sistemas funcionales que se activa a partir de los que se consideran como hechos ilícitos.<sup>229</sup>

72. En síntesis, puede señalarse:

- a) En cuanto a la responsabilidad de los hechos ilícitos conocidos como violaciones de derechos humanos, ésta se mantuvo exclusivamente para el *Estado*. Aunque, adicionalmente, se abre la posibilidad de que algunos de estos hechos podrían implicar otro tipo de ilícitos equivalentes a nivel *individual*, en cuyo caso, los mismos no se tematizan ya como violaciones de derechos humanos sino como delitos (nacional) o crímenes de lesa humanidad (internacional).
- b) En cuanto a los sujetos beneficiarios de la responsabilidad, se estableció que los beneficiarios *directos* no es otro Estado, como sería en una relación típica contractualista del derecho internacional, sino las personas directamente afectadas por el hecho ilícito: las víctimas; con lo cual, además, se dio origen a la *reparación del daño como un fin en sí mismo*. Esta reparación funge para generar una *re-entry* operativa que se intensifica con las *garantías de no repetición*.

73. En una observación más amplia, también puede considerarse que:

73.1. *De individuo/mundo a derecho-sociedad*. Al ser la responsabilidad atribuida *exclusivamente* a los Estados, se genera una operación de *re-entry* sistemática (puesto que deriva de cada caso) y sistematizada (puesto que la reparación del daño se organiza según cada uno de los cinco aspectos de la reparación) de las consecuencias de las violaciones de derechos humanos. De manera que, en lugar de *externalizar* todos los efectos de las decisiones al *entorno* del derecho

---

<sup>229</sup> Sería conveniente destacar que, aunque en el marco del derecho penal se busquen establecer *garantías de no repetición*, éstas no pueden resultar en los mismos términos cuando una investigación está orientada a la reparación del daño por parte del Estado (derechos humanos), que cuando está orientada a la sanción de la persona individual (derecho penal). Por ello, aunque éstas se tematizan semánticamente en el marco del derecho penal, como sucede en el proyecto de artículos sobre crímenes de lesa humanidad de la Comisión de Derecho Internacional (Cfr. CDI, 2019, pp. 116-119), operativamente se requerirá de las instituciones de derechos humanos si se desea indicar apropiadamente la responsabilidad del Estado. Las ventajas estructurales del derecho de los derechos humanos no pueden sustituirse semánticamente en el derecho penal.

(y de la sociedad: a los individuos o al medio ambiente), las *internaliza* a la *sociedad* mediante su acoplamiento estructural con la política, de manera que tienen que ser considerados tanto por la política como por el derecho, y en la medida en que eso pueda irritar a los demás sistemas funcionales, también a estos.<sup>230</sup>

73.1.1. De acuerdo con Luhmann, la externalización de los efectos del derecho, al entorno (particularmente a los individuos), suelen ser insostenibles e indeseables. Podría considerarse, por ejemplo, que cuando el sistema jurídico puede decidir sobre el cuerpo las personas al establecer su prisión, implica una de las externalizaciones más relevantes de sus efectos *en* los individuos; sin embargo, se trata de un abanico más amplio de sus efectos sociales, que, en general, se realiza *a través* de los individuos:

En el contexto social de la sociedad y del derecho aparecen, en condiciones modernas, tensiones que han sido poco analizadas (y aún menos, entendidas). Tal vez el problema más importante resida en las todavía crecientes exigencias en cuanto a la autorrealización individual [...] Las transgresiones al derecho se convierten en algo vital, si es que vivir ha de significar vivir de acuerdo con los criterios de una autodeterminación individual. [...] Esferas como la evasión de impuestos o el trabajo ilegal son indicadores de que no se puede salir adelante sin una violación del derecho [...]. Considerables porciones de la economía sufrirían un colapso si el derecho se impusiera en ellas. Pero, sobre todo, infinidad de posibilidades que dan sentido a la vida individual se verían coartadas, si la burocracia lograra imponer sus programas jurídicos. Sin trabajo ilegal, los arrendadores no pueden cumplir sus obligaciones frente a los arrendatarios; sin contrabando, habría miles de desocupados en las ciudades costeras de Italia [...] Una mayor eficacia en lo que se refiere a la persecución jurídica crearía problemas en las prisiones. Tanto la policía como muchas actividades profesionales terapéuticas se enfrentan al problema de que la observación estricta del derecho restringe radicalmente su eficacia y puede inclusive conducir a la disculpa de la inactividad. Sin embargo, en la práctica, este “derecho de gracia” no es ejercido por el Jefe de Estado, sino por la policía. [...] Pero, sobre todo, el individualismo —emancipación, autorrealización—, que es objeto de una valoración tan grande en la semántica social, resultaría insostenible si se esperara una observación estricta del derecho. No hemos mencionado todavía, en absoluto, las destructivas consecuencias secundarias que para el individuo —desaliento, autoexclusión de esferas de actividad en las que la motivación juega un papel importante— tendría todo ello como secuela de la observación rigurosa del derecho. (Luhmann, DS, 2005, pp. 645-646).

---

<sup>230</sup> Un aspecto lateral sumamente importante, es que el paso de la externalización a la internalización también implica el abandono de la violencia a los cuerpos de los individuos por parte del derecho como forma de garantizar la imposición de sus decisiones, lo que representa un cambio sustantivo en el acoplamiento estructural entre la política y el derecho (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 211, 347, 492, 645-647).

73.1.1.1. Luhmann refería que no se trataba de “sobrevalorar este argumento”, pues “no estamos afirmando que únicamente como delincuente puede uno tener en nuestros días oportunidades de vida” (Luhmann, DS, 2005, p. 646), sin embargo, indicaba, que los objetivos “complacientes” en torno a los individuos y de los sistemas sociales sólo podrían alcanzarse con “una ruptura” del derecho:

Pero debe atenderse más el hecho de que los objetivos sociales complacientes en el plano de los individuos, aunque también en el plano de los sistemas funcionales (incluyendo al derecho mismo), ya no pueden alcanzarse sin una ruptura precisamente del derecho. En otras palabras, la sociedad también se sirve del derecho para refutarse a sí misma. (Luhmann, DS, 2005, p. 647).

73.1.2. Ante esta situación, en ese momento Luhmann consideraba que los derechos subjetivos no representaban una alternativa “como correctivo” e, incluso, los derechos humanos, no podían considerarse como derechos subjetivos, ya que no podían ponerse “a la disposición del individuo”, por lo que, en todo caso, parecía necesario sólo aceptar “todo aquello que no puede ser atendido por el derecho”:

Hemos mencionado anteriormente que este problema no sólo no puede ser resuelto, sino ni siquiera puede ser adecuadamente entendido con los medios clásicos de la teoría liberal del derecho. La forma jurídica de los “derechos subjetivos”, a manera de instrumento de liberación de la arbitrariedad en el derecho, resulta insuficiente como correctivo. Y esto tampoco ocurre cuando en nuestras consideraciones se incluye también la circunstancia de que le permite, a quien posee la razón de derecho, aceptar violaciones a sus derechos. Como todas las determinaciones funcionales, la determinación de la función del derecho como un instrumento garante de la libertad difícilmente posee un valor interpretativo. Esto es cierto también para los derechos humanos [...], que, por lo demás, no pueden ponerse a la disposición del individuo, por lo que tampoco se les puede entender como derechos subjetivos. Sin duda, los derechos humanos son resultado del individualismo moderno, pero otro resultado igualmente importante es el de todo aquello que no puede ser atendido por el derecho. (Luhmann, DS, 2005, p. 647)

73.1.2.1. En estas circunstancias, Luhmann señalaba que “es en el problema de las transgresiones del derecho estructuralmente inducidas en donde reside el mayor valor informativo” (Luhmann, DS, 2005, p. 646).

73.1.2.2. Sin embargo, de igual forma, es justamente en estos espacios donde se muestran evoluciones de los derechos humanos, precisamente como derechos subjetivos, y también en

relación a los problemas de acoplamiento estructural con los sistemas funcionales, dirigiendo la externalización de los efectos del derecho a través del Estado hacia esos sistemas funcionales, en lugar de hacia los individuos. Por ello, al menos en estos aspectos, al contrario de la situación inicial en que no era deseable la eficacia del derecho, ahora ésta se puede presentar como algo aceptable (al menos respecto del Estado, aunque —como indicaba Luhmann— no sea así respecto de los individuos).

73.1.3. Así, es posible observar que, en cualquier caso, la externalización de los efectos del derecho ahora se torna una *internalización* en el propio derecho, y, por esta vía, en los sistemas y en la sociedad (aunque, se recuerda, esto sólo sucede en forma autopoietica). Evidentemente, esto sólo puede ocurrir cuando la responsabilidad por los hechos ilícitos no está en los *individuos* sino en el *Estado*: en el acoplamiento estructural entre política y derecho (aunque tenga importantes dificultades en una perspectiva mundial).

73.2. *De individuo/sociedad a individuo/derecho.* Por otro lado, tanto al considerarse como beneficiarias de los hechos ilícitos a las víctimas como derivado de las consecuencias jurídicas de la reparación del daño, las irritaciones de movimientos sociales y la semántica de la igualdad, han encontrado formas operativas de *internalización* en el derecho (*re-entry*) de lo que se considera como “personas”, teniendo como resultado una reconstrucción interna de la distinción individuo/sociedad que se expresa con el desarrollo progresivo de subderechos, los cuales, en realidad, pueden considerarse como “nuevos” derechos humanos —incluso de aspectos que se vinculan a ámbitos que podrían considerarse como *entorno* de los individuos y que funcionalmente son parte de lo que ha sido observado como no irritabilidad (por ejemplo, el derecho al agua o el derecho al medio ambiente sano)—.<sup>231</sup>

---

<sup>231</sup> Por ello, no es extraño que los nuevos derechos se vean como resultado de luchas sociales, en las cuales se considere al derecho como parte de una dominación y, entonces, tenga que destacarse su carácter paradójico dado el logro de reconocimiento de derechos a partir de resistencia a esa dominación (por ejemplo, Nyamu-Musembi, 2007; Stammers, 2009). O bien, se requiera observarlos como parte de luchas sociales reivindicativas donde se considere que, en último término, una situación ideal fuera la de que no fueran necesarias las luchas sociales para reconocer nuevos derechos (cfr. Dussel, 2010). Sin embargo, es necesario observar que la operación del sistema jurídico y de la sociedad implica las pautas estructurales (distinción individuo/sociedad, y la forma igual/desigual) que dan lugar a la observación y operación que permite el surgimiento de *nuevos derechos* con independencia de la diversidad de intenciones de los sujetos. En este sentido, el derecho evoluciona tanto desde reivindicaciones de los movimientos sociales como a partir de su operación ordinaria, incluyendo la defensa de personas que han cometido crímenes. Los derechos humanos surgen y evolucionan en torno a la distinción individuo/sociedad independientemente de

74. Otro aspecto relevante de la imputación de la responsabilidad jurídica a nivel estatal también podría observarse en que con ella se evita una responsabilidad mundial.<sup>232</sup> Es decir, la universalidad con imputación jurídica a los Estados permite que no se problematice —para llamarla de alguna forma— una *universalidad de la sociedad mundial*. Sin embargo, políticamente, los derechos humanos sí pueden ser usados semánticamente por los Estados para sustentar sus propios fines políticos internacionales;<sup>233</sup> al tiempo que, temáticamente, las grandes asimetrías sociales se tratan respecto de Estados en particular con escasa referencia a las asimetrizaciones sociales mundiales.

75. Conforme a lo expuesto, las transformaciones en el derecho implican que hay cierta posibilidad en la sociedad mundial de internalizar las consecuencias del derecho, relacionadas con la distinción individuo/sociedad (derechos humanos), al dirigirlas hacia los propios sistemas funcionales en lugar de al entorno, y al evolucionar la propia figura interna de lo que serían las personas (al también evolucionar y generar nuevos derechos humanos). Esta pauta, pese a ser una responsabilidad estatalizada, y no mundial, responde a las posibilidades del acoplamiento estructural mundial entre política y derecho, por lo que, en todo caso, es la pauta *más universal*

---

la calidad moral, ética o política de las personas, aunque puedan presentarse irritaciones sustantivas desde los ámbitos de no-irritabilidad de la sociedad.

<sup>232</sup> En este sentido puede considerarse la indicación de Luhmann sobre que “Si se prestara mayor atención a todos estos problemas, se pondría de manifiesto una importante razón de las diferencias regionales.”; pues, “difícilmente podría hablarse de un sistema jurídico unitario y, a la vez, mundial de frente a las extraordinarias dimensiones y a la diversidad regional de las violaciones al derecho” (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 647-648)

Por otro lado, cabe señalar que en las observaciones generales de los comités, la actuación internacional se indica como *cooperación internacional*, particularmente referida en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales cuando el Comité DESC señaló que “la obligación contraída por todos los Estados Partes consiste en ‘adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas...’. [...] [pues] la frase ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’ tenía la intención [...] de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional [...]” (Comité DESC, OG 3, 1990 párr. 13); y sólo como *responsabilidad extraterritorial* cuando existen acciones de seguridad de los Estados fuera de sus territorios, específicamente respecto de las personas que “estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz.”, de acuerdo con el Comité de Derechos Humanos (Comité DH, OG 31, 2004, párr. 10).

<sup>233</sup> En este marco se puede considerar la crítica de Marcelo Neves (2004), quien precisamente enfatiza el uso (retórico) paradójico de los derechos humanos que, en situación extrema, sirven para fines políticos mundiales intervencionistas.



posible en este momento, respecto de la representación interna de las personas *más universal* (considerando también su elementarización interna) que le va siendo posible al derecho.

#### **B.4.5. Una programación condicional de los programas de fines: obligaciones y progresividad**

##### **B.4.5.1. El problema original: dos tipos de derechos humanos o solo uno**

76. A fin de dimensionar el problema de la universalización de los derechos humanos, cuando estos no pueden garantizarse por igual en todos los Estados, particularmente por diferencias económicas, es necesario partir desde el derecho y dar cuenta de que la justicia se operativiza teniendo como base la igualdad en la medida en que el código del derecho se apoya sobre programas condicionales, pues sólo de esta forma la justicia deja de asociarse a formas retributivas o distributivas para, en su lugar, usar el esquema igual/desigual en relación a cada programa (Luhmann, DS, 2005, pp. 288-291). El derecho siempre funcionará en último término sobre la base de programas condicionales (Luhmann, DS, 2005, p. 253) y no sobre programas finalísticos, toda vez que estos últimos afectan el funcionamiento del derecho mismo al buscar garantizar una situación futura (Luhmann, DS, 2005, pp. 257-258), mientras el derecho funciona como un sistema *ex post* (no *ex ante*). Sólo así puede aplicarse la forma “si esto/entonces esto” (Luhmann, DS, 2005, pp. 255-256). Consecuentemente, incluso si se busca introducir programas de fines, estos tienen que establecerse de modo que funcionen con base en los programas condicionales del derecho; y, por ello, cualquier fin relacionado con una satisfacción de situaciones económicas, requiere formas de observación condicionales.

La justicia no consistiría entonces en la finalidad de los programas finalísticos [...] Estaría en un condicionamiento adicional que determinaría, por ejemplo, qué características tendrían que estar presentes para que pudiera aplicarse un programa de fines (Luhmann, DS, 2005, p. 294)

La fijación del derecho en programas condicionales no excluye de ninguna manera que programas finalísticos de otros sistemas funcionales se remitan al derecho [...]. Esto no significa que las propias funciones o fines se juridifiquen. Más bien, el derecho ofrece sólo seguridad condicional [...] para permitir a otros sistemas una gama más amplia de selección de sus fines. (Luhmann, DS, 2005, pp. 262-263)

77. La introducción de programas de fines en el derecho puede implicar dificultades, dado que el problema sobre el futuro se introduce en la decisión, llevando a un problema que implicaría dos

posibilidades: por un lado, “una cibernética de corrección posterior” que “no se adaptaría al sistema jurídico”, y, por otro, que en “cada decisión pendiente sólo se repetiría el problema de que el futuro no ofrece suficiente información respecto de si desde el ahora se pueda decidir que algo será legal o ilegal” (Luhmann, DS, 2005, p. 260). De ahí que cualquier introducción de los mismos debe realizarse mediante programas condicionales.

78. Esto es particularmente relevante para los derechos humanos ya que estos, en muchos aspectos, suponen fines por alcanzar, lo cual, como se ha comentado, Luhmann observaba con reserva al distinguir en los derechos humanos entre los derechos que consideraba asistenciales y los derechos de protección (Luhmann, DS, 2005, p. 655), pudiendo caracterizarse los primeros como finalísticos —en general, los derechos económicos, sociales y culturales—, y los segundos como condicionales —en general, los derechos civiles y políticos—. Así, en los pactos internacionales de derechos humanos (PIDCP y PIDESC), esto dio lugar a que se establecieran condiciones diferenciadas de exigibilidad y justiciabilidad observables en su marco *obligacional* y en la posibilidad de que tuvieran reconocido el derecho a un *recurso judicial efectivo*:

- a) En relación a las obligaciones, mientras en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establecieron obligaciones que daban lugar a programas de tipo *condicional* pudiendo reclamarse un cumplimiento inmediato (con las obligaciones de *respetar* y *garantizar* en primer momento, y en un segundo momento las de *adoptar medidas*), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se estableció una gradualización del cumplimiento, sin claridad sobre las posibilidades de exigir un cumplimiento inmediato (con la obligación, en un primer momento de *adoptar medidas progresivas* en primer momento, y en un segundo momento la de *garantizar sin discriminación*, omitiendo la obligación de *respetar*), pudiendo, en principio, caracterizarse (coincidiendo con Luhmann) los primeros como *de protección* y los segundos como *asistenciales*, lo cual implicó una amplia discusión sobre el tipo de obligaciones que cada pacto suponía.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Artículo 2 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a <b>respetar</b>	Artículo 2 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a <b>adoptar</b>

<p>y a <b>garantizar</b> a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p> <p>2. Cada Estado Parte se compromete a <b>adoptar</b>, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las <b>medidas</b> oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.</p>	<p><b>medidas</b>, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, <b>hasta el máximo de los recursos</b> de que disponga, para lograr <b>progresivamente</b>, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.</p> <p>2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a <b>garantizar</b> el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p> <p>3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.</p>
---	--

- b) En relación al recurso judicial efectivo, mientras en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se incluyó este derecho de manera específica en su artículo 2, párrafo 3, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no señaló este derecho. Esto resultó trascendente si se recuerda que los tribunales tienen un lugar central en el sistema jurídico, por lo que la ausencia de un derecho de acceso a los tribunales favorecía dejar los derechos humanos para una semántica fundamentalmente política, como originalmente sucedió con los derechos del PIDESC.<sup>234</sup>

<sup>234</sup> No sobra recordar que el propio derecho a un recurso *judicial* fue problemático en Naciones Unidas, pues no todas las partes deseaban establecer una instancia judicial, al respecto Manfred Nowak señala:

Para. 3(b) defines the general obligation to provide an effective remedy by specifying that all persons who avail themselves of a corresponding remedy have a right to a decision by a competent domestic authority, if possible, a judicial authority. This provision is based on a compromise, reached after lengthy discussions, between the common law and other legal traditions. Whereas the United Kingdom had proposed a right to a decision by independent national tribunals analogous to that under Art. 14, other States — Continental European, as well as Latin American and Arab delegations — sought to leave the States parties at liberty to entrust political and administrative organs with decision-making authority

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Artículo 2 [...] <p>3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:</p> a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente	[Sin recurso específico establecido]

regarding violations of the Covenant. After a number of close votes, the latter States prevailed, although they had to make two concessions: a progressive obligation to develop judicial remedies, based upon a French proposal, was appended, and the reference to political organs was replaced with a reference to legislative authorities as the result of a motion by Saudi Arabia. (Nowak, 2005, pp. 63-64)

[El parágrafo 3(b) define la obligación general de proporcionar un recurso efectivo especificando que todas las personas que recurren a un recurso correspondiente tienen derecho a una decisión por parte de una autoridad nacional competente, si es posible, una autoridad judicial. Esta disposición se basa en un compromiso, alcanzado tras largos debates, entre el *common law* y otras tradiciones jurídicas. Mientras que el Reino Unido había propuesto un derecho a una decisión por parte de tribunales nacionales independientes análogo al del Art. 14, otros Estados —Europa continental, así como las delegaciones latinoamericanas y árabes— pretendían dejar a los Estados parte la libertad de confiar a los órganos políticos y administrativos la facultad de decidir sobre las violaciones del Pacto. Tras varias votaciones ajustadas, estos últimos Estados se impusieron, aunque tuvieron que hacer dos concesiones: se añadió una obligación progresiva de desarrollar recursos judiciales, basada en una propuesta francesa, y se sustituyó la referencia a los órganos políticos por una referencia a las autoridades legislativas como resultado de una moción de Arabia Saudí.]

Sin embargo, también debe señalarse que la alusión a autoridades políticas como parte del recurso efectivo se indicaba en términos garantizar la *responsabilidad del Estado* en la materia, incluso cuando no hubiera autoridades judiciales para ello, por lo que su formulación respondía también a una necesidad de desarrollo progresivo del recurso judicial (por lo cual, de momento, se deja abierta la posibilidad de determinar cuál era la autoridad competente en el caso específico), según lo indicado por la Secretaría General de las Naciones Unidas:

But it was contended that the omission of reference to political authorities would preclude the granting of remedies by the legislature or the executive in cases where they might be the only, or the most effective, agencies for that purpose. At the same time, it was observed that, while judicial remedy was preferable, it might be impossible to impose upon States the immediate obligation to provide such remedies. (A/2929, 1955, p. 53).

[Sin embargo, se sostuvo que la omisión de la referencia a las autoridades políticas impediría la concesión de recursos por parte del poder legislativo o del ejecutivo en los casos en que éstos podrían ser los únicos organismos, o los más eficaces, para ese fin. Al mismo tiempo, se observó que, aunque el recurso judicial era preferible, podría ser imposible imponer a los Estados la obligación inmediata de proporcionar dichos recursos.]

Por otro lado, de manera contrastante, este tipo de dificultades no se dieron en el marco de la OEA, donde el recurso efectivo quedó absolutamente definido con un carácter judicial. Asimismo, es posible adelantar que, con base en este carácter prioritario del carácter judicial, en la Observación General 31 el Comité de Derechos Humanos finalmente interpretó que el recurso efectivo era centralmente judicial además de valerse de instancias administrativas para la investigación de violaciones de derechos humanos, según se verá.

<p>Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;</p> <p>b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;</p> <p>c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.</p>	
---	--

78.1. De este modo, mientras los derechos contenidos en el PIDCP serían caracterizados como de una exigencia inmediata, los del PIDESC más bien parecían quedar en un segundo nivel, sujetos a una eventual progresividad que no dejaba claro en qué momento se podía reclamar jurídicamente su incumplimiento.

**B.4.5.2. La respuesta semántica y estructural: indivisibilidad de los derechos y su evolución operativa obligacional**

79. La problemática situación que diferencia entre PIDCP y PIDESC fue abordada por parte del Comité DESC al interpretar el PIDESC a partir de especificar una *naturaleza* común y, consecuentemente, la *indivisibilidad* (e interdependencia) de todos los derechos (indicándose, en particular, que todos los derechos humanos implican tanto aspectos finalísticos como de condicionales). Su interpretación de la indivisibilidad, sin embargo, no se hizo conceptualizando los derechos en sí, sino mediante la especificación de *las obligaciones del Estado* en materia de derechos humanos, con lo cual fue más allá de formulaciones en términos de *principios* de los derechos. Es decir, se especificaron formas operativas (estructurales) comunes a todos los derechos, evitando que quedara sólo una formulación (más semántica) en términos de principio, como sucedía con el principio de indivisibilidad. En la distinción derechos/obligaciones —donde de un lado se encuentran los individuos y del otro los Estados (lo cual no es sino una forma de señalar la distinción individuo/derecho)—, la evolución se hizo del lado de las segundas: se especificaron las obligaciones del Estado.

79.1. A fin de aclarar los términos de la evolución de estos problemas, los desarrollos del Comité DESC se recuperarán conjuntamente a los planteamientos que previamente realizara el *Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a una alimentación adecuada*, Asbjørn Eide, pues en un informe suyo (1987),<sup>235</sup> realiza las discusiones que pueden considerarse como trasfondo a los problemas y soluciones que más tarde abordaría y propondría el Comité DESC, lo cual es necesario ya que éste no indicó explícitamente las discusiones de fondo que sí realizara el Relator.<sup>236</sup>

80. *Indivisibilidad*. El planteamiento sobre la *indivisibilidad* de los derechos humanos fue expuesto tanto por el Comité DESC como por el Relator Especial Asbjørn Eide. El Comité DESC dio cuenta de la indivisibilidad al tratar la progresividad de los derechos humanos<sup>237</sup> (aunque no así al referir la posteriormente la especificación de las obligaciones). Al conceptualizar la progresividad, indicó:

el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos [del PIDCP y del PIDESC], como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. (Comité DESC, OG 4, párr. 8)

---

<sup>235</sup> En realidad, la primera formulación en Naciones Unidas sería en un informe previo del mismo Relator Especial (E/CN.4/Sub.2/1983/25, 1983, párr. 9); sin embargo, en esta primera ocasión no desarrollaría la conceptualización sino que simplemente la indicaría. En todo caso, la discusión parece haber surgido de una propuesta inicial de Henry Shue en 1980, a partir de lo cual Philip Alston, Asbjørn Eide y G.J.H. van Hoof, entre otras personas, habrían realizado sus análisis y propuestas (Shue, 1984).

<sup>236</sup> La discusión sobre la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, así como sobre las obligaciones estatales pertinentes, dio lugar previamente a los *Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (E/CN.4/1987/17, 1986). En estos principios se indicaron los temas sujetos a revisión de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, de las obligaciones (haciendo alusión a las obligaciones de efecto inmediato), y de la progresividad. Sin embargo, aunque estos principios fueron bienvenidos en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, no fueron desarrollados en el marco de una instancia internacional, por lo cual sólo se hace referencia a ellos sin incorporarlos. Actualmente, adicional y conjuntamente con estos principios, se han desarrollado las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (1997) y los Principios de Maastricht sobre Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011).

<sup>237</sup> Aunque la *Observación General No 3* está planteada como “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, su exposición general está orientada al marco de la obligación de adoptar medidas progresivamente hasta el máximo de los recursos disponibles, pues, en todo caso, la obligación de garantizar se consideró en ese momento prácticamente como una obligación de no discriminación. Por ello, en general, puede considerarse que esa Observación estuvo destinada fundamentalmente a conceptualizar que los derechos económicos, sociales y culturales eran efectivamente derechos humanos, y para indicar los términos en que se podía dar su cumplimiento *progresivo* de los derechos.

80.1. Sin embargo, aunque el Comité DESC no hizo una referencia equivalente a la indivisibilidad al interpretar las obligaciones, ésta situación se circunscribía en las discusiones sobre dicho problema (por ejemplo, Shue, 1984; van Hoof, 1984; Abramovich, 2004; Sepúlveda, 2005; Serrano y Vázquez, 2013). Y, en realidad, en Naciones Unidas la indivisibilidad era un paso importante para tratar la naturaleza de los derechos del PIDESC y la conceptualización de las obligaciones, tal como lo señaló inicialmente el *Relator Especial* Asbjørn Eide, sobre la base de un derecho (a la alimentación) de los derechos económicos, sociales y culturales:

39. El examen del derecho a una alimentación adecuada como derecho humano no puede llevarse a cabo sin considerar también el marco jurídico internacional más amplio en el que se ha proclamado. En particular, es necesario considerar la naturaleza precisa y la posición de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta cuestión es importante, ya que el estatus de los derechos económicos como derechos humanos ha sido cuestionado por varios comentaristas. [...] Además, el hecho de que no se hayan realizado otros estudios en el marco de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas sobre ninguno de los derechos específicos proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace aún más necesaria esta consideración general.

40. La indivisibilidad e interdependencia de los dos conjuntos de derechos humanos - los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro- es un principio fundamental del enfoque de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos. Pero, aunque esta doctrina ha sido reafirmada con frecuencia por los distintos órganos de derechos humanos, y más notablemente quizás en la resolución 32/130 de la Asamblea General, no siempre se ha reflejado en la práctica, ya sea a nivel nacional o internacional. Entre las razones de esta discrepancia se encuentra el hecho de que tanto el contenido preciso de una serie de derechos económicos, sociales y culturales, como las obligaciones específicas que implican para los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siguen siendo extremadamente vagos. Esta vaguedad, cuando se contrasta con el grado de precisión con el que se han elaborado la mayoría de los derechos civiles y políticos, ha tendido a fomentar el relativo descuido de los derechos económicos y sociales.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> “39. An examination of the right to adequate food as a human right cannot be undertaken without also considering the broader international legal framework within which it has been proclaimed. In particular, it is necessary to consider the precise nature and standing of the rights contained in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This issue is important since the status of economic rights as human rights has been queried by a number of commentators. [...] Moreover the fact that no other studies have been undertaken within the framework of the human rights organs of the United Nations on any one of the specific rights proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights makes such a general consideration all the more necessary.

81. *Abordaje general.* En el Comité DESC, el desarrollo de las *obligaciones* se llevó a cabo en dos formas: en primer lugar, (1) en 1990, (1.1) al conceptualizar, en su *Observación General No. 3*, los alcances del principio de *progresividad* de los derechos humanos (y del máximo uso de los recursos disponibles, aunque en realidad éste tema y la progresividad son el mismo problema), y, por esta vía, (1.2) especificando en qué casos los derechos económicos sociales y culturales también gozaban del derecho a un *recurso judicial*;<sup>239</sup> y, por otro, (2) a partir de 1999, con su *Observación General No. 12* (sobre el derecho a la alimentación), especificando una forma *común* de *obligaciones generales*.

81.1. Por su parte, el Relator Especial tocó los temas de manera invertida. Primero abordó la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, seguido del tema de la especificación de las obligaciones del Estado y del derecho a un recurso judicial, para posteriormente tratar el tema de la progresividad.

81.2. No obstante, en general, se puede indicar que todos los temas, tanto por el Comité DESC como por el Relator Especial, están orientados a la obligatoriedad de los derechos, y pueden exponerse con mayor claridad indicando: (a) la naturaleza de los derechos y la necesidad del recurso judicial, (b) las obligaciones (de respetar, cumplir y adoptar medidas), y (c) la progresividad.

82. (a) *Naturaleza de los derechos y recurso judicial.* Pese a que los derechos fueron presentados en los tratados de manera diferenciada, al abordar el Comité DESC el problemas de la situación *deficitaria* del PIDESC en contraste con el PIDCP, en realidad, su labor derivó de un aspecto estructural, según el cual, en último término se debía considerar si los derechos

---

40. The indivisibility and interdependence of the two sets of human rights - civil and political rights on the one hand and economic, social and cultural rights on the other - is a fundamental tenet of the United Nations approach to human rights. But while this doctrine has frequently been reaffirmed by the various human rights organs, and most notably perhaps in General Assembly resolution 32/130, it has not always been reflected in practice whether at the national or international levels. Among the reasons for this discrepancy is the fact that both the precise content of a number of economic, social and cultural rights, as well as the specific obligations which they imply for States Parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, remain extremely vague. This vagueness, when contrasted with the degree of precision with which most civil and political rights have been elaborated, has tended to encourage the relative neglect of economic and social rights." (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 39-40)

<sup>239</sup> La cuestión del recurso judicial la ampliaría el Comité DESC en su *Observación General 9* (1998).



económicos sociales y culturales constituían efectivamente derechos y no sólo ideales, declaraciones programáticas o de principios (es decir, si en realidad se les debía observar con la forma de programas condicionales). Así, si los derechos contenidos en el PIDESC sí eran derechos aún se tenía que dar cuenta de qué se derivaba de ello para efectos de la aplicación del PIDESC. Los problemas sobre la naturaleza de los derechos, aunque no fueron indicados así por el Comité DESC (dado que partió del hecho de que sí eran, lo cual no podría ser de otra manera por ser un presupuesto de su propia existencia), sí habían sido tratados en este sentido por el Relator Especial Asbjørn Eide:

60. La utilidad de la teoría de los derechos, extraída en gran medida de las concepciones contractuales del derecho privado, es limitada cuando se aplica a los derechos humanos tal como se expresan en el derecho internacional contemporáneo, por dos razones:

(a) [...]

(b) En la medida en que los derechos humanos se incorporan a los instrumentos jurídicos internacionales, tenemos que determinar primero si son derechos en virtud del derecho internacional.<sup>240</sup>

82.1. Esto derivada de que, exponía el Relator Especial, había diversos cuestionamientos de ese orden, derivado de los términos en que había sido establecido el artículo 2 del PIDESC, de manera que se propuso “considerar algunas de las objeciones que se han planteado en cuanto a la calidad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales”,<sup>241</sup> debiendo atender a que: se les adjudicara ser sólo programas amplios de políticas gubernamentales; no ser legalmente exigibles (con lo cual quedarían como cierto tipo de derechos morales); correspondieran a obligaciones positivas (frente a la idea de que los derechos civiles y políticos eran obligaciones negativas), por lo cual implicaban costos económicos (donde las obligaciones negativas supondría que no habría costos); o que su goce era en detrimento de los derechos civiles y políticos (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 42-50).

---

<sup>240</sup> “60. The usefulness of the theory of rights, largely drawn from private law conceptions of contract, is limited when applied to human rights as expressed in contemporary international law, for two reasons:

(a) [...]

(b) In so far as human rights are incorporated into international legal instruments, we have first to determine whether they are rights under international law.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 60)

<sup>241</sup> “41. [...] At this point it is proposed to consider some of the objections which have been raised as to the juristic quality of economic, social and cultural rights.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 41).

82.2. En general, la respuesta a estas objeciones fue reconocer que sí eran derechos, pero que existía una necesidad de desarrollar criterios (las *obligaciones*) para poder valorar “en cualquier situación dada” [*in any given situation*]<sup>242</sup> —es decir, condiciones de acoplamiento estructural— si se estaba realizando o no lo que correspondería a un Estado para la realización de los derechos humanos, por lo cual, en la relación derechos-obligaciones, se daba cuenta que los primeros tenían un reconocimiento establecido, pero era necesario especificar su aplicabilidad a partir de las segundas, las cuales no se encontraban especificadas. Como puede verse, gracias a esto, mientras los derechos pueden mantener una formulación *universal*, las obligaciones permiten el acoplamiento ante la variabilidad de situaciones posibles:

47. No obstante, estas objeciones tienen una importancia especial. Los derechos económicos, sociales y culturales están ampliamente reconocidos, pero las obligaciones correspondientes no lo están. Se formulan en gran medida como obligaciones amplias de resultado más que como obligaciones específicas de conducta. Esto tiene sus puntos fuertes y débiles. Su punto fuerte es que permite la flexibilidad, haciendo posible que los Estados cumplan con sus obligaciones de la manera que corresponda a su situación particular. El punto débil es que las obligaciones -y el incumplimiento de las mismas- son muy difíciles de precisar.

48. El reto, por supuesto, es identificar los criterios que ayudarían a determinar en cualquier situación dada si un Estado está o no haciendo todo lo posible para promover el respeto de un derecho particular de acuerdo con sus obligaciones en virtud del Pacto. Es de esperar que este estudio contribuya a esta tarea.<sup>243</sup>

82.3. Así, la naturaleza de los derechos era reconocida sin dificultades gracias, particularmente, a la existencia de las obligaciones, de manera que el problema no se observaba en los primeros, sino en las segundas. El Relator Especial, incluso recordaría que la discusión sobre las obligaciones

---

<sup>242</sup> Esta especificidad y explicitud del momento recuerda a la noción foucaultiana de “cinismo local del poder” (Foucault, 2002b, p. 115), recordando que, en Foucault, por poder no se entiende una concepción cargada moral o éticamente.

<sup>243</sup> “47. There are, nevertheless, important insights in these objections. The economic, social and cultural rights are broadly recognized, but the corresponding obligations are not. They are largely formulated as broad obligations of result rather than specific obligations of conduct. This has its strengths and weaknesses. Its strength is that it allows for flexibility, making it possible for States to comply with their obligations in ways which correspond to their particular situation. The weakness is that the obligations - and neglect of them - are very difficult to pinpoint.

48. The challenge of course is to identify criteria which would help to determine in any given situation whether or not a State is in fact doing its utmost to promote respect for a particular right in accordance with its obligations under the Covenant. Hopefully this study will contribute to this task.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 47-48)

habría sido explícitamente excluida en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la del PIDESC (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 94-95).

83. Ahora bien, en relación al *recurso judicial*, el Relator Especial señaló las semánticas según las cuales, si no existe una forma de hacer exigible un derecho, éste no puede ser considerado como tal (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 56), o en todo caso, debe ser considerado como un derecho imperfecto (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 57-59, 63). Por ello, concluía que era necesario especificar los términos en que se podría hacer exigible:

59. Para que exista un derecho legal perfecto debe haber también un sistema de aplicación que permita poner fin a la violación o reparar a la víctima.<sup>244</sup>

83.1. Más aún, a fin de dar cuenta claramente de su naturaleza de derechos, el Relator Especial unía la necesidad del *recurso judicial* a la especificación de las *obligaciones*; se trató, entonces, de un desarrollo estructural:

64. Pueden existir al menos dos obstáculos que hay que superar: La falta de precisión en cuanto a las obligaciones correspondientes -sin la cual es difícil o casi imposible determinar si el derecho ha sido violado- y la falta de procedimientos o instituciones de recurso a las que el individuo pueda acudir para que se determine una supuesta violación.<sup>245</sup>

83.2. Más tarde, en 1990, el Comité DESC, en su *Observación General No. 3*, establecería las interpretaciones autorizadas del PIDESC relacionadas con el derecho a un recurso judicial, indicando los términos en que, aunque no fuera incluido explícitamente en el Pacto, debía ser considerado necesariamente (dado su carácter estructural) para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales:

5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales [...] que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de

---

<sup>244</sup> “59. For a perfect legal right to exist there should also be a system of enforcement whereby the violation can be brought to a halt or redress be given to the victim.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 59).

<sup>245</sup> “64. There may be at least two obstacles to be overcome: The lack of precision in regard to the corresponding obligations - without which it is difficult or near-impossible to determine whether the right has been violated - and the lack of recourse procedures or institutions to which the individual can turn in order to have a determination of an alleged violation.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 64).

manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) [...]. Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas [...], que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables. (Comité DESC, OG 3, 1990, párr. 5).

83.2.1. Un aspecto relevante a señalar en relación a la posibilidad de conceptualizar el derecho a un recurso judicial en este marco, es la consideración del Comité DESC de la idea de “aplicación inmediata” u obligaciones de efecto inmediato, sin embargo, ésta figura se referirá posteriormente en el siguiente apartado, y al tratar sobre el tema de la *progresividad*.

83.3. Posteriormente, en 1998, el Comité DESC, en su *Observación General No. 9*, daría mayor alcance a sus criterios, indicando con mayor claridad un marco de exigibilidad y justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, por medio de una diversidad de argumentos que denotan la posición estructural del recurso judicial en relación a los derechos. Así, señaló: su carácter necesario y eficaz, argumentó la indivisibilidad de los derechos, adujo implícitamente el lugar central de los tribunales en el derecho, y, finalmente, recurrió al señalamiento de la naturaleza de los derechos:

*a) Necesidad y eficacia del recurso*

3. [...] los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son "medios apropiados" según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás “medios” utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.

*b) Indivisibilidad de los derechos*

7. [...] Para determinar cuál es la mejor forma de dar eficacia jurídica a los derechos reconocidos en el Pacto es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad [...] Si los medios utilizados para dar efectividad al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales difieren significativamente de los utilizados para dar efectividad a otros tratados sobre derechos humanos, debe haber una razón imperiosa para ello, teniendo en cuenta que las formulaciones utilizadas en el Pacto

son, en gran medida, comparables a las de los tratados sobre derechos civiles y políticos.

c) *Lugar central de los tribunales en el derecho*

9. El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados [...] También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones [...] respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

d) *Naturaleza de los derechos*

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. [...] La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. [...]

84. (b) *Obligaciones*. Las obligaciones en el marco de los derechos humanos requieren observar al menos cuatro aspectos: (i) su condición social diferenciada respecto de las obligaciones en otros tipos de derechos, (ii) la abstracción y acoplamiento adquirido mediante *tres niveles* obligacionales en el marco de los derechos humanos (particularmente a partir del presupuesto de indivisibilidad de los derechos), (iii) la forma condicional con que operan permitiendo una programación de fines en el derecho; y (iv) una forma específica de condicionalización mediante la especificación de las obligaciones de efecto inmediato.

84.1. (i) *Especificidad de las obligaciones de derechos humanos*. Las obligaciones, en primer lugar, deben considerarse en el contexto de que éstas se constituyen a partir de una forma especial de derechos: los derechos subjetivos, pues es en este marco que las obligaciones no se delimitan recíprocamente, con los derechos en el momento en que ambos surgen, como en el

derecho privado, sino que se encuentran delimitadas de manera abstracta.<sup>246</sup> Esto se ha desarrollado previamente en el marco de los derechos subjetivos. El Comité DESC no retomó explícitamente este tema, sin embargo, el Relator Especial indicó:

53. Al debatir la naturaleza de los derechos humanos, muchos autores establecen analogías con las teorías de los derechos tal y como se entienden en la filosofía o el derecho. [...] tales analogías nos llevan un poco por el camino equivocado.

54. La noción de derecho se entiende normalmente como una exigencia justificada por parte de alguien, el beneficiario o titular del derecho, a alguien, el titular de un deber, para que éste haga algo o se abstenga de hacerlo. Se trata, pues, de una relación entre dos partes.

55. En la literatura pertinente se han utilizado categorizaciones generales de las demandas, basadas principalmente en conceptos extraídos del derecho de los contratos y de otras partes del derecho privado. [...] <sup>247</sup>

84.2. (ii) *Abstracción y acoplamiento mediante tres niveles obligacionales.* Sobre esta base, en segundo lugar, las obligaciones de derechos humanos han incrementado la *abstracción* o *capacidad operativa* de lo que implica tener derechos (subjetivos), pues sólo así se puede buscar responder “en cualquier situación dada” [*in any given situation*], con lo cual se ha generado un

---

<sup>246</sup> El tema de derechos subjetivos tiene una amplia discusión en el nivel de las autodescripciones. En ese nivel, al parecer, no hay una resolución apropiada. Así, Cruz Parceró, tras revisar la noción de derechos subjetivos en cuatro importantes autores (Hans Kelsen, Hohfeld, Hart y Dworkin), considera que éste concepto no logra ser suficientemente comprendido, por lo que, retomando el análisis de Hohfeld, propone una concepción *amplia* de la idea de derechos, de manera que incluya no sólo derechos o pretensiones (en un sentido acotado o estricto) sino, además, *libertades, inmunidades y poderes*; por lo cual, los *correlativos* de un derecho (en sentido amplio) no sería un deber particular sino un conjunto de “deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias” (Cruz Parceró, 2017a, p. 298). La cuestión, señala Cruz Parceró (2017a, 2017b), en el fondo es lograr dar cuenta de lo que significa “tener un derecho” para lo cual remite a un campo extrajurídico: a valores. Esta situación es problemática dado que, como indica Luhmann, en último término en ese nivel no hay forma de establecer socialmente qué valores prevalecen. Sin embargo, la diversidad de correlativos retomados por Cruz Parceró (“deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias”), cuando indica derecho en un sentido *amplio*, así como la idea de que es necesario responder a una idea más abstracta de lo que es “tener un derecho”, da cuenta de la necesidad de un nivel más abstracto que el requerido usualmente con *derechos subjetivos*. Es necesario comprender un más amplio espectro de relaciones. Bajo esta idea, es posible denotar que cada obligación general en materia de derechos humanos implica un tipo de relación particular, según se indicará, que tiene como trasfondo un problema de acoplamiento estructural, y que en su conjunto permiten justamente un mayor nivel de abstracción.

<sup>247</sup> “53. Debating the nature of human rights, many authors draw analogies from theories of rights as understood in philosophy or law. [...] is that such analogies lead us somewhat astray.

54. The notion of a right normally is understood to connote a justified demand by someone, the beneficiary or holder of right, on someone, the holder of a duty, that the latter does something or abstains from doing something. It is therefore a relationship between two parties.

55. General categorizations of demands have been used in relevant literature, based primarily on concepts drawn from laws of contract and other parts of private law. [...]”

espectro más amplio y definido de relaciones entre los individuos y los Estados al que se ha denominado *obligaciones*. Éstas han sido identificadas semánticamente por el Comité DESC como obligaciones de *respetar, proteger y cumplir* (y ésta teniendo como subobligaciones las de *facilitar, promover y garantizar*). El Relator Especial Asbjørn Eide hacía una referencia a este incremento de abstracción operativa y, conforme a ello, a la necesidad conceptualizar las obligaciones, al señalar la necesidad de que los derechos humanos se podían entender con base en analogías del derecho público (más que del derecho privado) —aunque aún éste resulta insuficiente—<sup>248</sup> y situar la necesidad del desarrollo de las obligaciones en el derecho internacional, irritando para la generación de condiciones estructurales de acoplamiento con los derechos nacionales (Estados):

60. La utilidad de la teoría de los derechos, extraída en gran medida de las concepciones contractuales del derecho privado, es limitada cuando se aplica a los derechos humanos tal como se expresan en el derecho internacional contemporáneo, por dos razones:

(a) Los derechos humanos expresan relaciones entre el individuo y el Estado. Por lo tanto, las analogías de derecho público, más que las de derecho privado, serían más útiles. En lugar de examinar las diferentes categorías de derechos, deberíamos explorar los diferentes niveles de obligaciones del Estado, lo que haremos a continuación.

(b) [...].

61. Los derechos humanos no se originaron como derechos legales. [...] En el plano internacional, el proceso de transformación de los ideales en derecho positivo se inició con la adopción de la Declaración Universal en 1948. El proceso sigue en marcha, a dos niveles: En el plano internacional, los derechos humanos se van concretando en las obligaciones de los Estados; en el plano nacional, las exigencias del sistema internacional de derechos humanos se van incorporando al derecho y la administración nacionales.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> Como se puede señalar en relación a la discusión anterior sobre la relación de las normas *erga omnes* diferenciadas en su naturaleza de las normas de derechos humanos, pues son éstas las que responden a la distinción individuo/sociedad.

<sup>249</sup> “60. The usefulness of the theory of rights, largely drawn from private law conceptions of contract, is limited when applied to human rights as expressed in contemporary international law, for two reasons:

(a) Human rights express relations between the individual and the State. Public rather than private law analogies would therefore be more helpful. Rather than examining the different categories of rights, we should explore the different levels of obligations of the State, which we will do below.

(b) [...].

61. Human rights did not originate as legal rights. [...] At the international level, the process of transformation from ideals to positive law started with the adoption of the Universal Declaration in 1948. 25/ The process is still going on, at two levels: Internationally, human rights are gradually given more substance by way of concretization of the obligations of States; nationally, the requirements of the

84.2.1. Las obligaciones en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales se discutieron primero por el *Relator Especial* Asbjørn Eide, quien las expuso en términos de *niveles*. Esta sería la propuesta analítica que finalmente retomaría el Comité DESC y que, más tarde, ha ido integrándose como la forma de comprensión de las obligaciones estatales en Naciones Unidas. Las obligaciones fueron conceptualizadas en términos abstractos en los siguientes términos:

112. Las obligaciones del Estado deben considerarse a la luz de lo anterior. Los Estados deben, a nivel primario, respetar la libertad de los individuos -o grupos, como las poblaciones indígenas- para mantener sus posesiones y tomar las medidas necesarias en relación con los recursos necesarios para su subsistencia.

113. En el nivel secundario, los Estados deben proteger la libertad de acción y el uso de los recursos frente a terceros.

114. En el nivel terciario, el Estado tiene -como último recurso- la obligación de satisfacer las expectativas de todos para el disfrute del derecho a la alimentación.<sup>250</sup>

84.2.2. Más adelante, el Relator Especial integraría algunos aspectos que permitirían tener una mayor claridad del sentido de las obligaciones. En estos términos, entre otras, las siguientes formulaciones vinculadas al derecho a la alimentación:

#### A. La obligación de respetar

170. La obligación de respetar exige la no injerencia del Estado, en todos los casos en que los individuos, o grupos, puedan atender sus propias necesidades sin debilitar la posibilidad de que otros hagan lo mismo. [...]<sup>251</sup>

---

international human rights system is gradually being implemented in national law and administration.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 60-61)

<sup>250</sup> “112. State obligations must be seen in the light of the above. States must, at the *primary level*, respect the freedom of the individuals –or groups, such as indigenous populations– to maintain their possessions and to take the necessary action relating to the resources necessary for their livelihood.

113. At the *secondary level*, States should *protect* the freedom of action and the use of resources as against third parties.

114. At the *tertiary level*, the State has –as a last resource– the obligation to *fulfil* the expectations of all for the enjoyment of the right to food.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 112-114).

Previamente, en los párrafos 66 a 69, y posteriormente en los 169 a 181, el Relator Especial también desarrollaría dichas obligaciones, por lo que una revisión más extensa de la propuesta original puede realizarse directamente.

<sup>251</sup> “A. The obligation to respect

170. The obligation to respect calls for non-interference by the State, in all cases where the individuals, or groups, can take care of their own needs without weakening the possibility for others to do the same. [...]” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 170)



## B. La obligación de proteger

175. En el segundo nivel, la obligación de proteger implica la responsabilidad de los Estados de contrarrestar o prevenir las actividades y los procesos que afectan negativamente a la seguridad alimentaria, en particular para los más vulnerables de la sociedad. [...] <sup>252</sup>

## c. La obligación de cumplir

180. En el tercer nivel, el Estado está llamado a realizar el derecho a la alimentación a través de la asistencia o el suministro directo. Esta es la preocupación que primero se les ocurrió a los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. [...]

181. Se podrían mencionar disposiciones más específicas: las obligaciones de proporcionar alimentos a los prisioneros (incluidos los prisioneros de guerra), ilustran este tercer nivel de obligaciones del Estado. Se trata de situaciones en las que las personas no tienen libertad de movimiento ni acceso a los recursos necesarios para atender sus propias necesidades; en tales situaciones existe una obligación evidente del Estado de proporcionar directamente lo necesario para la satisfacción de sus necesidades básicas. <sup>253</sup>

84.2.3. En el tercer nivel, el Relator Especial indicaba dos subobligaciones (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 180): (a) *assistance*, después identificada como *facilitate*; y (b) *direct provision*, después señalada como *provide*; a éstas, posteriormente, el Comité añadiría *promote* <sup>254</sup> (Rueda Luna, 2018).

84.2.4. Como se ha señalado, la conceptualización sobre las obligaciones supuso modificar distinciones entre la clasificación de derechos que puedan indicar a los del PIDCP con

---

<sup>252</sup> “B. The obligation to protect

175. At the second level, the obligation to protect implies the responsibility of States to counteract or prevent activities and processes which negatively affect food security, particularly for the most vulnerable in society.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 175)

<sup>253</sup> “c. The obligation to fulfil

180. At the third level, the state is called on to fulfil the right to food through assistance or direct provision. This is the concern which came first to the mind of the drafters of the Universal Declaration of Human Rights. [...]

181. More specific provisions could be mentioned: the obligations to provide food to prisoners (including prisoners of war), illustrate this third level of State obligations. These are situations where the persons do not have the freedom to move nor the access to resources required to take care of their own needs; in such situations there is an obvious obligation of the State to directly provide what is required for satisfaction of their basic needs.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párrs. 180-181)

<sup>254</sup> Al parecer, con esta inserción se integraría la propuesta de Van Hoof (1984), la cual implicaba cuatro obligaciones en lugar de tres, siendo éstas: *respect, protect, ensure y promote*.

características que permiten su exigibilidad, al tiempo que no son exigibles los del PIDESC;<sup>255</sup> donde la búsqueda de superar esa distinción frente a la exigibilidad, trata sobre todo, de establecer, en una forma reconocible como indivisibilidad, que todos los derechos tienen ambos tipos de características.<sup>256</sup> Sin embargo, el aspecto más relevante es que ambos tipos de características son exigibles y deben ser justiciables, puesto que, para las características más problemáticas, que se pueden considerar como de programación finalística (las del “nivel terciario (la obligación de cumplir)”), son para las que se establecen los programas condicionales —como se verá adelante—. Estos aspectos fueron retomados por el Relator Especial Asbjørn Eide, en los siguientes términos:

115. A veces se ha argumentado que los derechos económicos y sociales se diferencian de los civiles y políticos en que los primeros requieren el uso de recursos por parte del Estado, mientras que la obligación de los Estados de garantizar el disfrute de los derechos civiles y políticos no requiere recursos. Este argumento sólo es defendible en situaciones en las que el enfoque de los derechos económicos y sociales se sitúa en el nivel terciario (la obligación de cumplir), mientras que los derechos civiles y políticos se observan en el nivel primario (las obligaciones de respetar). Sin embargo, esta situación es arbitraria. Algunos derechos civiles exigen obligaciones del Estado a todos los niveles —también la obligación de prestar asistencia directa, cuando hay necesidad de ella—. En muchos casos, la mejor manera de salvaguardar los derechos económicos y sociales es mediante la no injerencia del Estado, respetando la libertad y el uso de los recursos que poseen los individuos.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> Así, Magdalena Sepúlveda (2005) indica distinciones en los tipos obligaciones que supondrían cada tipo de derechos: *negativas/positivas, que no requieren recursos económicos/que requieren recursos económicos, de cumplimiento inmediato/de cumplimiento progresivo, de contenido preciso/de contenido vago*; en donde, en todos los casos, los primeros son PIDCP y los segundos PIDESC.

<sup>256</sup> De manera que al ser ambos tipos de características aplicables a todos los derechos, las obligaciones han podido ser observadas un “*continuum*” (Abramovich y Courtis, 2004) o como “espectro de obligaciones” (Sepúlveda, 2005). Esto es, la observación conjunta implica que todos los derechos (PIDCP y PIDESC) tienen aspectos de sí que obedecen a obligaciones positivas y a negativas, que requieren de recursos económicos y que no los requieren, que son de cumplimiento inmediato y también de cumplimiento progresivo, y que tiene contenidos precisos y que tienen contenidos vagos.

<sup>257</sup> “115. It has sometimes been argued that the economic and social rights differ from the civil and political in that the former require the use of resources by the State, while the obligation for States to ensure the enjoyment of civil and political rights does not require resources. This argument is tenable only in situations where the focus for economic and social rights is on the tertiary level (the obligation to fulfil), while civil and political rights are observed on the primary level (the obligations to respect). This scenario is however arbitrary. Some civil rights require State obligations at all levels –also the obligation to provide direct assistance, when there is a need for it. Economic and social rights can in many cases best be safeguarded through non-interference by the State, by respecting the freedom and use of resources possessed by the individuals.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 115)

84.2.5. Posteriormente, esta clasificación de las obligaciones sería retomada y desarrollada por el Comité DESC (y, desde allí, se extendería semánticamente en las Naciones Unidas),<sup>258</sup> aunque ha presentado algunos problemas relevantes de recepción derivado de su expresión en idiomas distintas al inglés, como se puede observar en relación al español y al francés:

Tabla. Variabilidad de significante en español y francés por Observación General. \*\*

OBSERVACIÓN GENERAL	RESPETAR	PROTEGER	CUMPLIR	FACILITAR	PROMOVER	GARANTIZAR
No. 12 (1999) (Alimentación)	respetar respect	proteger protect	<ul style="list-style-type: none"> <li>realizar</li> <li>fulfil</li> <li>donner effet</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>facilitar</li> <li>facilite</li> <li>prêter assistance</li> </ul>	NA	<ul style="list-style-type: none"> <li><u>hacer efectivo</u></li> <li>provide</li> <li><u>distribuer des vivres</u></li> </ul>
No. 13 (1999) (Educación) *	respector	protéger	<ul style="list-style-type: none"> <li>cumplir</li> <li>fulfil</li> <li>mettre en oeuvre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>facilitar</li> <li>facilite</li> <li>faciliter</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>promover</li> <li>promote</li> <li>promouvoir</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><u>proveer</u></li> <li>provide</li> <li>assurer</li> </ul>
No. 14. (2000) (Salud) *						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>proporcionar</u></li> <li>provide</li> <li>assurer</li> </ul>
No. 15. (2002) (Agua)						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>garantizar</u></li> <li>provide</li> <li>assurer</li> </ul>
No. 16 (2005) (Igualdad hombre y la mujer)						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>proporcionar</u></li> <li>provide</li> <li><u>fournir</u></li> </ul>
No. 17. (2005) (Autor(a)) *						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>prever</u></li> <li>provide</li> <li>assurer</li> </ul>
No. 18. (2005) (Trabajo) *						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>proporcionar</u></li> <li>provide</li> <li>assurer</li> </ul>
No. 19. (2008) (Seguridad social) *						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>hacer efectivo</u></li> <li>provide</li> <li>assurer</li> </ul>
No. 21. (2009) (Vida cultural) *						<ul style="list-style-type: none"> <li><u>proporcionar</u></li> <li>provide</li> <li><u>fournir</u></li> </ul>
No. 22. (2016) (Salud sexual y reproductiva)						
No. 23 (2016) (Condiciones de trabajo) *			<ul style="list-style-type: none"> <li><u>satisfacer</u></li> <li>fulfil</li> <li><u>mise en oeuvre</u></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>facilitar</li> <li>facilite</li> <li>faciliter</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>promover</li> <li>promote</li> <li>promouvoir</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><u>velar</u></li> <li>provide</li> <li><u>veiller</u></li> </ul>

<sup>258</sup> Las obligaciones así referidas suelen ser retomadas, por ejemplo, en informes de Relatores Especiales, así como por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, o también en resoluciones de la Asamblea General. Además, como se verá más adelante, este marco obligacional es el que está siendo considerado en la negociación del tratado de derechos humanos y empresas.

No. 24 (2017) (Actividades Empresariales)			<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>dar efectividad</u></li> <li>• fulfil</li> <li>• mettre en œuvre</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• facilitar</li> <li>• faciliter</li> <li>• faciliter</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• promover</li> <li>• promote</li> <li>• promouvoir</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>proporcionar</u></li> <li>• provide</li> <li>• assurer</li> </ul>
No. 25 (2020) (Ciencia)			<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>cumplir</u> (hacer realidad)</li> <li>• fulfil</li> <li>• réaliser</li> </ul>	NA	NA	NA

Fuente: Tomada de Rueda Luna (2018) y completada con el desarrollo posterior de las observaciones generales.

\* Posibles errores en la traducción de cumplir – garantizar.

\*\* Se subrayan las obligaciones con variación

84.2.6. La variabilidad existente en los diversos idiomas, sin embargo, se sustenta en una estabilidad que se expresa en el idioma inglés, como puede observarse en la siguiente tabla:

Tabla. Estabilidad y variabilidad por idioma en la denominación de las obligaciones.

<b>OBSERVACIÓN GENERAL</b>	<b>RESPETAR</b>	<b>PROTEGER</b>	<b>CUMPLIR</b>	<b>Facilitar</b>	<b>Promover</b>	<b>Garantizar</b>
<b>Inglés</b>	respect	protect	fulfil	facilitate	promote	provide
<b>Francés</b>	respecter	protéger	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. donner effet</li> <li>2. mettre en œuvre</li> <li>3. réaliser</li> <li>4. mise en œuvre</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. prêter assistance</li> <li>2. faciliter</li> </ol>	promouvoir	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. distribuer des vivres</li> <li>2. assurer</li> <li>3. fournir</li> <li>4. veiller</li> </ol>
<b>Español</b>	respetar	proteger	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. realizar</li> <li>2. cumplir</li> <li>3. aplicar</li> <li>4. hacer efectivo</li> <li>5. satisfacer</li> <li>6. hacer realidad</li> </ol>	facilitar	promover	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. hacer efectivo</li> <li>2. proveer</li> <li>3. proporcionar</li> <li>4. garantizar</li> <li>5. prever</li> <li>6. velar</li> </ol>

Fuente: Tomada de Rueda Luna (2018) y completada con el desarrollo posterior de las observaciones generales.

84.2.7. El Comité DESC, entonces, ha indicado a través de sus observaciones generales, el siguiente contenido obligacional (Rueda Luna, 2018; 2019, pp. 61-63):

a. Respetar: Los Estados deben abstenerse de interferir directa o indirectamente en el ejercicio o disfrute de los derechos humanos.

b. Proteger: Los Estados deben impedir que terceros menoscaben o interfieran el disfrute de los derechos humanos. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre.

c. Cumplir: Los Estados deben adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial, promocional o de otra índole con miras a lograr la plena realización de los derechos humanos.

i. Facilitar: Los Estados adoptar medidas positivas que permitan, ayuden o asistan a las personas y a las comunidades a ejercer sus derechos humanos.

ii. Promover: Los Estados deben tomar medidas para garantizar que haya información, sensibilización pública y educación adecuadas sobre el ejercicio y goce de los derechos humanos.

iii. Garantizar: Los Estados deben hacer efectivo el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición.

84.2.8. Dado que las obligaciones fueron conceptualizadas para responder “en cualquier situación dada” [*in any given situation*], no extraña que, además de bajo la semántica de la indivisibilidad, se les considerara para responder a cualquier nivel de desarrollo de un país. El tercer nivel de las obligaciones es fundamental para ello, dado que permite una apertura ante la diversidad de situaciones sociales existentes, pues, cuando ya existe cierto goce o ejercicio de un derecho, entonces aplicarían las primeras dos (respetar, respecto del Estado; y proteger, respecto de agentes terceros no estatales), pero cuando las condiciones o situaciones de las personas no permitieran dicho goce, aún sería aplicable la tercera obligación del Estado (cumplir). Por ello, la posibilidad de concebir esta tercera obligación estaba vinculada al *derecho al desarrollo* (concebido ampliamente y no sólo como recursos económicos), donde se presupone que, en un marco social estructurado, los individuos, en principio, podrían lograr la satisfacción de sus necesidades con sus propios medios. De ahí que la obligación de cumplir se estructure para cuando las personas “no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad”, de ejercer sus derechos “con los medios a su disposición”:

107. Para entender las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos y sociales es fundamental que el individuo sea el sujeto de todo desarrollo. [...]

108. No existe una definición autorizada del concepto de desarrollo. A los efectos del presente estudio, el desarrollo se entenderá como un proceso de realización de todos los derechos humanos individuales, tal como se contempla en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. [...]

109. Por lo tanto, se espera que el individuo, siempre que sea posible a través de sus propios esfuerzos y mediante el uso de sus propios recursos, encuentre la

manera de asegurar la satisfacción de sus propias necesidades. Esto puede hacerse individualmente, pero más a menudo en asociación con otros. [...]

110. La proposición de que las necesidades, en primer lugar, tienen que ser satisfechas con recursos propios, también tiene que ser matizada: los recursos pueden ser poseídos o controlados por un individuo solo, o en asociación con otros. [...] <sup>259</sup>

84.2.9. De este modo, las obligaciones fueron diseñadas en un marco amplio que puede observarse bajo diversos tipos de distinciones: *Estado/sociedad*, *desarrollado/desarrollable* y *acto jurídico/hecho jurídico*; en donde la distinción que se mantiene es *Estado/sociedad*. Estos juegos de distinciones serían los que, en último término, permitirían los acoplamientos estructurales con los que se pretendería responder en cualquier situación dada (hasta donde las distinciones lo permiten):

- a) Un juego de distinciones se puede encontrar enfocado en la noción de desarrollo:

Tabla. Distinciones basadas en desarrollo

DISTINCIONES	Desarrollado		Desarrollable
	<i>Estado</i>	<i>Sociedad (terceros)</i>	
OBLIGACIONES	Respetar	Proteger	Cumplir -facilitar, promover, garantizar-

Fuente: elaboración propia.

- a) Otro juego de distinciones se puede encontrar enfocado en nociones propias del derecho para determinar la responsabilidad del Estado, pues permiten distinguir de si se trata de actos o hechos jurídicos (*stricto sensu*): <sup>260</sup>

<sup>259</sup> “107. Fundamental to an understanding of State obligations for economic and social rights is that the individual is the subject of all development. [...]

108. No authoritative definition exists of the concept of development. For the purpose of the present study, development will be understood as a process of realization of all individual human rights, as envisaged in article 28 of the Universal Declaration of Human Rights. [...]

109. Hence, the individual is expected, whenever possible through own efforts and by use of own resources, to find ways to ensure the satisfaction of his or her own needs. This can be done individually, but more often in association with others. [...]

110. The proposition that needs in the first instance have to be met by own resources, also has to be qualified: the resources may be owned or controlled by an individual alone, or in association with others. [...]

<sup>260</sup> En las teorías del acto jurídico del derecho civil, suele señalarse que el hecho jurídico *en sentido amplio*, incluye actos jurídicos y hechos jurídicos *en sentido estricto*. En general, mientras los actos jurídicos remiten a actos realizados de manera voluntaria, los hechos jurídicos *stricto sensu* remiten a hechos acaecidos en la

Tabla. Distinciones basadas en desarrollo

DISTINCIONES	Actos jurídicos		Hechos jurídicos ( <i>stricto sensu</i> )
	<i>Estado</i>	<i>Sociedad</i> ( <i>terceros</i> )	
OBLIGACIONES	Respetar	Proteger	Cumplir -facilitar, promover, garantizar-

Fuente: elaboración propia.

84.2.10. Evidentemente, la correlación entre ambos juegos de distinciones permiten los acoplamientos estructurales, puesto que mientras en el derecho de los derechos humanos algo puede conceptualizarse como un hecho jurídico al que le es aplicable la obligación de cumplir, en el marco de observaciones externas al derecho es posible conceptualizar que la obligación de cumplir es aplicable cuando hay aspectos de derechos humanos no desarrollados y que requieren de la implementación de políticas públicas, programas, provisión de servicios, bienes, etc. De esta forma, el derecho puede reconocer aspectos no desarrollados y establecer violaciones de derechos humanos en función de éstos, con la consecuente determinación de la reparación del daño correspondiente. En este aspecto de *finés*, es donde más se requieren programas condicionales, entre los que encontramos los desarrollados en el marco del principio de *progresividad*, que se revisarán adelante.<sup>261</sup>

84.2.11. En relación a las obligaciones del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos (Comité DH) señaló —con algunas diferencias respecto del Comité DESC, dado el tipo de problemas a que se enfrentaban— también el marco de interpretación obligacional en su *Observación General 31*. Este comité no se enfrentaba a cuestionamientos sobre la naturaleza jurídica de los derechos y, además, sus obligaciones habían sido establecidas de manera clara, aunque como se ha comentado previamente, los cuestionamientos se dieron en torno a la naturaleza misma de los Comités y de sus decisiones. No obstante, sobre una base menos problemática, el Comité DH pudo establecer su interpretación:

---

realidad que, aunque no se le pueden adjudicar su causa a la voluntad de una persona, producen efectos jurídicos. Existen complejidades inherentes a estos planteamientos, como la diferencia entre hechos cometidos accidentalmente y los hechos de la naturaleza. Esto excede la discusión actual.

<sup>261</sup> Un análisis de las obligaciones muestra que tampoco es posible reducir la obligación de *respetar* a conductas *negativas* y las de *cumplir* a *positivas*, sino que, en todo caso, en su núcleo pueden conllevar la conductas negativas y positivas, respectivamente; sin embargo, más allá de ello, *respetar* sí puede implicar conductas positivas y *cumplir* conductas negativas (por ejemplo, Curtis y Abramovich, 2004).

- a) En relación a la obligación de *respetar y proteger*, el Comité DH consideró unitariamente las obligaciones de *respetar y garantizar*<sup>262</sup> del artículo 2.1 y señaló que esa obligación era de *efecto inmediato*, además de que “tiene un carácter a la vez negativo y positivo” (Comité DH, OG 31, 2004, párrs. 5 y 6). Y, en relación a la obligación de *proteger*, el Comité DH indicó que “sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas [...] si el Estado protege a las personas [...] también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto [...]” (Comité DH, OG 31, 2004, párr. 8).
- b) Por otro lado, en relación a la obligación de *cumplir*, el Comité DH refirió la obligación, que puede considerarse equivalente, de *adoptar medidas* del párrafo 2.2, donde también señaló que era de efecto inmediato y que no se podía justificar su incumplimiento “haciendo referencia a consideraciones de carácter político, social, cultural o económico dentro del Estado” (Comité DH, OG 31, 2004, párr. 14).<sup>263</sup> Con esto último, quedarían términos de cumplimiento en que, como se verá al concluir el tema de la *progresividad*, no se diferenciarían las obligaciones de ambos Pactos.

84.2.12. De este modo, a manera de conclusión provisional, puede señalarse que las obligaciones de ambos pactos incluyen, aunque con formulaciones semánticamente diferenciadas, las obligaciones de *respetar, proteger y cumplir* (adoptar medidas), donde aún es necesario situar los alcances de la progresividad.

84.3. (iii) *Especificidad condicional de las obligaciones*. Finalmente, las tres obligaciones responden al *esquema condicional*, toda vez que se evalúan en el contexto de indicar si se cumple o no con algo.

---

<sup>262</sup> La versión en español de la Observación General 31 no dice “garantizar”, como en el Pacto, sino “hagan efectivos”, sin embargo, la referencia es a la obligación de garantizar del artículo 2.1. Si se revisa la variedad de circunstancias en que en español se usa la palabra *garantizar*, se denotan varios de los problemas de comprensión de esta obligación, particularmente cuando se relaciona con las interpretaciones del Comité DESC o, a nivel regional, con las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>263</sup> El tema relativo a la inmediatez de los efectos se retomará en el siguiente apartado y al tratar sobre la progresividad.



84.3.1. Los programas condicionales proceden bajo la forma “si x, entonces”, de manera que se valoren hechos ya acaecidos presuntamente reconstruidos en el presente. En esta lógica, es posible indicar que los fines pueden condicionalizarse cuando se sujetan a mecanismos que permiten indicarlos en esos términos. Por ello, cuando las obligaciones, por su formulación, fungen como elementos de condicionalización de los derechos humanos, estos, aunque sean formulados en términos de fines, se condicionalizan. De ahí que las preguntas que quedan son: *si x derecho se respeta, si x derecho se protege, y si x derecho se cumple (si se facilita, si se promueve, si se garantiza)*. Si se respeta, si se protege, si se cumple, es conforme-a-derecho; y, en caso de no respetarse, no protegerse o no cumplirse, es no-conforme-a-derecho, y procede la consecuencia jurídica: la reparación del daño.

84.3.2. Asimismo, el juego interno de las obligaciones permite que se evite declarar el incumplimiento de la obligación de *respetar* (y la violación del derecho humano correspondiente), cuando, en general, *el desarrollo actual del Estado no permitiría el goce de ese derecho*, de manera que la valoración del caso se reenvía y reintroduce en la obligación de *cumplir*. Así, aunque siempre puede haber cuestionamientos sobre lo correcto/incorrecto de ese reenvío-reintroducción, el derecho permanece pertrechado en la paradoja de la decisión, puesto que, como indica Luhmann, sólo se decide lo indecible: “[l]a decisión se da únicamente cuando está presupuesto algo que es indecible (¡y no sólo indecido!)” (Luhmann, DS, 2005, p. 370). Una vez reenviado-reintroducido, e invisibilizada la paradoja de esa decisión, entonces deben aplicarse las categorías propias de la obligación de cumplir, y que también son de efecto inmediato. De esta manera, el acoplamiento estructural a una diversidad de condiciones sociales, económicas o institucionales, logra producirse.

84.3.3. Evidentemente, el marco más problemático sigue siendo el de la subobligación de características de conductas más positivas: *proveer* o garantizar (o hacer efectivo), pero, en todo caso, ya lo es para todos los derechos humanos, y no se califica a los derechos económicos, sociales y culturales como que estos son totalmente de estas características. En todo caso, ésta requeriría observarse conjuntamente con el marco de la progresividad, pero su valoración implica considerar los alcances de ser una *obligación de efecto inmediato*.

84.4. (iv) *Formas condicionales mediante las obligaciones de efecto inmediato*. Los comités especificaron, cada uno por su lado e independientemente de la caracterización como obligaciones positivas o negativas, los efectos de las obligaciones de efecto inmediato. Sin embargo, también el Relator Especial Asbjørn Eide, previamente, las referiría.

84.4.1. El Relator Especial (1987) indicaría que “[l]a obligación de "tomar medidas" es inmediata. No depende de la disponibilidad de recursos adicionales.”<sup>264</sup> Y, remitiendo a los *Principios de Limburgo*, indicaría que “la aplicación de algunos derechos puede hacerse justiciable inmediatamente mientras que otros derechos pueden hacerse justiciables con el tiempo.”<sup>265</sup> Con ello, establecía estas obligaciones con referencia a su *temporalidad*, a su *justiciabilidad* y a la cantidad de *recursos disponibles*. Incluso, recomendaría al Comité DESC:

Subrayar a los Estados que la obligación contenida en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto de "adoptar medidas" es de aplicación inmediata y no depende necesariamente de la disponibilidad de recursos adicionales [...].<sup>266</sup>

84.4.1.1. Asimismo, aunque no les indicaría como obligación de efecto inmediato en ese momento, el Relator recuperaría en el mismo contexto el derecho a la no discriminación, indicando que los Estados “están obligados [...] a garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación [...]”.<sup>267</sup>

84.4.2. En 1990, el Comité DESC señaló en su *Observación General No. 3* que el Pacto imponía diversas obligaciones de efecto inmediato, entre las cuales existían dos de mayor relevancia al ser referidas a las obligaciones generales de los Estados, siendo una de ellas la de *adoptar medidas* y la otra la de *no discriminación* en el acceso a los derechos:

1. [...] aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan

---

<sup>264</sup> “102. The obligation ‘to take steps’ is an immediate one. It does not depend on the availability of additional resources. [...]” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 102)

<sup>265</sup> “the application of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable over time.” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 117).

<sup>266</sup> “Emphasize to States that the obligation contained in article 2 (1) of the Covenant to ‘take steps’ is of immediate application and does not necessarily depend on the availability of extra resources [...]” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, p. 58).

<sup>267</sup> “102. [...] Additionally, they are obliged under article 2 (para. 2) to guarantee that the rights be exercised without discrimination [...]” (E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987, párr. 102)

particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas [...] consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”.

2. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de "adoptar medidas" [...]. (Comité DESC, OG 3, 1990, párrs. 1-2).

84.4.2.1. En estos términos, el Comité DESC separaba el *objetivo logrado* de las *medidas para lograr el objetivo*, y con esto abría la puerta para condicionalizar los programas de fines, pues “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina”, las medidas debían ponerse en marcha de forma inmediata,<sup>268</sup> y éstas debían caracterizarse como “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.” (Comité DESC, OG 3, 1990, párr. 2). Así, se estableció un marco condicional para verificar si existen las medidas, y si éstas han sido deliberadas, concretas y orientadas.

84.4.2.2. Por otro lado, en 1997, el Comité DESC establecería más claramente en qué términos se debía entender la noción *inmediatez*. Al respecto, señaló, por principio, que esta característica debía ser reconocible respecto de todos los derechos humanos,<sup>269</sup> y que distinguió entre tener acceso a un recurso judicial y las normas de aplicación inmediata, que simplemente significaba que, por su primacía, debían considerarse evidentes para un tribunal y, en general, para el Estado:

10. [...] es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). (Comité DESC, OG 9, 1998, párr. 10)

11. [...] Es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de

---

<sup>268</sup> Posteriormente, en 2007, en el contexto de la decisión de realizar un protocolo facultativo para que conociera de casos individuales y colectivos, el Comité DESC indicaría más claramente que “[l]a ‘disponibilidad de recursos’, aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas.” (E/C.12/2007/1, 2007, párr. 4).

<sup>269</sup> “4. En general, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales.” (Comité DESC, OG 9, 1998, párr. 4)

ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata.

84.4.2.3. Las dos obligaciones de efecto inmediato (no discriminación y adoptar medidas), como esquemas condicionales, permiten así tecnificar jurídicamente la consecución de objetivos extrajurídicos, reconocidos en forma finalística como derechos humanos en tanto se refieren a la distinción individuo/sociedad.

84.4.2.4. El Comité DESC, consecuentemente, pudo completar un *amplio esquema obligacional*, mediante el cual indica como *obligaciones generales* a las de *efecto inmediato* (asociadas al esquema de *progresividad*); y, como *obligaciones específicas*, al esquema conformado por las tres obligaciones de *respetar, proteger y cumplir*. Todas estas obligaciones especificadas en formas que dan lugar a un funcionamiento condicional de los aspectos finalísticos de los derechos humanos. Este amplio esquema obligacional se suele indicar en sus observaciones generales, como, por ejemplo, puede observarse en la *Observación General 15* (2003), sobre el derecho al agua:

### III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

#### Obligaciones legales de carácter general

17. Si bien el Pacto prevé la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho al agua, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párr. 2, art. 2) y la obligación de adoptar medidas (párr. 1, art. 2) en aras de la plena realización del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho al agua.

[...]

#### Obligaciones legales específicas

20. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al agua impone tres tipos de obligaciones a los Estados Partes, a saber: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir.

[...]

(Comité DESC, OG 15, 2003, párr. 17 y 20).

84.4.3. Finalmente, como se comentó previamente, el Comité DH refirió en su *Observación General 31* (2004) que, en general, las obligaciones que componían al PIDCP eran de efecto inmediato, pues lo indicó así tanto respecto de las obligaciones de respetar y garantizar (artículo 2, párrafo 1) como de la obligación de adoptar medidas (artículo 2, párrafo 2):

5. La obligación estipulada en el párrafo 1 del artículo 2 de que se respeten y hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto es de efecto inmediato para todos los Estados Parte. [...]

14. La obligación consignada en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admite reservas y es inmediata. [...]

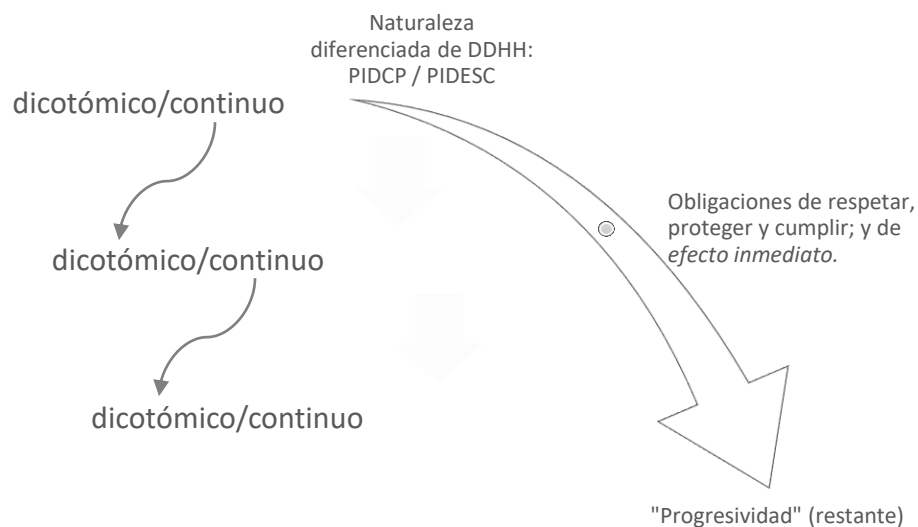
84.5. De esta forma, las propuestas iniciadas por el Relator Especial Asbjørn Eide (a partir de un espacio semántico más vago), insertas en el marco obligacional estructurado por el Comité DESC y articuladas con la especificación obligacional del Comité DH, han generado una forma común de abordaje mediante programas condicionales de programas finalísticos. Sin embargo, aunque en general parece suficiente para dar cuenta de los acoplamientos del derecho, aún es necesario establecer los términos en que queda el principio de progresividad (donde se revisará un tipo más de obligación de efecto inmediato).

85. (c) *Progresividad: dicotómico/continuo*. El *principio de progresividad* (o de realización progresiva) puede funcionar como el problema que semánticamente mejor muestra el problema estructural de trasfondo, observable con la distinción dicotómico/continuo, donde la progresividad implica una asimetrización del lado continuo.<sup>270</sup> Este principio implicaba una formulación por medio de la cual, como se ha visto, se cuestionaba la naturaleza jurídica de los derechos del PIDESC, pues mediante ésta se indicaba una ausencia de una formulación *condicional*, dejando sólo una de *finis*. De ahí derivó la necesidad de especificar formas condicionales a través de obligaciones comunes para todos los derechos (*respetar, proteger, cumplir*) y de obligaciones de efecto inmediato (en principio, *adoptar medidas y no discriminación*), además de, para operar la aplicación del código mediante decisiones, señalar los términos de procedencia del *recurso judicial* en casos de derechos del PIDESC. Sin embargo, estos no han sido los únicos desarrollos, han existido evoluciones estructurales adicionales.

---

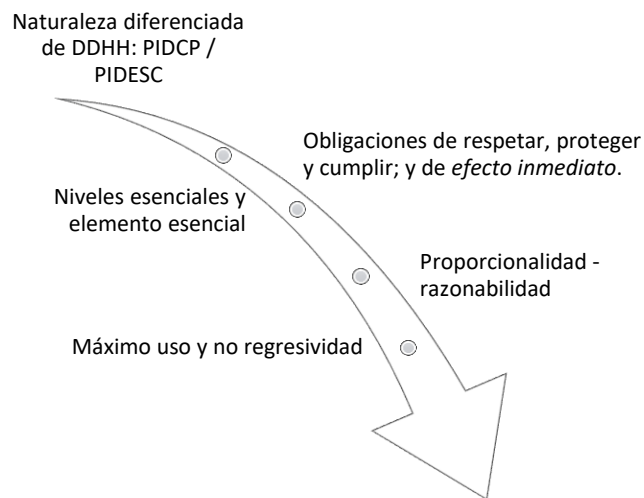
<sup>270</sup> El, cual, sin embargo, es necesario exponerlo hasta este momento dado que, tras el desarrollo de las obligaciones, necesariamente el principio persiste como semántica, dado que se delimita por lo que aparece como problema irresoluble, como a continuación se expone.

85.1. En general, las evoluciones del principio de progresividad pueden considerarse derivadas de los problemas para la operación del código (mediante la adjudicación de cualquiera de sus dos lados *conforme a derecho* o *no conforme a derecho*), pues, al haber diversidad de condiciones de desarrollo regional, no podían aplicarse directamente las normas por igual (con el esquema igual/desigual). Por ello, fue necesario abrir un campo de absorción de la variabilidad que —ahora sí— permitiera determinar dicotómicamente el cumplimiento/incumplimiento en las diversas condiciones de desarrollo regional. Es decir, se evitó observar la paradoja de establecer una valoración *dicotómica* sobre ámbitos que, conforme a las operaciones del sistema, sólo aceptarían una valoración *gradualizada* (de un ámbito *continuo*). Evidentemente, el derecho, al funcionar conforme a un código bivalente, opera dicotómicamente, por lo que requiere precisar formas dicotómicas de valoración. Requiere especificar dicotomía/continuo, y lo observable como *continuo* someterlo nuevamente a una especificación dicotómica (lo que no es sino una manera de la forma igual/desigual). Así, la definición de las obligaciones (respetar, proteger y cumplir, y de efecto inmediato) responden a una forma dicotómica, que aún deja necesario especificar cómo se operacionaliza el ámbito continuo restante.



85.1.1. Dicho de otra forma, junto a los aspectos considerados objeto de resolución en el derecho identificándoles con *variables dicotómicas* (apropiadas para el código y los programas condicionales), aún quedan aspectos restantes observables como *variables continuas* (resistentes al código del derecho y a sus programas condicionales, y que quizá podrían considerarse como un

*valor de rechazo*, o bien, sujetos de una nueva *re-entry*) que deben ser abordados; y respecto de los cuales, cuando es posible, se puede mostrar la *re-entry* específica operante. Estos serían el tipo de problemas abordados por los comités en relación a los derechos del PIDESC y a los del PIDCP. Aunque en cada comité se realizaron desarrollos distintos —según se verá—, para fines expositivos se puede avanzar la siguiente gráfica que muestra la evolución alcanzada (aunque la misma no refleja necesariamente la sucesión histórica de evoluciones, pues sólo busca mostrar su lógica sistémica).



85.1.2. Se podría afirmar que cuando la adjudicación de cualquiera de los lados del código *conforme a derecho/no conforme a derecho* ha resultado difícil, en relación a lo observado por el sistema, el cumplimiento/incumplimiento se ha *gradualizado* estableciendo nuevos valores dicotómicos; invisibilizando así que el cumplimiento en realidad se trata de diversos grados de cumplimiento, mientras la propia gradualización permanece invisibilizada en la decisión (como en la antedicha transición de la valoración sobre la base de la obligación de *respetar* a la de *cumplir*). La operación de esta gradualización entonces es posible mediante programas condicionales: no se trata tanto de saber si el fin se logra, sino de requisitos normativos para *orientarse* hacia el fin. Cumplidos esos requisitos, la progresividad se cumple; al menos, jurídicamente. Así, por ejemplo, sucesivamente se aborda la imposibilidad de traducción de la racionalidad económica; o, mejor dicho, se genera un acoplamiento estructural entre el derecho y la economía en torno al problema del *desarrollo* (desde aquí también puede observarse más claramente el sentido de la obligación de cumplir).

85.2. Bajo esta lógica operativa, es posible problematizar los aspectos restantes identificables mediante el principio de *progresividad*. La forma que permite observarlos corresponde a la distinción *máximos/mínimos* (la cual, evidentemente, sólo puede situarse en lado continuo de la distinción dicotómico/continuo, de ahí su carácter «restante»).

85.2.1. Por ello, la formulación del principio es en el modo de un mandato de optimización en el PIDESC (artículo 2.1): para lograr *el máximo uso de los recursos disponibles* por parte del Estado. Y, también por ello, la necesidad del Comité DESC de establecer (en su *Observación General No. 3*) un marco de valoración de la situación de goce de derechos humanos reconocible como los *mínimos o niveles esenciales* de goce de cada derecho:

#### *Máximo uso de recursos disponibles*

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

##### Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

#### *Mínimo goce de derechos*

10. [...] el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. [...] Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. [...] Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. (Comité DESC, OG 3, 1990, párr. 10)

85.2.1.1. Como se observa, este marco máximo/mínimos se correlaciona con la lógica operativa de los derechos humanos en la distinción individuo/Estado (individuo/sociedad), pues el mandato de maximización es para el Estado, y la protección de un mínimo de goce es para las personas.



85.3. El establecimiento de la noción de niveles mínimos o esenciales (u obligaciones básicas), aunque inicialmente no estuvo referido por el Comité DESC como una obligación de efecto inmediato, finalmente semánticamente ha establecido una valoración en esos términos, atribuyendo un sentido condicional pese a que el tema de mínimos esté condicionado al desarrollo de los países. Por ello, los problemas para atribuir este sentido condicional son puestos en perspectiva por el Comité DESC en relación a la totalidad del Pacto, cuando indica que “[s]i el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.”

85.3.1. Sin embargo, la definición de *mínimos esenciales* como una obligación no elimina la indeterminación estructural a que pueda enfrentarse por la diversidad de posibilidades de cumplimiento en los Estados. Por ello, en la *Observación General No. 3* se denota esta *tensión* para valorar esta obligación en términos de cumplimiento/incumplimiento cuando el Comité DESC señala que “se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata.” Entonces, el Comité, ante esa tensión *normativa* (normas sobre normas), temporaliza (añadiendo un momento adicional) al recurrir a la responsabilidad del Estado (otro aspecto estructural de los derechos humanos), y procede a una solución *fáctica* (normas sobre hechos) cuando el Comité DESC finalmente determina: “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”. Es decir, se trata de un problema de exigencia interna de acoplamiento estructurales, pues se encuentra ante problemas difíciles de asumir por el propio sistema jurídico si no es solicitando prestaciones de otros sistemas. Así, mientras los derechos permanecen intactos, operando de manera autorreferente, las obligaciones asumen la irritación diferenciada del entorno, operan la heterorreferencia. La universalidad (semántica y estructural) de los derechos humanos permanece, aunque existan irritaciones que el sistema no puede resolver apropiadamente su tensión dicotómicamente. Así, también, la racionalidad última de las diferencias de desarrollo de los Estados permanece del lado continuo (e indeterminado) de la distinción, aunque el sistema pueda asumir una adjudicación dicotómica por incumplimiento de los niveles mínimos.

85.3.2. En esta lógica se puede indicar que, aunque en la *Observación General No. 3* el Comité DESC inicialmente no denominara a las obligaciones mínimas o básicas como de *efecto inmediato*, ya se les podía considerar orientadas hacia ese marco (puesto que, como *regla*, no estarían sujetas a valorarse conforme a una realización progresiva, aunque *excepcionalmente* pudiera así ocurrir con carga al Estado de demostrar su inevitabilidad)<sup>271</sup>. Congruentemente con esto, el Comité DESC posteriormente indicaría que estas obligaciones sobre niveles mínimos también constituyen obligaciones de efecto inmediato, al menos, en la *Observación General 15*, respecto del derecho al agua:

37. En la Observación general Nº 3 (1990), el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. A juicio del Comité, pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas en relación con el derecho al agua, que tienen efecto inmediato: [...]  
(Comité DESC, OG. 15, 2002, párr. 37)

85.3.2.1. Cabe señalar que, de manera semejante a las obligaciones generales (de efecto inmediato) y a las obligaciones específicas (de respetar, proteger y cumplir), las obligaciones mínimas han sido referidas reiteradamente por el Comité DESC en sus observaciones generales al interpretar los derechos específicos, al menos, desde su *Observación General 12* (1999) sobre el derecho a la alimentación, cuando realizó su primera formulación (sucesivamente ha realizado especificaciones con mayores grados de precisión en sus observaciones generales):

17. El Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. [...]  
(Comité DESC, OG 12, 1999, párr. 17).

---

<sup>271</sup> Al operar, en último término, con la distinción máximos/mínimos siempre puede abrirse la duda sobre la efectividad que puede tener esta distinción para la indicación de programas condicionales (como suceden con la obligación de efecto inmediato de niveles mínimos). El derecho pareciera estar aquí en sus límites operativos. Sin embargo, posiblemente nuevas *re-entry* pudieran asumir valores dicotómicos, generando nuevas operativizaciones si no se satisfacen los niveles mínimos, por ejemplo, indicando nuevos derechos. En esos términos quizá también puede entenderse el reconocimiento por el Comité DESC del derecho al agua sobre la base del derecho a un nivel de vida adecuado, en su *Observación General No. 15*:

3. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanarían del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. [...]. (Comité DESC, OG 15, 2002, párr. 3).

85.4. Conforme a lo anterior, es evidente que, con la distinción de mínimos/máximos, el derecho difícilmente podría valorar realmente si se cumple o no la progresividad,<sup>272</sup> y, sin embargo, los programas condicionales establecidos permiten mantener la expectativa de que sí es posible. En último término, la adjudicación del cumplimiento/incumplimiento queda en manos del derecho (y posiblemente sirva para irritar al sistema político para orientar su actividad a satisfacer los fines de los derechos humanos), y requiere la distinción mínimos/máximos para el *desarrollo*.

85.4.1. Ahora puede observarse de manera más apropiada la programación condicional vinculada al principio de progresividad establecida como *obligaciones de efecto inmediato*; aunque, de entre ellas, el caso de las obligaciones mínimas o esenciales (o básicas) deba (aún) referirse con precauciones respecto de las demás obligaciones, puesto que no responden únicamente a una forma dicotómica, sino que, en tensión con finalísticas, también implican la forma continua (gradual). Atendiendo a esta circunstancia, se puede ahora esquematizar los términos de las obligaciones en la operacionalización de programas de fines con programas condicionales:

Tabla. Programas finalísticos mediante programas condicionales en el principio de progresividad.

Programas finalísticos ("asistenciales")		Programas condicionales ("de protección")	
		Programas iniciales	Programas posteriores
<b>DDHH</b>	<b>Principio</b>	<b>Obligaciones de efecto inmediato</b>	
Aspectos de los derechos humanos (DCP o DESCA) que implican conductas positivas (obligación de cumplir, particularmente garantizar o proveer).	<b>Progresividad</b>	1. No discriminación	
		2. Adoptar medidas (cumplir)	2.1. Deliberadas
			2.2. Concretas
			2.3. Debidamente orientadas
3. Obligaciones básicas: <i>obligación mínima, niveles mínimos, esenciales</i> (semejante a <i>elemento esencial</i> en el Comité DH*)	3.1. Demostración del Estado de máximo esfuerzo para utilizar todos los recursos disponibles para satisfacer, con carácter prioritario, obligaciones mínimas.		

Fuente: elaboración propia.

\* El elemento esencial del Comité DH es dicotómico, a diferencia de la situación defectiva de los niveles mínimos del Comité DESC.

85.4.2. La distinción dicotómico/continuo en términos de obligaciones es equivalente a *de cumplimiento inmediato/de cumplimiento progresivo*. De manera que la determinación de

<sup>272</sup> Imposibilidad que, en último término, es prácticamente un presupuesto de toda forma de conocimiento, al menos desde una perspectiva de teoría de sistemas sociales.

obligaciones de efecto inmediato en relación a la progresividad, se trata de *re-entries* de la forma en la forma, del lado contino o progresivo; aunque, como se ha visto, no todas las obligaciones de efecto inmediato tienen la misma posibilidad de especificación, y esto, al parecer, derivado de las condiciones operativas de distinción (máximos/mínimos) con que se realiza la *re-entry* que da lugar a las obligaciones básicas o mínimas. Así, ahora, el principio de progresividad implica un aspecto fuerte con mayor determinación (obligaciones de no discriminación y adoptar medidas) y otro débil que tiene aún cierto sentido de la indeterminación (obligaciones básicas o mínimas). En su conjunto se ha generado un marco más estable de observación de la progresividad basado en programas condicionales. Sin embargo, la progresividad, pese a que evoluciona buscando formas condicionales que le permitan cierta determinación, requiere, en último término, una lógica de aproximación hacia lo indeterminado, ubicado del lado *continuo* de su distinción. Por ello, sus problemas no se agotan en estas obligaciones; los problemas restantes se pueden considerar en los temas de no regresividad, máximo uso de los recursos disponibles y proporcionalidad.

Tabla. Gradualización de los problemas asociados a la progresividad.

PROGRESIVIDAD		
<i>dicotómico</i>	<i>dicotómico-continuo</i>	<i>continuo</i>
<b>Obligaciones fuertes de efecto inmediato:</b> - <i>No discriminación.</i> - <i>Adoptar medidas.</i>	<b>Obligaciones “débiles”* de efecto inmediato:</b> - <i>Obligaciones básicas o mínimas.</i>	<b>Persistencia de indeterminación:</b> - <i>No regresividad.</i> - <i>Máximo uso de los recursos disponibles.</i>
- <i>Elemento esencial (Comité DH)</i>		- <i>Proporcionalidad (Comité DH)</i>

Fuente: elaboración propia.

\* *Débil* en tanto se sujeta a una valoración relativa de cumplimiento/incumplimiento.

85.5. Sin embargo, antes de continuar con los temas de restantes asociados al lado *continuo*, es necesario señalar la forma como el Comité DH afrontó el mismo problema de *mínimos* (pues hasta este momento se ha tratado el desarrollo del Comité DESC).

85.6. Ante el problema de los mínimos, el Comité DH ha referido una protección equivalente a la de los *niveles esenciales* de los derechos humanos señalada por el Comité DESC, a la que se denomina como *elemento esencial*. Sin embargo, el Comité DH observó este problema con la distinción derechos/restricciones, y —a diferencia de lo sucedido con los *niveles mínimos*— se ha

realizado siguiendo claramente una forma dicotómica,<sup>273</sup> entendiéndola como *salvaguardar, de las restricciones, al elemento esencial del derecho humano*. Una diferencia entre la forma de abordaje de ambos comités, es que el Comité DH, en la forma derechos/restricciones, no trata de una operación del lado de los *derechos* (como la que realiza el Comité DESC), sino del lado de las *restricciones*. Sin embargo, la identificación del *elemento esencial* también se ubica en un contexto de valoración en un marco más amplio de gradualización de las restricciones, donde ubica como marco complementario el de la valoración de la *proporcionalidad* (el cual tiene diversas versiones, como test de proporcionalidad, de razonabilidad, o bien, como ponderación).<sup>274</sup> Es decir, el Comité DH, en 2004, ha señalado dos tipos de criterios a valorar cuando observa restricciones de derechos, al indicar: (i) dicotómicamente, la salvaguarda del elemento esencial de los derechos, y, (ii) gradualizadamente (continuo), la proporcionalidad de las restricciones:

6. [...] Los Estados Parte deben abstenerse de violar los derechos reconocidos en el Pacto y la limitación de cualquiera de estos derechos se permitirá con arreglo a las disposiciones aplicables del Pacto. En los casos en que se apliquen tales restricciones, los Estados deberán [(ii) *gradualización*] demostrar su necesidad y sólo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto. En ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que [(i) *dicotómico*] menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto. (Comité DH, OG 31, 2004, párr. 6)

85.6.1. El Comité DH había precisado anteriormente (1999) la forma de reconocer el elemento esencial, al indicar que se debe identificar si se ha invertido la relación entre regla y excepción, pues es ahí que se ha vulnerado el elemento esencial del derecho. Así lo refirió en su *Observación General 27*:

13. [...] los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (véase el párrafo 1 del artículo 5); no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación. (Comité DH, OG 27, 1999, párr. 13)

85.6.2. En estos términos, puede indicarse que también la protección del *elemento esencial* de los derechos constituye una obligación de efecto inmediato (por lo cual se le incluyó en la tabla

---

<sup>273</sup> Esta forma dicotómica sobre el elemento esencial se ha indicado como categorización (Bernstorff, 2011).

<sup>274</sup> El tema del *test de proporcionalidad* para valorar las restricciones se recuperará adelante.

precedente, aunque se expone hasta ahora atendiendo a ser una operación del lado de las *restricciones* en la distinción derechos/restricciones y por razones de claridad expositiva).<sup>275</sup>

86. *El lado continuo de la distinción.* Como se indicaba, los últimos temas relacionados con la distinción dicotómico/continuo en la *progresividad* corresponden a: (i) las obligaciones de *no regresividad* y *máximo uso de recursos disponibles*, y, (ii) el del *test de proporcionalidad*. Estos temas, a diferencia de los desarrollos previos, pueden caracterizarse por estar ellos asimetrizados del lado *continuo* de la distinción, pero se diferencian por el hecho de que, en relación a la distinción derechos/restricciones, mientras los primeros (no regresividad y máximo uso de los recursos) son temas referidos al lado de los *derechos*, la proporcionalidad está del lado de las *restricciones* (al igual que el tema del *elemento esencial*). Un esquema de esta situación puede observarse en los siguientes términos

Tabla. Distribución de obligaciones en las distinciones dicotómico/continuo y derechos/restricciones

DISTINCIONES	dicotómico	continuo (mínimos/máximos restantes)
<b>derechos (Comité DESC)</b>	<b>Obligaciones</b>	
	- respetar, proteger y cumplir - efecto inmediato ( <i>no discriminación y adoptar medidas</i> ) - niveles mínimos*	- no regresividad - máximo uso de los recursos disponibles
<b>restricciones (Comité DH)</b>	- elemento esencial	- proporcionalidad**

Fuente: elaboración propia.

\* Los niveles mínimos semánticamente se presentan dicotómicamente, pero su situación es problemática, según se ha visto.

\*\* La proporcionalidad se presenta semánticamente como continua, pero, como se verá, su situación es problemática.

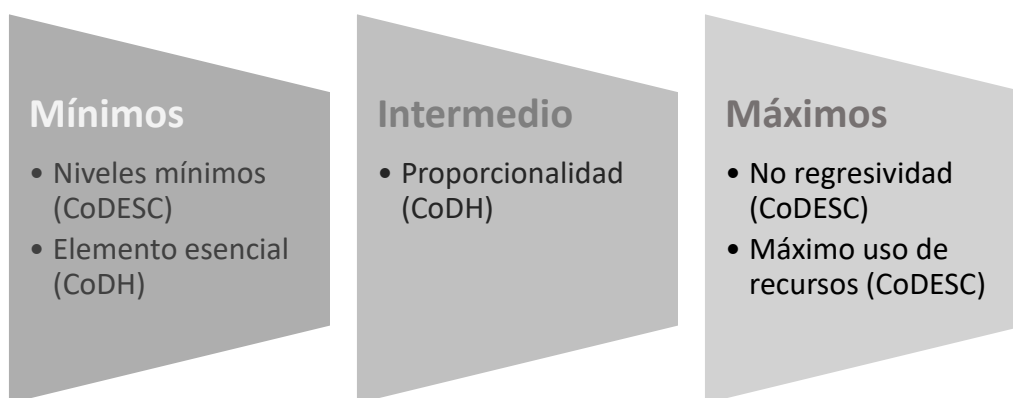
86.1. El establecimiento de programas condicionales conforme a una distinción mínimos/máximos se ha buscado en tres formas: dos problematizando cada *extremo* (los mínimos y los máximos), y una referida a las situaciones *intermedias*. En general, estos esfuerzos no pueden

<sup>275</sup> Este marco puede resituar el tema de los derechos absolutos: si bien, los derechos en general no son absolutos, es posible considerar que el elemento esencial (o los niveles esenciales) de cada derecho sí lo es.

responder apropiadamente a formas condicionales (salvo, quizá, el caso recién visto del *elemento esencial*, aunque de cualquier forma es cuestionado<sup>276</sup>):

- (i) Los temas asociados al lado *mínimos* han logrado tener formulaciones condicionales (dicotómicas) en cuanto al *elemento esencial* y los *niveles mínimos*, aunque para estos últimos resulta más problemático.
- (ii) El espectro *intermedio*, aludido con la idea de *proporcionalidad*, no da cuenta realmente de una valoración dentro de ese espectro, según se verá, sino que, simplemente, mediante esquemas basados en valores y argumentación jurídica, se permite la adjudicación con programas condicionales de la calificación de *proporcionales* a las restricciones. Sin embargo, la posición intermedia es posible porque presupone la salvaguarda de las situaciones mínimas, con base en el *elemento esencial* o los *niveles mínimos* (de otro modo, la proporcionalidad termina cuestionada como relativista).
- (iii) Los temas relacionados con el lado *máximos*, conceptualizados como *no regresividad* y *máximo uso de recursos disponibles*, tienen una formulación que resulta problemática como programas condicionales, de manera semejante, aunque más problemática, que los niveles mínimos.

Gráfico. Marco obligacional en función de mínimos y máximos



Fuente: elaboración propia.

<sup>276</sup> Cárdenas (2014), por ejemplo, valora evitar una jerarquización *a priori*. La discusión sólo se actualiza cuando se indica que el nivel esencial se puede determinar casuísticamente (Sánchez Gil, 2017, p. 111 y ss.).

86.1.1. En general, ante la situación problemática para establecer una programación condicional se recurrirá a sobrecargar la exigencia de argumentación. A través de esta vía incluso se hace posible la aceptación de la vulneración (restricción o incumplimiento) del derecho: se trata de momentos que pueden ser definidos por constituir la paradoja de establecer que lo *no-conforme-a-derecho* es *conforme-a-derecho* al calificar las *restricciones como proporcionales* o el *incumplimiento como cumplimiento posible en el contexto del máximo uso los de recursos disponibles*. Es en estos puntos donde los derechos humanos encuentran límites operativos.

86.1.2. En cualquier caso, en este último margen operativo, tanto del lado de los *derechos* como de las *restricciones*, siempre se valorará la actuación del Estado por las instancias internacionales del subsistema jurídico de los derechos humanos.

86.2. *No regresividad y máximo uso de los recursos disponibles*. El marco obligacional de la *no regresividad* y del *máximo uso de los recursos disponibles* es tratado de manera conjunta por el Comité DESC en su *Observación General No. 3*, indicando una articulación de ambas, pues el segundo constituye un requisito que justifica la vulneración del derecho junto con el requisito de que la vulneración sea también considerada en relación “a la totalidad de los derechos” del PIDESC:

9. [...] todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. (Comité DESC, OG 3, 1990, párr. 9).

86.2.1. Este planteamiento inicial del Comité DESC sobre la *no regresividad* evolucionó desde requerir la “consideración más cuidadosa” hacia considerarla como no permitida (observaciones generales 13 y 14) y, finalmente, como una *prohibición*, en su Observación General No. 15; al mismo tiempo que, también, el Comité DESC estableció los requisitos para su posible vulneración, al señalar que, además de (i) haberse realizado en referencia a la totalidad de los derechos y en (ii) el máximo uso de los recursos disponibles, debe considerarse (iii) si se valoraron todas las alternativas posibles:



19. Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. (Comité DESC, OG 15, 2002, párr. 19).

86.2.2. Como puede apreciarse, cualesquiera de los tres requisitos para justificar la vulneración constituyen programas condicionales que se caracterizan por recurrir a formas de referencia a la unidad o totalidad del sistema, pues a eso se refiere con “todas las alternativas”, “la totalidad de los derechos” y “la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone “. Este tipo de programas condicionales, evidentemente, son imposibles prácticamente, y sólo podrían quedar bajo la autoridad de la decisión de las instituciones de derechos humanos.

86.2.3. El *máximo uso de los recursos disponibles*, en todo caso, es el aspecto mediante el cual se delimitan “todas las alternativas” y la “totalidad de los derechos”, por lo que es mediante esta idea de maximización que se han señalado los criterios más acotados. Así, en una *Declaración* posterior (2007), el Comité DESC indicó los criterios con que procedería a la evaluación de la limitación de recursos, los cuales, aunque se podrían considerar menos abstractos, en realidad, es difícil observar la forma como se podrían traducir en una valoración dicotómica sobre una medida regresiva:

10. En caso de que un Estado Parte aduzca "limitaciones de recursos" para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos:

- a) El nivel de desarrollo del país;
- b) La gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;
- c) La situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica;
- d) La existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;

e) Si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo; y

f) Si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto. (E/C.12/2007/1, 2007. párr. 10)

86.2.4. En último término, el máximo uso de los recursos disponibles ha permitido conceptualizar una exigencia sobre la organización del Estado, como una obligación de coordinarse internamente (Rueda Luna, 2019, pp. 122 y ss.) como indicara el Comité de Derechos del Niño (órgano de tratado encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención sobre Derechos del Niño) en su *Observación General No. 5* (Comité DN, 2003, párrs. 37-39).

86.3. *Proporcionalidad.* Como se señaló previamente, las restricciones de derechos humanos se valoran en dos marcos: uno *dicotómico*, asociado al *elemento esencial* del derecho, y otro *continuo* correspondiente al que se ha denominado como *test de proporcionalidad*. En este último, de acuerdo a los términos indicados por el Comité DH, se incluye la valoración de que las restricciones sean: (i) conforme a un objetivo legítimo, (ii) necesarias, (iii) proporcionales, y (iv) para un objetivo genérico de “garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos”:

En los casos en que se apliquen tales restricciones, los Estados deberán demostrar su necesidad y sólo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto. (Comité DH, OG 31, 2004, párr. 6)

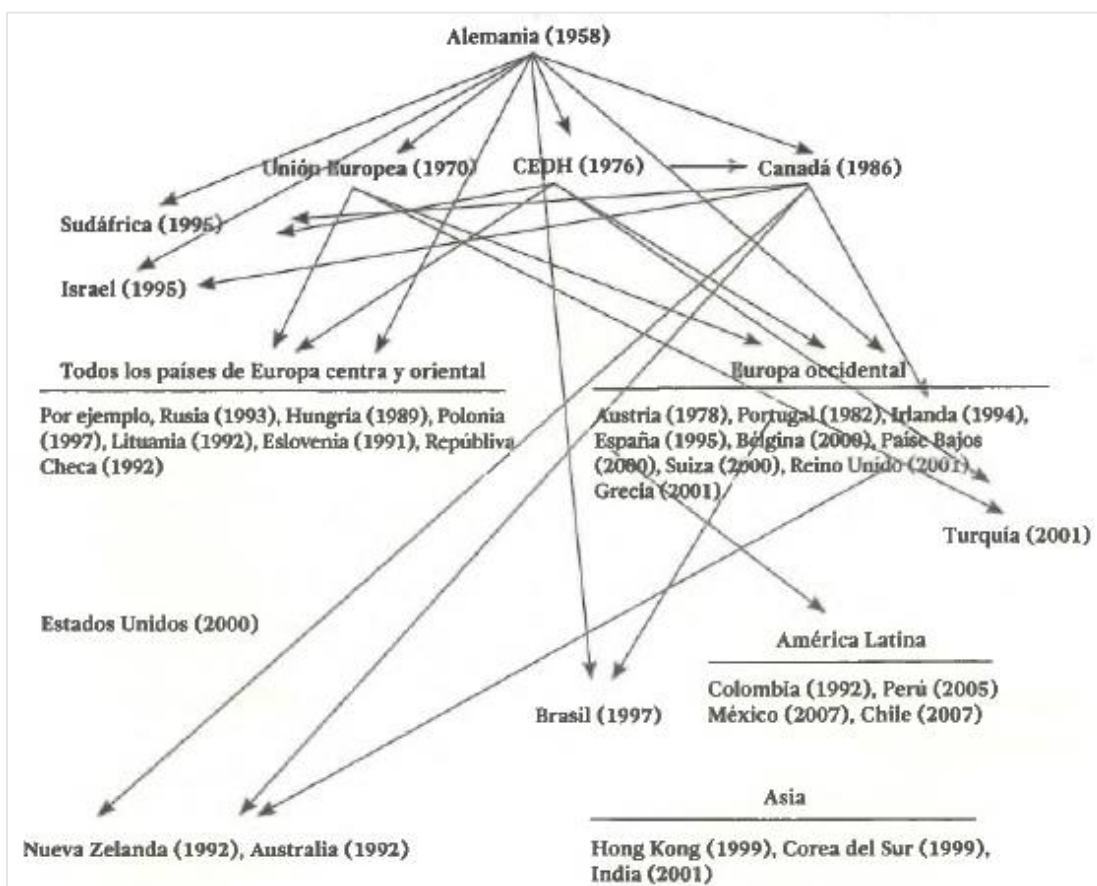
86.3.1. Aunque en la *Observación General 31* es donde el Comité DH explícitamente trata en relación a todos los derechos el problema del examen de las *restricciones*, anteriormente, había indicado otros aspectos adicionales al indicar, igualmente, (i) el objetivo legítimo, (ii) la necesidad, y (iii) la proporcionalidad, omitiendo (iv) el objetivo genérico, y añadiendo (v) adecuación al fin (idoneidad), además de aclarar un criterio asociado a *necesidad* que es (vi) la elección entre las alternativas de la menos perturbadora del derecho:

14. El párrafo 3 del artículo 12 [libertad de circulación] indica claramente que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse

al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. (Comité DH, OG 27, párr. 14).

86.3.2. Estos elementos deben considerarse asociados a las diferentes formas en que se ha desarrollado lo que se considera como test de *proporcionalidad*, el cual se puede señalar que, aunque hay diversidad de desarrollos en el mundo, inicialmente partió del derecho alemán:

Gráfico. La migración de la proporcionalidad



Fuente: tomado de Aharon Barak (2021, p. 212)

86.3.3. Con base en esto, puede indicar que la forma de estructuración del test más apropiada sería: (i) objetivo legítimo, (ii) idoneidad (adecuación), (iii) necesidad, y (iv) proporcionalidad en sentido estricto (ponderación),<sup>277</sup> a la cual el Comité DH estaría añadiendo y especificando (v) un

<sup>277</sup> La proporcionalidad, entonces, se compondría de: el *objetivo legítimo*, que implica que éste deba ser constitucionalmente válido, en este caso, que sea conforme a las restricciones admisibles en el marco de derechos humanos; la *idoneidad*, que supone que la medida que se impugna sirva en algún sentido para

objetivo genérico de garantía de todos los derechos humanos. De estos aspectos, idoneidad y necesidad serían relativas a las posibilidades fácticas, y la ponderación a las posibilidades jurídicas (Alexy, 2019 [2017], p. 335). Y, el *objetivo*, por su parte, dependería de cómo éste se conceptualice, es decir, si se exige que sea legítimo o no; ya que, en caso de sí serlo, ese objetivo debería ser explícitamente reconocible en el ámbito de las restricciones admisibles de los derechos humanos (como sería en el caso indicado por el Comité DH, pues incluso éste establece que sirva a la realización de todos los derechos), o bien, de no serlo, el objetivo se abriría a otros ámbitos. En los ámbitos estatales, Alexy, al parecer, sería de la opinión de que no debe exigirse de inicio el objetivo legítimo, pues, a su juicio, sólo debería tratarse de un objetivo que no sea *excluido* constitucionalmente, y fuera de estos casos debería ser posible como objetivo (Alexy, 2019 [2017], p. 340). En último término, la importancia del objetivo radica en que si son objetivos necesariamente legítimos y que deben servir para la realización de los derechos (como establece el Comité DH), entonces la proporcionalidad se anclaría más claramente en el continuo trazado por la distinción mínimos/máximos, pero, de no serlo, su anclaje a esa línea es más problemático.

86.3.4. En todo caso, es posible señalar que las diferentes formas de evolución de la proporcionalidad en el mundo han llevado a que existan concepciones diversas de ella (Cfr. Vázquez, 2018),<sup>278</sup> aunque su lógica última es la misma, pues está asociada a delimitar los alcances

---

lograr el objetivo perseguido, e implica la presunción de que hay una relación entre el objetivo y el derecho; la *necesidad*, que supone que, en el marco de las alternativas disponibles para lograr el objetivo legítimo perseguido, la medida propuesta sea la que afecta en menor grado al derecho afectado; y la *proporcionalidad* en estricto sentido o *ponderación*, que implica un balanceo en que se exige que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación del derecho, pues sólo de esa forma la medida se considera justificada.

<sup>278</sup> Incluso entre las personas especialistas del derecho de los derechos humanos existen superposiciones y confusiones, amén de que a veces también puede ser referido como razonabilidad o ponderación (aunque en sentido estricto la ponderación es la proporcionalidad en *sentido estricto*):

IV. ¿Uno o muchos test de razonabilidad?

Pareciera que no hay acuerdo sobre cuáles son los test de razonabilidad que existen. Por ejemplo, de nuestros entrevistados, cuando escuchaban la palabra de test de razonabilidad, uno inmediatamente pensó en el test de igualdad y no discriminación, en particular en la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América [...] *Brown v. Board of Education of Topeka* [...]. De hecho, presentó al test de igualdad y no discriminación como el principal test de razonabilidad o proporcionalidad. Otro lo conceptualizó a partir del test de restricción de derechos y recuperó la tradición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]. Uno más recuperó esencialmente el test de proporcionalidad de Robert Alexy y partió de éste para complejizar los aspectos que han venido sumando cortes como la europea e interamericana de derechos humanos y la colombiana [...]. Vemos, de entrada, que al menos, entre nuestros expertos entrevistados, no hay uno, sino cuatro test que cada uno refiere como el principal. (Vázquez, 2018, pp. 32-33)

(proporcionales) de las restricciones de los derechos (o principios), en razón de un objetivo perseguido, donde las restricciones se considerarían proporcionales si el objetivo perseguido se logra en mayor medida que la afectación al derecho en cuestión (es decir, si el beneficio es mayor al costo).

86.3.5. Sin embargo, para los efectos de lo que importa en este apartado, lo sustantivo es solamente señalar la situación problemática general de estos criterios (que hasta cierto grado pueden mostrarse dicotómicos) para dar cuenta de su ubicación en un continuo entre mínimos y máximos, pues, en consideración, tanto de los aspectos fácticos como jurídicos, constituyen formas dicotómicas igualmente abstractas que las nociones de “todas las alternativas” o “la totalidad de los derechos” señalados por el Comité DESC. Y, no obstante que el *objetivo legítimo*, resultaría un anclaje a la línea trazada en la distinción mínimos/máximos, y con ello se valoraría su peso dentro de la ponderación, la forma como se considera la proporcionalidad de la restricción es problemática porque se sitúa su operación como una balanza que sólo define que es más pesado. Así, se considera constitucional la restricción si el grado de realización del objetivo contrario al derecho humano se considera mayor que el grado de intervención en el derecho, pues de no ser así, la intervención sería desproporcionada e inconstitucional. Por ello, se puede señalar un implícito carácter relativista en la *proporcionalidad* pues difícilmente permite situar claramente un grado de cumplimiento/incumplimiento del derecho, como lo indicaría una crítica de Habermas a la ponderación propuesta por Robert Alexy,<sup>279</sup> quien explícitamente buscó responder a dicha crítica situándola en los siguientes términos:

La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello

---

<sup>279</sup> Dado que por parte del Comité DH no hay un mayor desarrollo sobre estos temas, y la extensión de los debates sobre proporcionalidad son, evidentemente, demasiado amplios, se retoma esta discusión como muestra de los problemas de fondo, considerando que Robert Alexy es uno de los principales autores en torno al tema de la ponderación y de la proporcionalidad. Alexy, considera que hay dos enfoques en competencia: uno proporcional y otro de clasificación o subsunción (dicotómico). Sin embargo, parte del problema que se busca mostrar es que en el fondo se trata de la necesidad de dar cuenta de matices (reconociéndolos o creándolos) en la representación de un continuo, que en realidad no existe, cuya formación es posible bajo la distinción mínimos/máximos. De ahí la posibilidad de postular mínimos y máximos, y, sin embargo, el desajuste de tener que satisfacer el espacio intermedio con postulados que no responden a dicho continuo, sino, en todo caso, a relaciones de peso entre dos derechos o un derecho y otros intereses, y, también, la necesidad de resguardar el derecho en cuestión con los mínimos a satisfacer.

perderían la “*primacía* estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”.

[...]

El peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los “juicios irracionales”. Según Habermas no hay “parámetros racionales” para ponderar:

[...]

Esta primera objeción concierne a supuestas consecuencias sustanciales del modelo ponderativo: ablandamiento e irracionalidad.

La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales (*Vorstellung*) como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. Es cierto que de una ponderación de bienes o de valores los juicios deben poder “result[ar] (*resultier[en]*)”, pero semejante ponderación jamás nos podría “justificar”, tener por correcto el juicio: [...] (Alexy, 2009 [2003], pp. 6-7).<sup>280</sup>

86.3.6. Las dificultades ante esta crítica de segundo orden, dio lugar a que Alexy recurriera a la propia racionalidad interna del ejercicio de la ponderación (a referir la “estructura de la ponderación”) y, a partir de allí, a un esfuerzo de demostración práctica (recurriendo, en parte, a una observación de primer orden):

La primera objeción de Habermas sería correcta de no ser posible emitir juicios racionales en primer lugar sobre la intensidad de la intervención, en segundo sobre el grado de importancia y en tercero sobre su relación recíproca. [...]

¿Cómo puede mostrarse que los juicios racionales sobre intensidad de la intervención y grado de importancia son posibles, de tal manera que fueran capaces de justificar racionalmente un resultado por ponderación? Un posible método podría consistir en el análisis de ejemplos, un análisis que tenga por objeto traer a la luz aquello que presuponemos cuando resolvemos casos por ponderación. (Alexy, 2009 [2003], p. 9)

86.3.7. Más adelante, Alexy argumenta en el sentido de demostrar que, aunque “Habermas afirma que ‘la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios’”, “las suposiciones que subyacen a los juicios sobre grados de intensidad no son arbitrarias” (Cfr. Alexy, 2009, p. 12). Sin embargo, aunque Alexy pueda mostrar que no se trata de criterios arbitrarios, tampoco se puede afirmar en qué lugar entre los mínimos y los máximos se da la ponderación (o la proporcionalidad), pues sólo sirve para contrastar argumentativamente

---

<sup>280</sup> Más precisamente, Luhmann indicaría que la *ponderación* se asocia a la heterorreferencia y abandona su mediación con la autorreferencia necesaria para la toma de decisiones (Luhmann, DS, 2005, p. 462).

respecto de los intereses, principios o derechos contrapuestos. No hay, entonces, propiamente una forma dicotómica de cumplimiento/incumplimiento del derecho, como al parecer también indicaría Habermas (segunda objeción). Consecuentemente, podría verse en esto la necesidad de Alexy de acudir al recurso de argumentar que habría un núcleo (entiéndase elemento esencial) del derecho que resistiría en último término a la arbitrariedad:

Los derechos fundamentales ganan fuerza sobreproporcionalmente (*überproportional*) si la intensidad de la intervención se eleva, por esto tienen algo así como un núcleo resistente; lo anterior erige el “muro de fuego” del cual Habermas piensa que ha de faltar en la teoría ponderativa, y con ello ésta se mantiene a ambas objeciones de dicho autor. (Alexy, 2009 [2003], p. 13).

86.3.8. Así, Alexy, para poder salir en último término del problema de la imposibilidad dicotómica de la proporcionalidad (relevada por Habermas), requiere postular los mínimos (de la distinción mínimos/máximos) como sustento de la ponderación, aunque estos, aparentemente, no sean el problema a resolver inicialmente postulado. Se da, al menos, la posibilidad de reconocer el problema de la proporcionalidad de las restricciones como un espacio o espectro intermedio entre los mínimos y los máximos, un espacio intermedio *acceptable* operativamente, y operado casuísticamente, que permite así la universalización de los derechos humanos ante la diversidad de situaciones observadas regionalmente por el sistema jurídico.

86.3.9. Evidentemente, las dificultades de la proporcionalidad (en sentido estricto, o ponderación) ante dicho espacio intermedio, pueden avanzarse hacia una matematización, como lo haría Alexy posteriormente, al evolucionar su propuesta inicial de la formulación original de la *ponderación* hacia su idea posterior de la *fórmula del peso*, e incluso proponer propuestas más refinadas para cuando se requirieran mayores matices:

Una fórmula como la fórmula del peso, que expresa un cociente de dos productos, es razonable únicamente si todos los factores pueden ser representados por números. Este es el problema de la graduación. En otro lugar he propuesto una escala discreta, esto es, una escala triádica [grave, moderado, leve] no continua, en la cual se implementan secuencias geométricas. [...] Por medio de estas tríadas, la mayor parte de las decisiones de las cortes constitucionales pueden ser comprendidas. Cuando estas no resultan suficientes, esto es, cuando uno tiene que introducir graduaciones aún más atenuadas, pueden ser extendidas a escalas triádicas dobles.  
[...]

Si uno toma la fórmula del peso refinada con cuatro variables en cada lado –esto es, con ocho variables en total– uno obtiene, sobre la base de dos escalas triádicas,  $3^8$ ; esto es, 6561 constelaciones [...]. En el caso de la fórmula del peso rudimentaria, con tres variables en cada lado, uno obtiene, de nuevo sobre la base de dos escalas triádicas,  $3^6$ ; esto es, 729 constelaciones. (Alexy, 2019 [2017], pp. 338-339).

86.3.10. En relación a esta matematización, sin embargo, es necesario recordar que criterios como idoneidad, necesidad y ponderación se construyen con distinciones de orden distinto a la de mínimos/máximos, asociado a una ordenación de variables continuas, por lo cual sus programas condicionales aparecen como problemáticos ante esta distinción (que es la que finalmente aparece como fondo problemático), y que, al parecer sólo podrían anclarse sobre la base del fin legítimo frente al derecho en cuestión. Si se pudiera decir que la distinción mínimos/máximos se pudiera trazar sobre una horizontal, en donde sus extremos coincidiría con los programas condicionales que operan dicotómicamente (aunque los máximos ya resultan problemáticos, como se ha visto), en cuanto a la proporcionalidad, sus programas condicionales estarían ubicados en diferentes puntos de la vertical, en un abstracto anclaje a la horizontal sólo por el derecho en cuestión y el fin legítimo que puede considerarse para una vulneración permitida, donde la ponderación requiere en último término de valoraciones argumentativas sobre la *gravedad*, *moderación* o *levedad* de las interferencias en los derechos, al modo de variables categóricas de escala ordinal, que operan dentro de un balance entre el derecho y el fin perseguido.

Gráfico. Situación problemática de elementos de la proporcionalidad



Fuente: elaboración propia

86.3.11. Finalmente, Alexy considera que establecer fines legítimos como primer paso no es necesario y afectaría la racionalidad de la proporcionalidad, salvo que el fin fuera explícitamente



excluido (Alexy, 2019 [2017], p. 340). Las razones formales para excluir el establecimiento de fines legítimos como primer paso, son que los fines se deben considerar, según su propio peso, al momento de la proporcionalidad en *sentido estricto* (ponderación): “la *inclusión* de un propósito adecuado como el primer paso del análisis proporcional es superfluo, e implica que esto viola el requerimiento de la racionalidad formal en la ponderación, pues introduce un factor que se superpone con los otros.” (Alexy, 2019 [2017], p. 340). Sin embargo, este primer nivel, en el marco de los derechos humanos, implica también que los derechos humanos puedan ser supraordenados (pues sólo las restricciones *permitidas* serían consideradas como fines legítimos). Desde ahí puede considerarse que el Comité DH incluso especificara ampliamente los alcances del fin legítimo, estableciendo un fin genérico, al indicar, adicionalmente, el “fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto”.

86.4. Así, aunque no hay un desarrollo de los requisitos de la *proporcionalidad* por parte del Comité DH, dada la misma estructuración del problema, pueden considerarse las tensiones señaladas por Alexy en respuesta a los cuestionamientos de Habermas, como marco de comprensión de la lógica propia a que se enfrenta el Comité DH.

86.5. En síntesis, puede indicarse que los *mínimos* son el nivel que se señala infranqueable; los *máximos* son la indeterminable frontera, como horizonte observable, que sirve para valorar la progresividad, y de donde (hasta la frontera operable) no debería haber regreso (donde la progresividad menos puede trasladarse a programas condicionales); y, el *espectro intermedio*, un espacio de adaptabilidad que usa programas condicionales anclados abstractamente a la línea de la distinción mínimos/máximos y presuponiendo el nivel de los mínimos como garantía que evita, en último término, su relatividad.

87. Por otro lado, es conveniente enfatizar que, aunque los problemas a que se enfrenta el Comité DH al conceptualizar las restricciones no se refieran como *progresividad*, como lo realiza el Comité DESC, esto obedecería a la semántica general que supone los derechos del PIDCP como de cumplimiento inmediato, a diferencia de los PIDESC; sin embargo, también en el propio PIDCP se encuentran ciertas connotaciones progresivas que dan cuenta de que todos los derechos se enfrentan a los mismos problemas, como por ejemplo sucede en la propia formulación del derecho a un recurso efectivo (judicial) cuando en el artículo 2.3 del PIDCP se indica que se

“desarrollará las posibilidades de recurso judicial”. Así, la semántica desarrollada en torno al PIDESC permite una observación de las estructuras del sistema más apropiada para ciertos aspectos, según se ha buscado mostrar.

88. Las obligaciones relacionadas con el lado *continuo* de la distinción pueden observarse como operaciones cuyos programas condicionales no terminan de definirse apropiadamente y mantienen esquemas de programas finalísticos. Sin embargo, esto también es propio del tipo de operación que requiere el sistema, las formas aparentemente imperfectas o defectivas de los niveles mínimos y la proporcionalidad podrían observarse como estructuras que favorecen la oscilación dentro de sus distinciones del cumplimiento/incumplimiento de los derechos, facilitando acoplamientos estructurales. Al parecer, por ello, remiten a un imperativo de argumentación jurídica, lo cual no extrañaría ya que, como indica Luhmann, la argumentación permite que, finalmente, la exista un procesamiento de la información mediada entre autorreferencia (conceptos) y heterorreferencia (intereses) (Luhmann, DS, 2005, pp. 462-264).

88.1. Además, este imperativo es, en último término, una asimetrización del lado del Estado, en la distinción individuo/Estado, al hacerse el requerimiento estructural que carga al Estado con la obligación de argumentar el por qué no es violatorio el incumplimiento, como suele referir el Comité DESC. O, dicho de otra forma, por qué sí es *conforme-a-derecho* lo que es *no-conforme-a-derecho*. Aunque en el caso de la *proporcionalidad* y del *elemento esencial* esta argumentación por parte del Estado no se enfatiza de manera equivalente por parte del Comité DH.<sup>281</sup>

#### **B.4.5.3. Aspectos conclusivos provisionales**

89. El marco obligacional, en general, permite la universalización de los derechos humanos. Se especifican las conductas estatales posibles con las obligaciones de respetar, proteger y cumplir; o se establece un marco común de los derechos humanos (indivisibilidad), estableciendo la comprensión de las obligaciones de efecto inmediato e identificando cómo proceder los aspectos restantes de aquellas de cumplimiento progresivo (no inmediato). Esta universalización orientada

---

<sup>281</sup> En términos de argumentación, con los derechos humanos se desarrolla un amplio campo de autorreferencia (conceptual) al tiempo que se uno de heterorreferencia (usualmente reconocido como intereses). Esto podría tratarse mejor a partir de conceptualizar el desarrollo del subsistema jurídico de los derechos humanos, en lugar de verlo como una *tendencia* que favorece la heterorreferencia respecto de la autorreferencia, como de inicio sugiriera Luhmann (Cfr. Luhmann, DS, 2005, pp. 463).

hacia diferenciación espacial-regional (de los Estados), se complementa con la universalización en torno a las personas, mediante la incorporación del derecho a la no discriminación en el derecho a la igualdad. Así, la universalización se despliega en torno a la distinción individuo/sociedad (mundial).

89.1. La universalidad en relación al espacio atiende a una diferenciación regional que permite hablar de los mismos derechos humanos y obligaciones para todos los Estados, y, sin embargo, reconocer operativamente las diferencias de desarrollo de los Estados. El derecho, para ello, ha usado la noción de progresividad como un marco que ha permitido la reintroducción de programas condicionales adicionales.<sup>282</sup>

89.2. La *responsabilidad del Estado* permite la internalización (*re-entry*) en el sistema jurídico; genera un amplio espectro de posibilidades de observación (apertura cognitiva) mediante el desarrollo obligacional de los derechos humanos. Los cuales, resultan particularmente tecnificados mediante la condicionalización de los programas finalísticos. Así, las *obligaciones* han favorecido una mayor abstracción y especificación operativa. Esto es, con las obligaciones, el campo de ilicitud se amplía (y, con él, el de la reparación del daño),<sup>283</sup> logrando con ello no sólo mantener la abstracción de los derechos subjetivos sino extender sus posibilidades operativas iniciales.

90. Mediante el desarrollo obligacional se operativizan tanto programas condicionales como finalísticos para todos los derechos humanos, de manera que uno de los grandes problemas ha sido la evolución de programas condicionales en torno a los finalísticos. Así, tanto las obligaciones del PIDCP interpretadas por el Comité DH como las del PIDESC interpretadas por el Comité DESC, dan cuenta de ambos aspectos.

---

<sup>282</sup> Un problema por resolverse es la manera en que la progresividad puede ser reintroducida en la operación interna de los Estados para las diferencias regionales internas (por ejemplo, en las federaciones), donde a nivel subnacional nuevamente pudiera evitarse dar cuenta de los niveles de goce diferenciados. Así, la universalidad siempre puede de nueva cuenta postularse.

<sup>283</sup> Lo cual ha ido generando discusiones sobre las posibilidades de reparar individualmente y, en ciertos casos, ha generado la idea de centrarse en las garantías de no repetición para configurar reparaciones que pueden considerarse sistémicas o frente a problemas de justicia transicional. Al respecto, destaca el trabajo que se realiza por el *Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*. También se entiende por ello el surgimiento de enfoques como es el señalar como necesidad que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos realice su trabajo para responder ante patrones sistémicos de violaciones de derechos humanos (Abramovich, 2009), o se puede encontrar que el activismo se desarrolle en términos de realizar *litigio estratégico*, para incidir en aspectos que desde diferentes perspectivas se consideran estructurales.

90.1. La especificación de las obligaciones ha permitido el desarrollo de los programas condicionales aplicables para la consecución de programas finalísticos, acotando así la inconmensurabilidad de éstos; es decir, según se indicó arriba, mediante “un condicionamiento adicional que determinaría, por ejemplo, qué características tendrían que estar presentes para que pudiera aplicarse un programa de fines.”

91. En conjunto, se da cuenta de la posibilidad de predicar la universalidad de los derechos humanos, en un contexto como el de sociedad mundial, gracias a los acoplamientos frente a la diversidad espacial y humana.

#### **B.5. Universalización, asimetrización y consistencia: ejemplo de derechos humanos y empresas**

92. Sobre la base de la universalización de los derechos humanos mediante el desarrollo obligacional y la evolución del derecho a la no discriminación, y la función de los derechos humanos para el derecho internacional general, es posible señalar una situación concreta en curso para el desarrollo de la consistencia del derecho, la cual puede observarse en relación con el sistema económico en el problema de los derechos humanos y las empresas.

93. La falta de consistencia del derecho es uno de los principales aspectos en los que los derechos humanos pueden tener una función, tanto en la interacción de estos con los derechos nacionales, como, de manera más importante, con los demás sistemas funcionales. Esto sucede tanto en ámbitos nacionales como internacionales.

94. La consistencia a nivel internacional puede observarse de maneras muy concretas, por ejemplo, en la negociación en Naciones Unidas sobre el *Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*. En éste, se han establecido disposiciones que relacionan no sólo al ámbito económico con los derechos humanos, sino también del derecho internacional general con los derechos humanos, como se puede observar en el *3er. proyecto revisado* para establecer dicho instrumento.

Artículo 14 Consistencia con los principios e instrumentos del Derecho Internacional

14.1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones en virtud del presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) de manera coherente con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y respetándolos plenamente.<sup>284</sup>

14.2. No obstante lo dispuesto en el Artículo 9, nada de lo dispuesto en el presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) faculta a un Estado Parte para asumir en el territorio de otro Estado el ejercicio de jurisdicción y el desempeño de funciones que estén reservadas exclusivamente a las autoridades de la jurisdicción de ese otro Estado.<sup>285</sup>

14.3. Nada de lo dispuesto en el presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) afectará a las disposiciones de la legislación interna de un Estado Parte o de cualquier tratado o acuerdo regional o internacional que sea más propicio para el respeto, la protección, el cumplimiento y la promoción de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales y para garantizar el acceso a la justicia y a un recurso efectivo a las víctimas de violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional.<sup>286</sup>

14.4. El presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) no afectará a los derechos y obligaciones de los Estados Partes en virtud de las normas del Derecho internacional general con respecto a la inmunidad del Estado y la responsabilidad internacional de los Estados. Los tratados anteriores relativos a la misma materia que el presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) se aplicarán únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante), de conformidad con el Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>287</sup>

14.5. Los Estados Parte garantizarán que

---

<sup>284</sup> Article 14. Consistency with International Law principles and instruments

14.1. States Parties shall carry out their obligations under this (Legally Binding Instrument) in a manner consistent with, and fully respecting, the principles of sovereign equality and territorial integrity of States.

<sup>285</sup> 14.2. Notwithstanding Article 9, nothing in this (Legally Binding Instrument) entitles a State Party to undertake in the territory of another State the exercise of jurisdiction and performance of functions that are reserved exclusively for the authorities of that other State's jurisdiction.

<sup>286</sup> 14.3. Nothing in the present (Legally Binding Instrument) shall affect any provisions in the domestic legislation of a State Party or in any regional or international treaty or agreement that is more conducive to the respect, protection, fulfillment and promotion of human rights in the context of business activities and to guaranteeing the access to justice and effective remedy to victims of human rights abuses in the context of business activities, including those of a transnational character.

<sup>287</sup> 14.4. This (Legally Binding Instrument) shall not affect the rights and obligations of the States Parties under the rules of general international law with respect to State immunity and the international responsibility of States. Earlier treaties relating to the same subject matter as this (Legally Binding Instrument) shall apply only to the extent that their provisions are compatible with this (Legally Binding Instrument), in accordance with Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

a. Todos los acuerdos bilaterales o multilaterales existentes, incluidos los acuerdos regionales o subregionales, sobre cuestiones pertinentes al presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) y sus protocolos, incluidos los acuerdos comerciales y de inversión, se interpretarán y aplicarán de manera que no menoscaben ni restrinjan su capacidad para cumplir sus obligaciones en virtud del presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) y sus protocolos, si los hubiere, así como de otros convenios e instrumentos pertinentes de derechos humanos.

b. Todos los nuevos acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio e inversión serán compatibles con las obligaciones de los Estados Partes en materia de derechos humanos en virtud del presente (Instrumento jurídicamente vinculante) y sus protocolos, así como de otros convenios e instrumentos pertinentes de derechos humanos.<sup>288</sup> (OEIGWG Chairmanship, 2021).

95. Como puede observarse, hay tres articulaciones principales: (a) en cuanto al sistema económico (artículo 14.5), el proyecto indica la asimetrización en el derecho a favor de los derechos humanos respecto del derecho económico, tanto para lo ya existente como para lo futuro; (b), en cuanto al derecho internacional general (artículo 14.4), donde se reservan dos ámbitos: la inmunidad de los Estados y la atribución de responsabilidad interestatal, pero se establece la aplicación compatible de las normas pasadas con el nuevo tratado; y (c) el establecimiento de una formulación del principio *pro persona* para asimetrizar en favor de la norma más favorable a los derechos humanos (artículo 14.3). Así, (d) el aspecto restante es relativo a la relación entre Estados (artículos 14.1 y 14.2).

95.1. Si se considera que la negociación en Naciones Unidas de un tratado de derechos humanos y empresas implica acoplamiento estructural entre el sistema jurídico, el político y el económico, puede constatarse que la asimetrización en favor de los derechos humanos está en un proceso de selección y estabilización de manera convencional, de la supraordenación (asimetrización a favor) de los derechos humanos.

---

<sup>288</sup> 14.5. States Parties shall ensure that:

a. All existing bilateral or multilateral agreements, including regional or sub-regional agreements, on issues relevant to this (Legally Binding Instrument) and its protocols, including trade and investment agreements, shall be interpreted and implemented in a manner that does not undermine or restrict their capacity to fulfill their obligations under this (Legally Binding Instrument) and its protocols, if any, as well as other relevant human rights conventions and instruments.

b. All new bilateral or multilateral trade and investment agreements shall be compatible with the States Parties' human rights obligations under this (Legally Binding Instrument) and its protocols, as well as other relevant human rights conventions and instruments.

96. Es posible señalar que esta asimetrización es posible sólo en la medida en que el derecho puede universalizar los derechos humanos operativamente, pues la acostumbrada universalización semántica ya existía cuando se les indicaba como *eternos*. En ese sentido, una universalización de este tipo no podría calificar a los derechos humanos con una pretensión de ser eternos sino, quizá, de eviternos (lo que, al menos, implicaría otro tipo de problemas).

96.1. Asimismo, es posible señalar que esta universalización operativa (que pretende incluir a la diversidad humana y de condicionamientos espaciales) se correlaciona con ciertas formas de elementalización y de universalización acontecida en la sociedad, como entorno del derecho.

97. De esta manera, se establece una la posibilidad de abrir un marco para resolver problemas de consistencia que podría considerarse una necesidad propia del derecho, y que gracias a la *positividad* no se problematiza. Los problemas de la consistencia son “en principio, [...] problemas de *redundancia de información*”, donde es necesario “reducir, mediante información, la necesidad de más información [...]. En lo posible, el derecho debe ser predecible o, al menos, un instrumento cuyos efectos puedan ser calculados” (Luhmann, DS, 2005, p. 72), por lo que la posibilidad de que exista un marco que permita consistencia, en realidad ayuda a resolver su excesiva redundancia, particularmente si esto afecta la forma como se determina no sólo la validez de las normas sino los hechos observados. Luhmann señalaría que la cuestión “aportar las pruebas” para determinar los hechos y la validez no ha sido una exigencia histórica al derecho, pues sería una “exigencia desmesurada que se le impone”; sin embargo, la ganancia de consistencia puede permitir posibilidades operativas al sistema en conjunto, lo cual, como se verá, parece realizar el derecho cuando se impone incluso funciones diferenciadas en razón de si existen posibles violaciones de derechos humanos, en donde comienza a realiza operar exigencias de determinar los hechos y no sólo la validez del derecho. Es decir, la ganancia de consistencia permite también operaciones de mayor escala para el sistema.

98. Como puede observarse, dar cuenta de los derechos humanos como una operación de escala, ayuda a ver la relevancia de la consistencia del derecho en el derecho internacional (que presuponen sus posibles articulaciones con los derechos nacionales), particularmente, partiendo de que sólo el derecho y la política están diferenciadas “regionalmente bajo la forma de Estados” (Luhmann, SS, 2006, p. 125). Frente a problemas de inclusión/exclusión agregada y los problemas

de espacialidad de la sociedad mundial, este proceso operativo de escala se vuelve relevante, o, al menos, debería considerarse.

**C. RECHAZO SEMÁNTICO A LOS DDHH:  
DE OPERACIÓN ESTRUCTURAL A SEMÁNTICA AUTORIZADA**

99. Las posibilidades del rechazo a los derechos humanos se desarrollan en una gran cantidad de ámbitos y conforme a trayectorias distintas (teóricas, ideológicas, políticas, sociales), sin embargo, el problema a observar es el generado en el derecho internacional general.

**C.1. Marco general del rechazo**

100. El principal punto de anclaje del rechazo deriva del mismo ámbito de problemas que dio, en general, origen a la fragmentación del derecho internacional, esto es, la operación y semántica contractualista del derecho internacional. De manera que, frente a esa semántica, son las propias necesidades de la sociedad funcionalmente diferenciada, y, por tanto, de la misma operación estructural del derecho (con su estructuración centro/periferia y el consiguiente valor de los tribunales en él), las que han llevado a que se conforme una transformación del derecho en donde, los problemas de consistencia y de irritación del entorno (en particular, los amplios efectos de la inclusión/exclusión y en general de la elementarización en la sociedad) han tenido un lugar relevante para la actualización de la función de los derechos subjetivos y la universalización de los derechos humanos, y su consiguiente asimetrización en el derecho, pues, como indicara Luhmann, el derecho, *per se*, gracias a su positivización, no requiere de consistencia.

101. Por ello, la semántica contractualista no alcanza a ser suficiente, los problemas de la sociedad funcionalmente diferenciada no pueden reducirse a relaciones entre Estados. Sin embargo, en el derecho internacional general, ésta sigue siendo la semántica privilegiada que sólo va quedando rebasada intersticialmente en puntos que, en el derecho, asimetrizan las distinciones operativas de las normas en favor de los derechos humanos.

102. Frente a ello, se han cuestionado aspectos como el valor semántico de las normas de derechos humanos (buscando evitar la asimetrización) o el valor de las instancias decisorias de



derechos humanos (buscando diluir el valor de su función estructural). Solo estos serán los dos aspectos que se mostrarán.

## **C.2. Rechazo a la asimetrización en favor de las normas de derechos humanos**

103. Se puede considerar que (a) han existido momentos en que la asimetrización entre normas de derechos humanos y otro tipo de normas no se había percibido problemática sino que simplemente se buscaba un espacio para las primeras dentro del marco general contractualista de las normas del derecho internacional, y (b) otros momentos en que la asimetrización a favor de las normas de derechos humanos ya ha sido claramente planteada y resulta abiertamente problemática, por lo que se han realizado esfuerzos consistentes para negar una diferencia de naturaleza entre ambas, y mantener el sentido contractualista interestatal del derecho internacional.

### **C.2.1. Momentos de asimetrización y mantenimiento de indiferencia entre normas contractualistas**

104. Un momento en que ya existía un planteamiento de una asimetrización en favor de las normas de derechos humanos, pero que, al parecer, se buscaba reconocerles un lugar en el marco general ya existente del derecho internacional, es el que puede observarse al momento en que en la Comisión de Derecho Internacional se realizó el antes referido informe sobre la fragmentación (2002-2006). En ese momento, como ya se ha señalado, por un lado, se indicó que eran parte de las normas *erga omnes*, con lo cual, en principio, tenían un lugar supraordenado, pero que, simultáneamente, compartía su lugar con otras obligaciones contractualistas comunes a todas las partes, lo cual se vuelve problemática la observación de su diferencia (de su naturaleza), siendo necesario señalar una naturaleza distinta a las normas *erga omnes*, según se ha comentado.

104.1. En ese informe se puede observar cómo la tematización de la diferencia, por ejemplo, se mantiene como una cuestión formal de interdependencia. Es decir, la jerarquía no deriva de observar aspectos sustantivos sino formales. En estos términos, al analizar cuestiones relacionadas a la *lex posterior*, en el informe se señalaba:

248. [...] Es decir, nos encontramos en presencia de una jerarquía que parece mejor comprenderse mediante la noción de obligaciones «integrales» especiales, tales como las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, que gozan de cierto tipo de precedencia sobre los instrumentos bilaterales simplemente convencionales. [...]

249. [...] Destaca la fuerza normativa de los tratados de derechos humanos (como tratados «integrales» o «absolutos») pero probablemente no resuelve la cuestión general de la primacía, y ciertamente no puede citarse como un respaldo global de la *lex posterior*. [...] (Cfr. CDI, 2013, párrs. 248-249)

104.2. Por otro lado, también podía observarse que la idea de una tematización sustantiva, por materia, se podía considerar arbitraria, por lo cual se consideraba que la idea de tener *materias* sólo se trataba de una remisión a una especialización profesional y a una catalogación voluntarista de un observador:

253. El artículo 30 versa sobre la cuestión del conflicto entre dos tratados, uno anterior y otro posterior. Sin embargo, como muchos comentaristas han observado, no parece hacerlo con demasiado éxito. [...]

254. Términos como «derecho en materia de derechos humanos», «derecho mercantil» o «derecho del medio ambiente», etc., son etiquetas arbitrarias sobre formas de especialización profesional. No existen normas sobre la manera de calificar el régimen de un tratado preciso y la mayoría de los regímenes se podrían incluir en varias de esas especialidades. Los tratados de derechos humanos, por ejemplo, se utilizan a menudo para promover objetivos relacionados con el medio ambiente y los regímenes comerciales presuponen la protección de los derechos humanos (en particular, el derecho a la propiedad) y se fundan en ella. Los calificativos no guardan relación con el *carácter del instrumento* sino con el *interés* desde cuya perspectiva el observador evalúa el instrumento. [...] (Cfr. CDI, 2013, párrs. 253-254)

104.2.1. Aunque esta última especificación está orientada por el planteamiento de que lo relevante es definir un régimen (v.g. de derechos humanos) más que la naturaleza de un tratado (v.g. de derechos humanos), a fin de resolver conflictos entre tratados, en realidad se trata de un problema que no puede decidirse por un lado o por el otro, puesto que ambos persisten, pese a que pueda parecer más práctico decidirse por un régimen:

256. La distinción entre tratados que versan sobre «la misma materia» y tratados dentro del mismo «régimen» puede parecer ligera, pero supone un cambio práctico e importante de la perspectiva. En el primer caso lo importante es el objeto regulado, mientras que en el segundo caso lo importante es el propósito

de los Estados partes y de las instituciones que han establecido. El primero depende de la caracterización abstracta de una cuestión como una «cuestión de derechos humanos», un «problema ambiental» o una «cuestión comercial» y tropieza con la dificultad de que a menudo se pueden aplicar numerosas caracterizaciones a un solo problema y diferentes actores pueden tener interés en caracterizar el problema de diferentes maneras para cerciorarse de que se aplicarán los sistemas normativos que prefieren. En cambio, la noción de un «régimen» se aplica a los acuerdos institucionales que se puedan haber establecido para relacionar series de tratados entre sí. (CDI, 2013, párr. 256)

104.2.2. Además, y más importante, la idea de régimen alude también al surgimiento de un subsistema jurídico, el cual finalmente definiría los términos en que deben interpretarse las normas en su propio ámbito. Sin embargo, esto deja en igualdad de circunstancias a todos los subsistemas; y, contrario a ello, la definición de la naturaleza de los tratados, supraordenando los de derechos humanos, termina por tener el efecto de asimetrizar también los regímenes (tal como sucede con el derecho constitucional y el control de constitucionalidad respecto de los demás derechos). Se puede considerar que esta asimetrización de los regímenes puede ser la que, en buena medida genera problemas de aceptación de los cambios estructurales, pues, si bien la asimetrización de las normas provoca que todos los regímenes tengan que considerarlas (como está sucediendo con el tratado de derechos humanos y empresas, antes referido), la asimetrización de los regímenes implicaría que, al menos, la interpretación de estos sea la que prevalezca. Lo cual afecta sustancialmente a la semántica contractualista interestatal.

104.3. En último término, al tratar de resolver las cuestiones en curso, la discusión sobre la naturaleza de los tratados quedó identificada como igual para todas las normas, salvo el caso de las normas de *ius cogens* y la Carta de las Naciones Unidas (según se ha señalado), pero la tensión sobre una “supuesta naturaleza” especial de ciertos tratados estaba presente:

257. [...] Había dos cuestiones principales, a saber, si la relación entre tratados incompatibles se debería pensar en términos de «validez» o «prioridad» entre ellos y si había motivos para individualizar grupos especiales de tratados que recibiesen un trato independiente. Hubo acuerdo general (y por lo tanto menos debate) en que las disposiciones tendrían que reflejar la prioridad que se había de conceder al *ius cogens* y a la Carta de las Naciones Unidas, según se prevé en el Artículo 103 de la Carta. [...] (Cfr. CDI, 2013, párr. 257).

321. La Convención de Viena tampoco resuelve la cuestión de los tipos especiales de tratados que podrían gozar de prioridad a causa de su naturaleza. Aunque

Lauterpacht y Fitzmaurice estimaron ambos que había razones para dar por supuesta la existencia de esas categorías —los tratados que el último calificó de «integrales» o «interdependientes»—, el artículo 30 se abstiene de mencionarlas, quizás porque Waldock dio por supuesto (erróneamente) que la disposición sobre el *jus cogens* resolvería el problema. En todo caso, ello no concuerda con una parte de la práctica en materia de tratados de derechos humanos. [...] (CDI, 2013, párr. 321).

495. [...] Además, nada ha socavado el punto de partida de Fitzmaurice, según el cual, por ejemplo, los tratados de derechos humanos y los tratados de derecho humanitario [...] forman una clase especial de instrumentos («integrales» o «interdependientes») no bilaterales que no pueden aplicarse utilizando las mismas técnicas que los tratados «ordinarios» que crean relaciones bilaterales. A lo largo de este informe hemos visto cómo la naturaleza de un tratado —en particular su objeto y su fin— ha limitado la libertad de las partes de apartarse del mismo por medio de una *lex specialis* o de un acuerdo *inter se*. [...] (Cfr. CDI, 2013, párr. 321).

104.4. De esta forma, aunque la asimetrización ya aparecía, se le buscaba resolver en el marco general, manteniendo la indiferencia entre normas, frente a las supuestas naturalezas especiales, de ahí que aparece como normal la inclusión de los derechos humanos en las normas *erga omnes*.

### **C.2.2. Momentos de rechazo a la asimetrización a favor de las normas de derechos humanos**

105. La tensión inicial contrasta con los esfuerzos decididos por negar una diferencia de naturaleza, siendo uno de los momentos más claros el que se desarrolló en el marco del informe sobre las *Conclusiones con sus comentarios sobre acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (en adelante, *Conclusiones, CAUPU o Conclusiones sobre acuerdos y práctica ulterior*),<sup>289</sup> del cual estuvo a cargo el Relator Especial Georg Nolte.

---

<sup>289</sup> Este tema tuvo un largo tratamiento, ya que comenzó su examen como “Los tratados en el tiempo” en 2008 y concluyó en 2018, ya con la denominación “acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”. En el transcurso de estos trabajos hubo tres informes informales (2010, 2011 y 2012) que se expusieron en la Comisión de Derecho Internacional y resultaban trascendentes para la comprensión del tema, pero que no pudieron consultarse, dado que los mismos no están incluidos en la información a que se puede tener acceso públicamente. Estos informes, no obstante, han sido incluidos en el libro *Treaties and Subsequent Practice*, publicado por Georg Nolte, al cual desafortunadamente tampoco se pudo tener acceso. No obstante, en lo subsiguiente se consideran las breves conclusiones publicadas en los anuarios de la Comisión de Derecho Internacional, así como la recuperación que se hizo de dichos informes en el *Primer Informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (2013) del mismo relator. Asimismo, se indicarán informes posteriores y, en su caso, información de sesiones que sí quedaron en los archivos de acceso público de esa Comisión.

105.1. En el largo proceso de elaboración de este informe,<sup>290</sup> una de las primeras conclusiones (2011) fue que existía una diferencia en la interpretación de los tratados derivado de que “diferentes órganos decisorios han insistido en mayor o menor medida, en diferentes contextos, en distintos medios de interpretación contenidos [en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)]”; distinguiendo en consecuencia “tres enfoques generales”, uno de los cuales era el enfoque “[o]rientado al fin” (los otros dos enfoques eran: convencional, y orientado al texto, citados supra en el numeral 21.3), y que correspondía al que habían desarrollado los “tribunales regionales de derechos humanos, así como el Comité de Derechos Humanos” (CDI, 2011, pp. 302-303), atendiendo a que:

Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con el carácter de las disposiciones sustantivas de los tratados de derechos humanos que se ocupan de los derechos de la persona en una sociedad en evolución. (CDI, 2011, p. 303).

105.2. Sin embargo, en el resultado final, en el texto de las Conclusiones (2018), se decidió omitir una diferencia de tratados, aludiendo a la “unidad del proceso de interpretación”, por lo que, incluso, la *diferencia de interpretación* desapareció. De esta manera, sólo se hizo una remisión a un ámbito fuera del texto para dar cuenta de este problema:

Conclusión 2. Regla general y medios de interpretación de los tratados  
[...]

2. 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, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31, párrafo 1 [de la CVDT].

Comentario  
[...]

15) El proyecto de conclusión 2 no hace referencia a la naturaleza del tratado como un elemento que suele ser pertinente para determinar la conveniencia de dar más o menos peso a determinados medios de interpretación. No obstante, la jurisprudencia de diferentes cortes y tribunales internacionales da a entender que

---

<sup>290</sup> El trabajo en el marco de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior sobre los aspectos relativos a los órganos de tratados de derechos humanos, que se retomarán a continuación, podrían ser objeto de un desarrollo mucho más exhaustivo, del cual, en lo subsiguiente sólo se presentan las líneas generales necesarias para este trabajo.

la naturaleza del tratado a veces puede ser pertinente para su interpretación. El concepto de naturaleza de un tratado no es ajeno a la Convención de Viena de 1969 (véase, por ejemplo, el artículo 56, párrafo 1 a)) y se ha incluido una referencia a la naturaleza del tratado o de las disposiciones del tratado en otros trabajos de la Comisión. No obstante, la Comisión decidió que el proyecto de conclusión no debía hacer referencia a la naturaleza del tratado para evitar cuestionar la unidad del proceso de interpretación y evitar toda clasificación de los tratados. En todo caso, es difícil distinguir la “naturaleza del tratado” del objeto y fin del tratado.

105.2.1. La discusión en la Comisión, sin embargo, (2013) fue relevante, pues tuvo amplia exposición de razones por las cuales sí debía considerarse una distinción de naturaleza y de interpretación, pese a lo cual se mantuvo el tema como indiferenciado basado en la idea de un solo proceso de interpretación y porque no era fácil distinguirla del objeto y fin del tratado:

16) La Comisión debatió si sería apropiado hacer referencia, en el proyecto de conclusión 2 [1], a la “naturaleza” del tratado [...]. Algunos miembros consideraban que el objeto del tratado [...], así como su estructura y función básicas (por ejemplo, si las disposiciones tienen un carácter más recíproco o están más orientadas a proteger un bien común), pueden influir en la interpretación. Señalaron que la jurisprudencia de diferentes tribunales y cortes internacionales daba a entender que así era. También se mencionó que el concepto de “naturaleza” de un tratado no era ajeno a la Convención de Viena de 1969 [...] y que el concepto de “naturaleza” de un tratado y/o de las disposiciones del tratado se había incluido en otros trabajos de la Comisión, en particular en relación con el tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados. No obstante, en opinión de otros miembros, el proyecto de conclusión no debía hacer referencia a la “naturaleza” del tratado, a fin de preservar la unidad del proceso de interpretación y evitar toda clasificación de los tratados. También se señaló que la noción de “naturaleza del tratado” no estaba clara y sería difícil distinguirla del objeto y fin del tratado. Finalmente, la Comisión decidió dejar abierta la cuestión y no hacer referencia a la naturaleza del tratado en el proyecto de conclusión 2 [1] por el momento. (CDI, 2016, pp. 144-145; CDI, 2013b, p. 24)

105.3. Un aspecto a observar es que, al correlacionarse la diferencia de tratados con la diferencia de regímenes, si la primera se lograra frenar, aún podría operar la diferencia de regímenes plenamente reconocida, sin embargo, esto implicaría que la fragmentación del derecho internacional continuaría al tiempo que los demás sistemas funcionales incrementan su complejidad y sus capacidades operativas. Los derechos humanos tendrían más dificultades para operar generando consistencia en el derecho; y, en esos términos, habría más problemas de inconsistencia en el sistema, puesto que los acoplamientos estructurales con otros sistemas en la

periferia del derecho continúan evolucionando (aunque en la propia periferia se reintroduzcan los derechos humanos, como a veces parece suceder). Así, en general, una posible exigencia interna del derecho de consistencia (independientemente de la irritación a partir de los procesos de inclusión/exclusión), podría llevar a que eventualmente se reconozca plenamente la asimetrización en favor de las normas de derechos humanos.

### **C.3. Rechazo a la operación estructural de las instancias decisorias de derechos humanos**

106. El aspecto central que debe considerarse es el relativo a la caracterización de los órganos decisorios en materia de derechos humanos y sus decisiones. Esta caracterización, sin embargo, también es problemática. Como se ha comentado previamente, las instituciones judiciales, y sus decisiones, se encuentran en el lugar central del sistema jurídico, pero en el derecho internacional los órganos judiciales no cuentan con un reconocimiento pleno como fuente de derecho, aunque esto no impide su operación y, sobre esta vía, la evolución del derecho internacional. Y una situación aún más compleja tienen las instancias decisorias de derechos humanos.

106.1. Como se ha señalado, en el derecho internacional se indica un lugar primigenio para los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, y sólo de manera marginal para las resoluciones jurisdiccionales y su jurisprudencia; e, incluso, este lugar marginal no es dado como *fuentes de derecho*, sino sólo como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”,<sup>291</sup> esto es, sólo como un medio indirecto para determinar las reglas. Un ejemplo claro de ello es el texto de las *conclusiones con su comentario* sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, donde se indicó que las decisiones judiciales sólo tienen una función de elucidación, aunque tenga fuerza vinculante entre las partes:

El proyecto de conclusión 13 sigue de cerca el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo al cual, si bien las decisiones de la Corte solo tienen fuerza vinculante entre las partes, las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho internacional, incluidas las normas de derecho internacional consuetudinario. La expresión “medio auxiliar” denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí

---

<sup>291</sup> Artículo 38.1, inciso c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, antes citado.

mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). [...]. (CDI, 2018b, p. 163)

106.1.1. No obstante, aunque hasta ahora *semánticamente* se mantenga de manera predominante la idea de que las resoluciones de tribunales y cortes internacionales no son fuente de derecho, incluso en el marco de la Comisión de Derecho Internacional, al abrirse a estudio los “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional”, se ha criticado que las resoluciones de órganos jurisdiccionales sean consideradas sólo como un medio auxiliar. (Esta crítica, por lo demás, se basa en la forma *como operan estructuralmente los tribunales en el sistema jurídico, esto es, recursivamente, enlazando operaciones previas con posteriores, porque en la práctica se basan “en sus propias decisiones anteriores”, generando normas y consistencia, mediante el esquema igual/desigual, lo que termina por expresarse como seguridad jurídica*):

En el primer párrafo del Artículo 38 [...] se indica claramente que las “decisiones judiciales” son un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Dicho esto, como ha argumentado un autor, “esta fórmula subestima el papel que desempeñan las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el proceso de creación de normas. Fallos razonados de forma convincente a menudo tienen una influencia notable en el proceso de creación de normas, aun cuando, en teoría, los tribunales aplican el derecho vigente y no crean normas nuevas”. Por supuesto que las decisiones de la Corte Internacional de Justicia no son obligatorias, sino para las partes, e incluso entonces, solo respecto del caso que ha sido decidido (Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Así pues, aunque no exista una obligatoriedad de respetar el precedente ante la Corte [...], en la práctica, la Corte Internacional de Justicia se basa en sus propias decisiones anteriores. Ello redundará en una mayor previsibilidad y coherencia en la aplicación del derecho internacional. Además, ayuda a promover la seguridad jurídica respecto de los Estados y las organizaciones internacionales. [...]. (CDI, 2021b, p. 209)

106.2. Ahora bien, si la situación de los tribunales o cortes internacionales ha sido «subestimada» —como se ha logrado reconocer en la Comisión—, los órganos decisorios («órganos de tratado») establecidos en los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas tienen una situación aún más problemática que, también, tiene un ejemplo central en el caso de las *Conclusiones sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior*. Así, es posible observar que:

- (a) A estos órganos se les cuestiona una posible naturaleza judicial (independientemente de la denominación que se les otorgue), aunque sean los órganos que deciden en materia de derechos humanos, por lo que se les adjudica una naturaleza *sui generis*.



- (b) Se ha llegado a diluir semánticamente el estatus de sus decisiones de los órganos de tratados de derechos humanos, como si se buscara mediante esta acción evitar su operación estructural.

### **C.3.1. Rechazo y dilución de la naturaleza judicial de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas**

107. Una primera observación es que las *Conclusiones sobre acuerdos y práctica ulterior* se trata de la problematización sobre los tratados como fuente de derecho internacional,<sup>292</sup> y no de las decisiones judiciales como medio auxiliar,<sup>293</sup> puesto que estas últimas apenas comienzan (2021) a tener su valoración en la Comisión de Derecho Internacional. Sin embargo, sin considerar en los mismos términos la situación de las decisiones judiciales, la Comisión le dedicó una Conclusión específica (conclusión 13) a los órganos decisorios de derechos humanos de Naciones Unidas y a sus pronunciamientos, buscando integrarlos en abstracto con otros órganos, cuando, en todo caso, debían ser considerados hasta ahora con los medios auxiliares. En el numeral 1 de la conclusión se caracteriza dichos órganos:

Conclusión 13. Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado

1. A los efectos del presente proyecto de conclusiones, por órgano de expertos creado en virtud de un tratado se entiende un órgano integrado por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que ha sido establecido en virtud de un tratado y que no es un órgano de una organización internacional.  
[...]  
(CDI, 2018a, p. 115)

107.1. Aunque en ella no se definen de manera precisa su naturaleza, la calificación de “órganos de expertos creados en virtud de un tratado” permite una amplia caracterización que incluye más órganos y evita el reconocimiento de su función jurisdiccional como tal, pese a que esta sea una de sus funciones esenciales. Así, el comentario 1, al numeral 1 de la conclusión, hace el listado de los órganos de derechos humanos y posteriormente de otros órganos adicionales.

---

<sup>292</sup> Artículo 38, numeral 1, inciso a, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>293</sup> Artículo 38, numeral 1, inciso d, del mismo Estatuto.

Comentario

*Párrafo 1 – definición de la expresión “órgano de expertos creado en virtud de un tratado”*

1) Algunos tratados establecen órganos, integrados por expertos que desempeñan sus funciones a título personal, que tienen encomendada la tarea de vigilar o contribuir de otra forma a la aplicación de esos tratados. Ejemplos de este tipo de órganos de expertos creados en virtud de un tratado son los comités constituidos de conformidad con diversos tratados de derechos humanos de carácter universal, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura. Otros órganos de expertos creados en virtud de un tratado son la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Comité de Cumplimiento de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes creada de acuerdo con la Convención Única sobre Estupefacientes. (CDI, 2018a, pp. 114-115).

107.2. El conjuntar órganos de derechos humanos con otros genéricos resulta relevante porque se diluye su especificidad, pues el derecho de los derechos humanos es reconocido como un régimen particular (desde el informe sobre la fragmentación) en el derecho internacional, con una trayectoria universal y regional (tribunales regionales de derechos humanos), y no constituyen órganos establecidos sobre temas que hasta recientemente se estén explorando, como sucede con los otros órganos incluidos en el comentario. En realidad, el efecto principal de esta caracterización de los órganos de derechos humanos ha sido distinguirlos y separarlos de los órganos judiciales e integrarlos con otros órganos de reciente exploración en el derecho.

### **C.3.2. Dilución del estatus de las decisiones de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas**

108. La Conclusión 13, en sus párrafos 2 a 4, diluye semánticamente la importancia de las resoluciones de los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas, al denominarlos *pronunciamientos*.

Conclusión 13. Pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado

[...]

2. La relevancia del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado.

3. El pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado puede dar lugar, o referirse, a un acuerdo ulterior o una práctica ulterior de las partes en virtud del artículo 31, párrafo 3, o a una práctica ulterior en virtud del artículo 32. No se presumirá que el silencio de una parte constituye una práctica ulterior en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), por la que se acepta una interpretación de un tratado expresada en un pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado.

4. El presente proyecto de conclusión se entiende sin perjuicio de la contribución que los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado hagan a la interpretación de los tratados con arreglo a sus mandatos.  
(CDI, 2018a, p. 115)

108.1. La indicación del numeral 2 de que “[l]a relevancia del pronunciamiento [...] para la interpretación de un tratado depende de las normas aplicables del tratado” indica poco sobre los pronunciamientos dado que resulta tautológico, por lo que en todo caso son relevantes los numerales 3 y 4, donde el 3 acota los alcances en relación a los acuerdos y prácticas, y busca evitar que el silencio sea considerado aceptación de una práctica, y es, en realidad, en el 4 donde se deja abierta la posibilidad, de manera marginal, de reconocer posibles contribuciones de los pronunciamientos. Lo cual se explicaría en el comentario 24 de esa Conclusión 13, aludiendo a: (i) un margen discrecional de uso de esas interpretaciones como medio complementario (conforme al artículo 32 de la CVDT); (ii) una contribución semántica del uso corriente de los términos (artículo 31, primer párrafo de la CVDT); (iii) un requerimiento para contribuir a la correcta aplicación del tratado; y (iv) como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” (artículo 38.1, inciso *d* del Estatuto de la CIJ), pero esto último no como decisión judicial sino porque las actividades de los órganos “guardan relación con las distintas fuentes”.

24) Las decisiones judiciales no siempre han explicado plenamente la pertinencia de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado a los efectos de la interpretación de un tratado. [...] Esto parece indicar que se debe acudir a los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado [i] en la forma discrecional en la que el artículo 32 describe los medios de interpretación complementarios y que dichos pronunciamientos también

contribuyen [ii] “a la determinación del sentido corriente de los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Si bien los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de un tratado no constituyen práctica de una parte en el tratado, son, no obstante, [iii] comportamientos requeridos por el tratado cuyo propósito es contribuir a su correcta aplicación. [iv] Partiendo de que “las diferentes actividades de los órganos [creados en virtud de tratados] guardan relación con las distintas fuentes”, también se ha hecho referencia al Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, lo que califica la importancia jurídica de sus pronunciamientos como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. (CDI, 2018a, pp. 124-125)

108.1.1. De esta forma, se puede decir que, de acuerdo con las *Conclusiones sobre acuerdos y práctica ulterior* de la Comisión de Derecho Internacional, los pronunciamientos de los órganos serían sólo una *semántica autorizada*, y no *operación estructural*.

108.2. El acto de diluir el reconocimiento de las decisiones de los órganos de tratado a partir de la noción *pronunciamientos*, quedó indicado en los comentarios 6, 7 y 8.

108.2.1. El *párrafo 6* de los comentarios indicó una caracterización unitaria de la diversidad de productos que pueden generar los órganos de tratado, sin reconocer de manera explícita y diferenciada los que constituyen decisiones sobre casos individuales, e, incluso, descartó explícitamente el término jurisprudencia (por ser *general*):

6) Los tratados emplean diversos términos para designar las resoluciones de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado, como “observaciones”, “recomendaciones”, “comentarios”, “medidas” y “medidas correctivas”. El proyecto de conclusión 13 utiliza, a los efectos del presente proyecto de conclusiones, el término general “pronunciamientos”, que abarca todas las evaluaciones fácticas y normativas pertinentes de los órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Existen otros términos generales empleados para determinados órganos como son “jurisprudencia” y “conclusiones”. Esos términos son, o bien demasiado limitados, al atribuir un peso jurídico particular al resultado de la labor de ese órgano, o bien demasiado generales, al designar cualquier acto de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado, para ser apropiados a los fines de este proyecto de conclusión, que es aplicable a una amplia variedad de órganos de expertos creados en virtud de tratados. (CDI, 2018a, pp. 117-118).

108.2.2. El *párrafo 7* omitió una referencia al peso estructural de la decisión, aunque éste fue referido en las propias discusiones de la Comisión, buscando así dar un peso estructural a la semántica con la que en los tratados se refiere la denominación de las decisiones (observaciones,

sugerencias, recomendaciones) de los órganos. Sobre esta base, se indicaba que las decisiones no eran vinculantes dada su denominación semántica.

7) El párrafo 2 sirve para poner de relieve que cualquier posible efecto jurídico del pronunciamiento de un órgano de expertos creado en virtud de un tratado depende, ante todo, de las normas específicas del tratado aplicable. Por tanto, los posibles efectos jurídicos pueden ser muy variados y han de determinarse aplicando las reglas de interpretación de los tratados enunciadas en la Convención de Viena. El sentido corriente del término mediante el que un tratado designa una forma particular de pronunciamiento, o su contexto, suele dar una indicación clara de que esos pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes. Así sucede, por ejemplo, con los términos “observaciones” (artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), “sugerencias y recomendaciones” (artículo 14, párrafo 8, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial) y “recomendaciones” (artículo 76, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). [...] (CDI, 2018a, p. 118).

108.2.2.1. Este aspecto resulta importante dado que, en general, como es reconocido en el derecho internacional, las resoluciones de los tribunales internacionales carecen de la posibilidad de ser obligatoriamente ejecutadas mediante el uso de la fuerza por parte de los propios tribunales, puesto que, en general, se requiere de la propia voluntad de los Estados condenados. En el caso de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, el propio Estatuto de la Corte no le faculta para dictar medidas para su cumplimiento, y la Carta de las Naciones Unidas tampoco. El artículo 94.2<sup>294</sup> de la Carta faculta sólo a la parte afectada para acudir ante el Consejo de Seguridad a pedir el cumplimiento, y este Consejo tiene la facultad discrecional de valorar si lo exige o no. De ahí que, incluso en relación a los acoplamientos estructurales ente la política y el derecho, resulta irrelevante la denominación que se adjudique a la decisión de un órgano que está autorizado para tomar la decisión última en controversias, determinando la normatividad aplicable sobre hechos alegados.

---

<sup>294</sup> “Artículo 94

1. Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.
2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.”

108.2.3. El *párrafo 8* de los comentarios, después de la unificación de las denominaciones (especificada en el párrafo 6), solamente ratifica dicha unificación al indicar que con ella se hace alusión a la diversidad de productos que podrían realizarse por dichos órganos, reconociendo, no obstante, que cada uno de ellos responde a dinámicas de distinto orden (una de ellas judicial, como es el conocimiento de las comunicaciones individuales), y aludiendo a que, mediante ellos, “a menudo interpretan, explícita o implícitamente, el tratado”.

8) No es necesario, a los presentes efectos, describir en detalle las competencias de los diferentes órganos de expertos creados en virtud de un tratado. Por ejemplo, los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos suelen aprobarse en respuesta a informes de los Estados (como las “observaciones finales”), en respuesta a comunicaciones individuales (como los “dictámenes”) o en relación con la aplicación o interpretación de los respectivos tratados en general (como las “observaciones generales”). Si bien tales pronunciamientos se rigen por distintas disposiciones específicas del tratado que determinan principalmente sus efectos jurídicos, a menudo interpretan, explícita o implícitamente, el tratado de una manera que plantea algunas cuestiones generales que el proyecto de conclusión 13 trata de abordar. (CDI, 2018a, p. 118).

108.3. Tanto la caracterización de los órganos de tratado fuera del marco de instituciones con facultades judiciales, como la de los pronunciamientos diluyendo, en el marco de otros productos de los órganos de tratado, su función judicial, no fue sin tensiones semánticas al interior, como se observa a continuación.

#### **C.4. Tensiones y contradicciones semánticas**

109. Las tensiones y contradicciones semánticas se observan como una necesidad de definiciones ambivalentes que requieren un sobreesfuerzo para su justificación, o de afirmaciones contradictorias en el proceso de construcción del documento final de las *Conclusiones sobre acuerdos ulteriores y práctica ulterior* al interior de la Comisión de Derecho Internacional. Este tipo de circunstancias se pudieron observar en relación a la naturaleza de los tratados, de las decisiones de los órganos de tratados y de los propios órganos de tratado.

##### **C.4.1. Tensiones sobre la naturaleza de los tratados**

110. Aunque, como se ha señalado, en las *Conclusiones* se terminó indicando que no se aludía a la naturaleza de los tratados debido a que se buscaba “preservar la unidad del proceso de

interpretación y evitar toda clasificación de los tratados” y pese a que “el concepto de ‘naturaleza’ de un tratado no era ajeno a la Convención de Viena de 1969” (CDI, 2016, pp. 144-145), uno de los problemas de fondo es que en realidad se consideraba a esa idea de diferencia de naturaleza como una cuestión incómoda y que daba lugar a engaño. Así se podría observar en el *Cuarto Informe* previo a las Conclusiones y en la respuesta a las observaciones del gobierno de España señaladas en el subsiguiente *Quinto Informe*:

- a) En el *Quinto Informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (2018), el Relator Especial Georg Nolte respondería a una solicitud de España que implicaba el reconocimiento específico de la diferencia de naturaleza de las normas los derechos humanos, pues a partir de ello se requeriría especificar la naturaleza específica de los órganos de tratado, así como de sus resoluciones jurídicas. Al respecto, el Relator Especial indicaría no sólo que las reglas de interpretación eran de carácter general, pese a que él mismo habría indicado previamente en su *primer informe* que había enfoques de interpretación distintos, según se indicó que consideraba “difícil entender” “por qué el papel de los órganos de expertos [...] de tratados de derechos humanos [...] debería ser diferente del papel de otros órganos de expertos creados en virtud de los tratados [...]”:

126. [...] España también propuso que se incluyera un proyecto de conclusión específico sobre los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos. El Relator Especial no considera que sea conveniente, ya que el proyecto de conclusiones se formula desde la perspectiva de las reglas sobre interpretación de la Convención de Viena, que son de carácter general. También es difícil entender, desde el punto de vista de la regla general de interpretación, por qué el papel de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos a los efectos de la interpretación de esos tratados debería ser diferente del papel de otros órganos de expertos creados en virtud de los tratados a los efectos de la interpretación de sus tratados respectivos. (A/CN/4/715, 2018, párr. 126)

- b) En el *Cuarto Informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (2016), de manera semejante, el Relator Especial señalaría que resultaba engañoso asumir una naturaleza distinta de los tratados de derechos humanos, al discurrir sobre la ponderación de los pronunciamientos de los órganos decisorios de derechos humanos:

57. La ponderación de la importancia que ha de atribuirse a los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos a efectos de la interpretación se basa en un análisis de la práctica de los Estados y los tribunales y de la doctrina, y evita una alternativa engañosa entre un “enfoque tradicional” de la interpretación de los tratados de derechos humanos y un enfoque que considera que “los tratados de derechos humanos son diferentes”. (A/CN.4/694, párr. 57).

110.1. En estos términos, puede observarse que evitar indicar la naturaleza específica de los tratados de derechos humanos, así como de los enfoques de interpretación que de ella derivan, conlleva la posibilidad de afirmar la misma naturaleza para todos los tratados, buscando regresarlos a una semántica exclusivamente contractualista.

#### **C.4.2. Tensiones sobre órganos de tratado y sus decisiones**

111. La definición de la naturaleza de los órganos de tratado y de sus pronunciamientos se dio en medio de una discusión en que, incluso, el propio Relator Especial a cargo del tema inicialmente reconoció la naturaleza estructural de los pronunciamientos que constituyen decisiones en casos individuales, así como una naturaleza judicial de los órganos de tratado. Las tensiones y contradicciones se habrían generado en diversos momentos:

112. En el *Primer Informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (2013),<sup>295</sup> el Relator Especial habría caracterizado (a) al Comité DH en el marco de “otros órganos judiciales”, y (b) a sus dictámenes (pronunciamientos) en casos individuales como “jurisprudencia”, e incluso, aclararía respecto de estos su naturaleza estructural de “determinaciones jurídicas en causas particulares efectuadas por órganos judiciales competentes integrados por miembros independientes”.<sup>296</sup> De manera que, finalmente, señalaría que el “informe abarca únicamente pronunciamientos de órganos judiciales”:

---

<sup>295</sup> El hecho de que los informes presentados por los relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional sean en preparación para las discusiones en el seno de esa Comisión de los temas que dichos relatores tienen a su cargo, implica la relevancia de cada uno de estos informes para el producto final, que en este caso fueron las *Conclusiones sobre acuerdos y práctica ulterior*.

<sup>296</sup> El Relator Especial había aludido también a otras instancias, además de los comités de derechos humanos, éstas, evidentemente, también podrían haber mantenido una caracterización en función de sus determinaciones de naturaleza judicial (o cuasi judicial, si se quiere, como se les llega a denominar), como también habría correspondido de acuerdo a su operación estructural.



“6. [...] El presente informe se basa fundamentalmente en la jurisprudencia de un grupo, esperamos que representativo, de tribunales internacionales y *otros órganos judiciales*<sup>15</sup> y en ejemplos documentados de la práctica de los Estados. El conjunto de todo ello constituye un elemento, necesariamente incompleto, de un repertorio de la práctica. [...]” (A/CN.4/660, 2013, párr. 6).

<sup>15</sup> El término *jurisprudencia* se utiliza en el sentido de *determinaciones jurídicas en causas particulares efectuadas por órganos judiciales competentes integrados por miembros independientes*. Esas determinaciones jurídicas no se limitan a fallos vinculantes de tribunales internacionales, sino que *incluyen también los “dictámenes” del Comité de Derechos Humanos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en el marco del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El informe abarca *únicamente pronunciamientos de órganos judiciales* que se concentran en determinaciones sobre puntos de derecho (no sobre cuestiones de hecho), que son suficientemente accesibles y que ya han generado una cantidad importante de decisiones.” (A/CN.4/660, 2013, pág. 6n).  
[Cursivas propias.]

113. Sin embargo, para el *Cuarto Informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados* (2016), el propio relator eliminaría las caracterizaciones precedentes tanto de los órganos de tratado de derechos humanos (incluyendo al Comité DH), como de sus determinaciones jurídicas en casos individuales.

113.1. En relación a los órganos, disolvería su figura en una caracterización abstracta que buscaba indicar que no eran ni organizaciones internacionales ni órganos integrados por Estados, sino una figura *sui generis* que sólo era dable caracterizar conforme a sus propias características, y evitando vincularla a una función judicial:

12. El presente informe no se ocupa ni de los órganos creados en virtud de tratados integrados por Estados ni de los que son órganos de una organización internacional<sup>26</sup>. Se ocupa, por el contrario, de los órganos creados en virtud de tratados integrados por expertos que desempeñan sus funciones a título individual. Los ejemplos más conocidos de esos órganos son los comités establecidos en virtud de diversos tratados de derechos humanos de ámbito universal [...]. Sin embargo, también hay órganos de expertos en el marco de otros tratados. (A/CN.4/694, 2016, párr. 12)

113.1.1. Esta necesidad de disolver en un marco más amplio la naturaleza de los órganos de tratado de derechos humanos puede observarse de manera más específica cuando el Relator

Especial, en las discusiones internas de la Comisión sobre el *Cuarto Informe*, reconoció que las referencias a otros órganos eran “meramente ilustrativas” [merely illustrative], pues en realidad el problema se centraba en la operación de los órganos de tratado de derechos humanos:

La preocupación por dejar espacio a la diversidad de tratados que establecen órganos de expertos fue la razón por la que se propuso el proyecto de conclusión 12 (5). El Sr. Park ha observado, con razón, que el informe trata más de los órganos de tratados de derechos humanos que de otros órganos de expertos. La razón es que el debate sobre el peso jurídico de esos pronunciamientos se ha centrado principalmente en los primeros. Las referencias a otros órganos de expertos son meramente ilustrativas.<sup>297</sup>

113.2. Por otro lado, en relación a la naturaleza de las decisiones en casos individuales de los comités de derechos humanos, desde el *Cuarto Informe* se les buscó desconocer su especificidad. El Relator Especial indicó en dicho informe una formulación inicial respecto de la que quedaría en las *Conclusiones*, donde aún se reconocía explícitamente que “la labor de los órganos [...] suele consistir en [...] declaratorias (de derecho)”, al tiempo que ya negaba explícitamente la “naturaleza judicial” (sin caracterizar dicha naturaleza):

## 2. “Pronunciamientos”

14. [...] En el presente informe se emplea, a efectos del presente proyecto, el término genérico de “pronunciamientos”. Otros términos genéricos que se utilizan son “conclusiones”, “jurisprudencia” y “producto”. La expresión “conclusiones” puede interpretarse erróneamente en el sentido de que se limita a constataciones fácticas, cuando la labor de los órganos de expertos suele consistir en medidas que son, explícita o implícitamente, declaratorias (de derecho). El término “jurisprudencia”, por otro lado, puede dar a entender erróneamente que la acción de un órgano de expertos es de naturaleza judicial, lo que no suele ser el caso. El término “producto”, aunque es neutral, puede ser demasiado amplio. La expresión “pronunciamientos”, por su parte, es lo suficientemente neutral y permite abarcar todas las evaluaciones fácticas y normativas pertinentes de dichos órganos de expertos. (A/CN.4/694, 2016, párr. 14)

113.3. Sin embargo, esta pérdida de especificidad de los diferentes tipos de resoluciones de los Comités, ni siquiera podía ser sostenida plenamente en el propio *Cuarto Informe*, ya que al momento de señalar el posible valor de los pronunciamientos conforme al artículo 38.1, letra d,

---

<sup>297</sup> The concern for leaving room for the diversity of treaties that established expert bodies was the reason for proposing draft conclusion 12 (5). Mr. Park had rightly observed that the report dealt more with human rights treaty bodies than with other expert bodies. The reason for that was that the debate about the legal weight of such pronouncements had mainly centred on the former. The references to other expert bodies were merely illustrative. (A/CN.4/SR.3307, 2016, pág. 8).

del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tuvo necesidad de distinguir nuevamente y acercar las funciones hacia un reconocimiento específico de su naturaleza:

63. La conclusión de que los pronunciamientos de órganos de expertos en derechos humanos son, en sí mismos, medios de interpretación complementarios con arreglo al artículo 32 también se refleja, en esencia, en el artículo 38 1) d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En esa disposición se habla de “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Si bien el artículo 38 1) d) no menciona explícitamente los pronunciamientos de órganos de expertos (que no son ni “decisiones judiciales” ni “doctrinas de los publicistas”), dichos pronunciamientos pueden “presentar algunas de las principales características” de esos dos medios. Mientras que los dictámenes sobre las comunicaciones individuales tienen ciertos elementos en común con las decisiones judiciales, las observaciones generales tienen más en común con la doctrina debido a su carácter general. Las observaciones generales también pueden tener las características de una jurisprudencia bien asentada. El hecho de que el artículo 38 1) d) del Estatuto solo mencione explícitamente las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas como medios auxiliares clásicos se puede explicar por el hecho de que esta disposición se redactó originalmente en 1920 y se mantuvo sin gran debate en 1946, mucho antes de que existieran los órganos de expertos y su práctica. (A/CN.4/694, 2016, párr. 63)

114. Este tipo de tensiones en torno a la naturaleza de las resoluciones dio lugar a que en las discusiones sobre el *Cuarto Informe* hubiera discrepancias relevantes en la Comisión con los términos en que evolucionaba el trabajo de las *Conclusiones sobre acuerdos y práctica ulterior*. Entre ellas, porque los trabajos estaban dedicados a los acuerdos y prácticas ulteriores sobre interpretación de los tratados, por lo que se conceptualizaba el lugar de los pronunciamientos como cierto tipo de *práctica*, frente a la situación más precisa de considerarlo un *medio auxiliar*, como el mismo relator reconocía. Sin embargo, en el camino de este giro, se cuestionaba (semánticamente) la naturaleza de los tratados de derechos humanos, de sus órganos y de sus decisiones.

114.1. Así, por ejemplo, Mathias Forteau, discordaba señalando que las resoluciones eran un *medio auxiliar* y no una *práctica*. Y que los pronunciamientos debían ser considerados como jurisprudencia internacional, pues la propia Comisión de Derecho Internacional, en sus trabajos sobre derecho internacional consuetudinario, había reconocido que sólo las resoluciones de tribunales *nacionales* podrían considerarse práctica, mientras que “cualquier decisión judicial o

cuasi judicial internacional”, como los de los órganos de tratados de derechos humanos, eran “medios subsidiarios”:

Por ello, está en total desacuerdo con el Relator Especial cuando, por ejemplo, afirma en el párrafo 16 de su informe que los pronunciamientos de los órganos de expertos pueden ser pertinentes para la interpretación de un tratado como “una forma de práctica ulterior en el marco del tratado”. Tales pronunciamientos no equivalen a una “práctica”, sino a una “jurisprudencia” [*case law*] internacional o, si se prefiere, a “medios subsidiarios” para la interpretación de las normas de derecho, lo que es totalmente diferente a la práctica ulterior como medio de interpretación. En el marco de sus trabajos sobre el derecho internacional consuetudinario, la Comisión ha distinguido claramente entre, por una parte, las decisiones judiciales que constituyen un elemento de la práctica (que abarca las decisiones de los tribunales nacionales y nada más) y, por otra parte, las decisiones que no son más que medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho, es decir, cualquier decisión judicial o cuasi judicial internacional y, en ciertos casos, algunas decisiones de los tribunales nacionales. Esto no significa, sin embargo, que los pronunciamientos de los órganos de expertos no sean pertinentes para la interpretación de los tratados.<sup>298</sup>

114.1.1. Incluso, Forteau señalaba relevantes implicaciones adicionales, puesto que, indicaba, dada la redacción de la propuesta para reconocer como *práctica* lo que era un *medio auxiliar*, incluso daba igual si se intercambiaba en la redacción a los órganos de tratados por la Corte Internacional de Justicia (salvo, quizá, porque a la CIJ no se le cuestionaría semánticamente su naturaleza judicial), y al final toda la Conclusión 12 (en ese momento estaba designada como 12, siendo que al final quedaría como Conclusión 13) se basaba “en una interpretación errónea de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos de los órganos de expertos”:

---

<sup>298</sup> That was why he strongly disagreed with the Special Rapporteur when, for example, he stated in paragraph 16 of his report that the pronouncements of expert bodies might be relevant for the interpretation of a treaty as “a form of practice subsequently arrived at under the treaty”. Such pronouncements did not amount to a “practice”, but to international “case law” or, if one preferred, to “subsidiary means” for the interpretation of rules of law, which was entirely different to subsequent practice as a means of interpretation. In the context of its work on customary international law, the Commission had clearly drawn a distinction between, on the one hand, judicial decisions that were an element of practice (which covered domestic court decisions and nothing else) and, on the other, decisions that were merely subsidiary means for the determination of rules of law, namely any international judicial or quasi-judicial decision and, in certain cases, some domestic court decisions. That did not mean, however, that the pronouncements of expert bodies were not relevant for the interpretation of treaties. (A/CN.4/SR.3304, 2017, p. 11).

El hecho de que los pronunciamientos de los órganos de expertos sean un medio complementario para la interpretación de la ley y no una forma de práctica ulterior significa que *nada de lo que se dice en el proyecto de conclusión 12 [13] es específico de los órganos de expertos*. La Comisión podría adoptar *el mismo texto sustituyendo las palabras “de los órganos de expertos” por “de la Corte Internacional de Justicia”*, ya que una práctica puede surgir de una decisión de la Corte o reflejarse en ella, lo que también puede contribuir a la interpretación de los tratados. Por ejemplo, la interpretación de la Corte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en el caso *Bélgica c. Senegal* en 2012 podría dar lugar a una determinada forma de práctica posterior. *Sin embargo, el hecho de que la sentencia de un tribunal internacional tenga ese efecto no la convierte en una forma de práctica en el sentido que se le da al término en el proyecto de conclusión*. A este respecto, el proyecto de conclusión 12 [13] y, en particular, el párrafo 64 del informe del Relator Especial, *se basan, en su opinión, en una interpretación errónea de la naturaleza jurídica de los pronunciamientos de los órganos de expertos*. Dado que tales pronunciamientos no constituyen una forma de práctica, no hay razón para dedicarles todo un proyecto de conclusión en un conjunto de proyectos de conclusiones que se centran únicamente en los acuerdos y la práctica posteriores, y que no se refieren a otros medios de interpretación.<sup>299,300</sup>

[Cursivas propias]

114.1.2. De esta manera, en realidad, la contribución principal de la Conclusión 13 era diluir la naturaleza de los órganos de tratado de derechos humanos y de sus determinaciones. En todo caso, también se podría haber propuesto una Conclusión para todos los órganos judiciales

---

<sup>299</sup> The fact that the pronouncements of expert bodies were a supplementary means for the interpretation of the law rather than a form of subsequent practice meant that none of what was said in draft conclusion 12 was specific to expert bodies. The Commission could adopt the same text with the words “of expert bodies” replaced by “of the International Court of Justice”, since a practice could arise from, or be reflected in, a decision of the Court, which could also contribute to the interpretation of treaties. For example, the Court’s interpretation of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in *Belgium v. Senegal* in 2012 could give rise to a certain form of subsequent practice. That the ruling of an international court should have that effect clearly did not, however, make it a form of practice within the meaning given to the term in the draft conclusion. In that regard, draft conclusion 12 and, in particular, paragraph 64 of the Special Rapporteur’s report, were, in his view, based on a misinterpretation of the legal nature of the pronouncements of expert bodies. Since such pronouncements did not constitute a form of practice, there was no reason to devote a whole draft conclusion to them in a set of draft conclusions focusing solely on subsequent agreements and subsequent practice, and which did not concern other means of interpretation. (A/CN.4/SR.3304, 2017, p. 12).

<sup>300</sup> Un tema que se retomó en ese momento fue también que el ejemplo relacionado con la Corte Internacional de Justicia que el Relator Especial usa como confirmación de que dicha Corte considera como una practica la actividad del Comité DH, en realidad, lo que indica es que realiza *jurisprudencia*, y usa explícitamente esta palabra. El Relator Especial, sin embargo, insistió en que la Corte interpretó práctica.

internacionales, en donde tendría que haberse incluido a los órganos de tratado con funciones de determinación jurídica sobre casos individuales.

115. Todavía hacia el final, en la discusión posterior al *Quinto Informe* (2018), hubo propuestas de cambiar la denominación de los pronunciamientos, sin embargo, igualmente fueron negadas porque, indicaba el Relator Especial, estos eran amplios y neutrales (aunque la Conclusión 13 implicaba la negación de la diferencia de naturaleza de los tratados de derechos humanos, así como la naturaleza de sus órganos de tratado y de sus decisiones):

Sir Michael Wood ha expresado sus dudas sobre el término “pronunciamientos”, a pesar de haberlo aceptado en primera lectura, mientras que el Sr. Gómez-Robledo ha propuesto que se sustituya por el término “determinaciones”. El Relator Especial había explicado, en su cuarto informe (A/CN.4/694), que había elegido el término “pronunciamientos” por su amplitud y neutralidad; tras los debates en el pleno y en el Comité de Redacción, la Comisión lo había aceptado. En el debate de la presente sesión, el Sr. Jalloh y otros miembros lo han respaldado. Por lo tanto, el Relator Especial espera que Sir Michael Wood y el Sr. Gómez-Robledo lo consideren aceptable.<sup>301</sup>

116. El planteamiento del Relator Especial, por otro lado, fue particularmente bienvenido por parte de algunos Estados (Estados Unidos y China), pues, como indicó en su *Quinto Informe*, estos aconsejaban no sobreestimar el valor de los pronunciamientos y cuidar que no sobrepasaran su mandato:

Algunos Estados [EEUU y China] aconsejaron prudencia para no sobreestimar el valor de los pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de los tratados para la interpretación de sus tratados, y advirtieron que esos órganos no deberían sobrepasar su mandato ni intentar modificar o enmendar el tratado. (A/CN.4/715, 2018, p. 40).

---

<sup>301</sup> Sir Michael Wood had expressed doubts about the term “pronouncements”, despite having agreed to it on first reading, while Mr. Gómez-Robledo had proposed that it should be replaced with the term “determinations”. The Special Rapporteur had explained, in his fourth report (A/CN.4/694), that he had chosen the term “pronouncements” because of its comprehensiveness and neutrality; after debates in the plenary and the Drafting Committee, the Commission had accepted it. In the debate at the current session, Mr. Jalloh and other members had endorsed it. The Special Rapporteur therefore hoped that Sir Michael Wood and Mr. Gómez-Robledo could find it acceptable. (A/CN.4/SR.3396, 2018, pág. 9)

116.1. Los Estados Unidos realizaron un reconocimiento genérico y acotaron aún más el sentido semántico de las palabras, a fin de evitar la idea de “autoridad”. China fue más precisa al requerir explícitamente una interpretación de orden contractualista sobre los tratados de derechos humanos:

#### Estados Unidos

[...] el proyecto de conclusión 13 [12] se titula y se refiere en su totalidad a los “pronunciamientos” de los órganos de expertos creados en virtud de tratados. Los Estados Unidos consideran que la expresión “pronunciamientos” conlleva una implicación inapropiada de autoridad. Creemos que debería utilizarse en su lugar un término más neutro como “opiniones” o “declaraciones”. (A/CN.4/712, 2018, pág. 36).

#### China

70. [...] También es necesario ser prudentes a la hora de determinar si los pronunciamientos de los órganos de expertos creados en virtud de tratados dan lugar a acuerdos ulteriores o a práctica ulterior. En ese sentido, los órganos de expertos creados en virtud de tratados deben evitar excederse de su mandato y tener plenamente en cuenta las opiniones de los Estados partes, a fin de evitar cualquier confusión en la interpretación de las obligaciones dimanantes de los tratados. (A/C.6/71/SR.20, 2018, párr. 70)

117. El rechazo semántico a la operación estructural de los órganos de derechos humanos deriva de la estructuración contractualista que aún persiste el derecho internacional, y que se debilita conforme se estructuran sus diferentes subsistemas, y no sólo el de los derechos humanos. Es difícil que considerar que pueda detenerse semánticamente las evoluciones operativas estructurales, pues, aunque se denominen pronunciamientos, avisos o recomendaciones, la operación es de *toma de decisión* con base en la autoridad establecida por el propio tratado, y siendo los últimos intérpretes de dicho tratado. El Relator Especial se quejaba de este último hecho al indicar que:

55. [...] otorgar a dichos pronunciamientos una “presunción general de validez sustantiva” o considerar incluso que “el árbitro definitivo para interpretar el Pacto [es] el Comité y no los Estados individuales” sería ir demasiado lejos. (A/CN.4/694, 2016, párr. 55).<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup> El Relator Especial antecedía esta queja con la idea de que:

117.1. Sin embargo, su queja no modifica la situación de que no hay autoridad judicial o de otro orden que pueda revocar una decisión de los comités, y estos concentran la facultad de decidir respecto de sus propios tratados. El acatamiento o no de una decisión, no cambia la situación de los comités, en comparación con otras instituciones judiciales como la Corte Internacional de Justicia, pues ni esta puede ordenar la ejecución forzosa, ni los Estados pueden revocar la decisión. En todo caso, la impugnación en contra de los órganos de tratado es sólo al nivel de la semántica, dado que la operación estructural es la misma.

#### **C.5. Especificidad de los órganos de tratado de derechos humanos**

118. Ante la situación semántica de rechazo, se puede sintetizar la situación estructural indicando que el lugar que operativamente tienen los comités de derechos humanos corresponde al de ubicarse como instituciones judiciales del subsistema jurídico de derechos humanos, (subsistema que es reconocido como *régimen* en el derecho internacional), teniendo una posición central en la distinción centro/periferia de dicho subsistema en el derecho internacional general (puesto que existen los regionales).

119. En general, se pueden retomar los propios términos indicados por el Comité DH, al indicar la naturaleza de sus funciones y sus resoluciones, al considerar: (i) que es un órgano que actúa con “espíritu judicial” (párrafo 11); (ii) que toma decisiones sobre hechos alegados de violación de derechos humanos, a fin de determinar si existió o no la violación alegada, y, en caso de confirmarse, establece la consecuencia jurídica correspondiente: la reparación (párrafo 12); y (iii) que sus dictámenes son un pronunciamiento revestido de autoridad (autorizado) (párrafo 13).

11. Aunque la función desempeñada por el Comité de Derechos Humanos al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma, la de un órgano judicial, los dictámenes emitidos por el Comité de conformidad con el Protocolo

---

La importancia que debe otorgarse a esos pronunciamientos en cada caso depende más bien de consideraciones concretas como la solidez de su razonamiento, el carácter del tratado y de las disposiciones del tratado en cuestión, la composición profesional del órgano responsable, el procedimiento mediante el cual se ha adoptado el pronunciamiento y otros posibles factores. (A/CN.4/694, 2016, párr. 55).

Sin embargo, como sucede con cualquier institución, aunque sus integrantes o sus decisiones sean cuestionables, no dejan de ser una decisión tomada por la institución correspondiente. En todo caso, la valoración que indica podría ser el resultado de una observación académica o de otro orden, pero no afecta a su operación.



Facultativo presentan algunas de las principales características de una decisión judicial. Se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y el carácter determinante de las decisiones.

12. El término empleado en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo para las decisiones del Comité es "observaciones". En esas decisiones se exponen las constataciones del Comité sobre las violaciones alegadas por el autor y, cuando se ha comprobado la existencia de una violación, se señala el medio de reparar esa violación.

13. Los dictámenes emitidos por el Comité con arreglo al Protocolo Facultativo representan un pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio Pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento. El carácter y la importancia de esos dictámenes dimanar de la función integral que incumbe al Comité con arreglo al Pacto y al Protocolo Facultativo. (Comité DH, OG 33, 2009, párrs. 11-13).

120. Ante este marco, aún es necesario señalar, en términos generales, las características de este subsistema jurídico de derechos humanos.

#### **D. EL SUBSISTEMA JURÍDICO DE DERECHOS HUMANOS**

121. Un primer aspecto a considerar es la identificación del derecho de los derechos humanos como un subsistema del derecho. Para ello, se buscará establecer algunas observaciones sobre su cierre operativo y su apertura cognitiva como subsistema.

##### **D.1. Sistema/entorno de los derechos humanos**

122. La evolución de los sistemas sociales depende de la posibilidad de que previamente exista la clausura operativa de cada sistema, la autopoiesis es su presupuesto. Aunque no hay un momento específico en que se realiza la clausura, sólo cuando esto se ha logrado es que se hace posible que las estructuras de cada sistema puedan evolucionar. De esta manera, es el sistema en conjunto el que se ve en la constricción de evolucionar, de manera que su evolución escapa a las voluntades individuales.

“el sistema está coaccionado a efectuar una selección y [...] ésta es resultado de su circularidad operativa y de su limitada complejidad frente al mundo... la conservación de la autopoiesis como *conditio sine qua non* de toda la evolución se puede alcanzar a través de un cambio en las estructuras; es decir, a través de un

cambio que sea compatible con las estructuras.” (Luhmann, DS, 2005, pp. 303-304)

123. Esto, a su vez, permite que la evolución funcione “de manera recursiva”, pues “aplica ‘iterativamente’ a los propios resultados el mismo procedimiento” (Luhmann, SS, 2006, p. 327). Estos aspectos se podrían considerar respecto de los derechos humanos como subsistema del sistema jurídico.

124. Los subsistemas de la sociedad tienen una autopoiesis y una evolución independientes (Luhmann, DS, 2005, p. 305); esto permite diferentes formas de cambio. Algunas se viven como rupturas y otras como continuidad, en los que se generan las condiciones de los eventos que pueden identificarse como rupturistas.

La evolución no es una gradación paulatina, continua e ininterrumpida de la complejidad, sino un modo de cambios estructurales del todo compatibles con transformaciones bruscas (‘catástrofes’) y con largos periodos de estancamiento (‘Stasis’). Es evidente que para que haya de súbito una nueva formación, se deben cumplir un sinnúmero de precondiciones: “preadaptative advances”. (Luhmann, DS, 2005, p. 306)

124.1. En cualquier caso, en el análisis de los derechos humanos, son las estructuras del sistema las que deben buscar observarse pues “se debe explicar cómo quedan del todo fijas las estructuras del sistema como para que estén expuestas a la acometida de la evolución.” (Luhmann, DS, 2005, 307). Los *elementos* del sistema no se pueden concebir sino por su relación al sistema como una totalidad, y la estabilización de los elementos no se puede realizar sino porque el propio sistema lo exige, de manera que se trata de una relación circular (Luhmann, DS, 2005, p. 339).

125. A la vez que un sistema se ha diferenciado, también es necesario considerar cómo ha quedado delimitado su entorno, y las relaciones con éste (acoplamientos estructurales), así como, en particular, sus posibilidades de observación del entorno, dado que son sistemas observantes.

126. Por ello, aunque sería necesario desarrollar un análisis más profundo sobre la clausura operativa de un subsistema jurídico y sus acoplamientos estructurales con el derecho como sistema abarcativo, así como su relación con otros subsistemas, es posible indicar algunas aproximaciones al problema que se usarán para delimitar las evoluciones actuales del subsistema jurídico de derechos humanos.

127. En estos términos, la identificación de la unidad del subsistema jurídico de los derechos humanos se puede indicar como la aplicación de los programas de derechos humanos bajo la forma básica del código conforme a derecho/no conforme a derecho. Es decir, para los derechos humanos *su codificación*, al operar como una determinación de si algo es conforme a derecho o no, se opera como *conforme a derechos humanos/violatorio de derechos humanos*. Esta sería la base operativa con la que se enlazan las comunicaciones, y la que produce su clausura operativa.

128. Lo *no conforme a derecho de los derechos humanos* (las violaciones de derechos humanos) sin embargo, implican dos aspectos centrales: el *reconocimiento de las víctimas* y la *responsabilidad del Estado* como aspectos que orientan la operación de los derechos humanos, ante su violación; siendo estos una reintroducción en el derecho (de los derechos humanos) de la distinción individuo/sociedad.<sup>303</sup>

128.1. Como se deriva de lo observado previamente, una hipótesis para dar cuenta del surgimiento de este subsistema jurídico, en los términos actuales del derecho internacional, tiene que considerar el hecho de que en la sociedad mundial se especificara la universalización de los derechos humanos en el derecho como respuesta a las irritaciones provenientes de los problemas de la inclusión/exclusión agregada y la universalización y elementarización de la sociedad, así como de la posibilidad operativa de consistencia del derecho a partir de la forma igual/desigual del derecho y la distinción individuo/sociedad. Así, de la necesidad de especificar la universalización *en el derecho* derivó el *reconocimiento de las víctimas* y la *responsabilidad del Estado*, en cuanto a los aspectos relativos a los problemas de la distinción individuo/sociedad (en relación a los temas de espacialidad se vincularía más el desarrollo de las obligaciones y el problema de la progresividad).

129. En consecuencia, para el subsistema jurídico, cuando se observan violaciones de derechos humanos se operan dos aspectos: víctimas y responsabilidad del Estado; esta es la base de su enlace operativo, y la distinción (individuo/sociedad) sobre la que organizará sus estructuras.

129.1. Esta es la base sobre la que se desarrollan las siguientes consideraciones respecto de la evolución de los derechos humanos como subsistema jurídico.

---

<sup>303</sup> En otro espacio, a esto se asocia las dimensiones *finalidad* y *tipo de comportamiento* (Rueda Luna, 2019).

## D.2. Clausura operativa y apertura cognitiva

130. Las consideraciones desarrolladas por Luhmann en torno al derecho como sistema social, deben considerarse en el marco específico del derecho de los derechos humanos como subsistema, por lo que en esos términos se buscarán concordar.

131. La *unidad del derecho* no puede entenderse a partir de principios, reglas o normas supraordenadas, ya sea teórica o normativamente (como las constituciones), sino gracias a la capacidad del sistema jurídico de *enlazar* cada operación (cada comunicación jurídica) que se realiza en él con operaciones anteriores. Se produce así una *selectividad operativa* que permite al sistema social articular en el tiempo toda operación previa, presente y futura; y, en un cada uno de esos actos (comunicaciones), designar de manera permanente lo que se considera derecho y lo que no se considera derecho, lo que se considera violación de derechos humanos y lo que no. Lo que se considera violación de derechos humanos es dado por el propio sistema y no por un observador externo al sistema.

131.1. De ahí que una semántica contractualista del derecho internacional no puede eliminar que sea el propio sistema jurídico de derechos humanos el que establecerá qué es violación de derechos humanos y que no (no los Estados).

132. Al operar de esta forma cada operación clausura el sistema, generando, simultáneamente, una interioridad —el sistema— y una exterioridad —el entorno—. Se da lugar a la diferenciación del derecho (como sistema social) respecto de la sociedad en general y de otros sistemas sociales (entorno interno), a partir de cada comunicación que se va enlazando, y de la misma forma ocurre con los derechos humanos:

supone una selección de la enlazabilidad que se practica y la necesidad de recurrir a una condicionalización interna de la selección de los elementos. Sólo el enlace selectivo “cualifica los elementos”, y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación (Luhmann, DS, 2005, pp. 98-99).

133. Bajo el presupuesto básico de la *clausura operativa* y la *diferenciación* del sistema (sistema/entorno) que aquella genera, Luhmann muestra que son necesarias dos condiciones para

la operatividad del derecho: por un lado, dar cuenta de su *función* social (o cómo se orienta hacia el exterior); y, por otro, la forma como se articula internamente esta función, en lo cual opera su *código*. En este sentido, la operatividad básica del derecho se puede entender orientada simultáneamente hacia su entorno y hacia su autorreproducción interna (autopoiesis). Aunque esa operatividad es siempre determinada sólo por el propio sistema, dado que cada operación posterior depende de operaciones previas.

Para la diferenciación y la clausura operativa del sistema del derecho se vuelven relevantes otros dos desarrollos que se estimulan mutuamente: 1) la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico, y 2) la codificación binaria del sistema que se lleva a cabo mediante un esquematismo que provee de un valor positivo (derecho de uno) y de uno negativo (no derecho del otro). (Luhmann, DS, 2005, pp. 115-116).

133.1. En su orientación *interna*, como se ha indicado, dado que el sistema requiere orientar su propia operación, la *codificación binaria* le permite articular toda operación actual con operaciones previas y posteriores según la asignación de los valores indicados: *conforme a derecho / no conforme a derecho (conforme a derechos humanos / violación de derechos humanos)*. Al realizarse cada operación jurídica de acuerdo con estos valores, la codificación binaria las enlaza, garantizando así un efecto de integración recurrente. No se trata tanto de un imperativo de reducción de complejidad, propio del sistema, como de la garantía de enlace de todas las operaciones que suceden en el sistema.

Al sistema jurídico pertenece sólo la comunicación coordinada por códigos, sólo aquella comunicación que afirme la asignación de los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho. La razón es que sólo una comunicación de este tipo busca y afirma una integración recurrente en la red del sistema del derecho. Sólo una comunicación de esta naturaleza requiere del código como forma de apertura autopoietica, como necesidad de más comunicación en el sistema jurídico (Luhmann, DS, 2005, p. 123).

133.2. En su relación hacia la *exterioridad*, el sistema orienta su operación de acuerdo a la *función* del derecho y de los derechos humanos en la sociedad:

133.2.1. En cuanto al *derecho*: “delimita aquello que entra en consideración como operación del sistema [...] se le reconoce por el hecho de que las operaciones se orientan por las normas” (Luhmann, DS, 2005, p. 116); siendo las normas, sobre todo, el reconocimiento por el sistema

jurídico de *expectativas* socialmente exigidas. “Con la normatividad sólo se establece que determinadas expectativas, aunque no se cumplan, siguen siendo válidas como expectativas” (Luhmann, DS, 2005, p. 116-117).

133.2.2. En cuanto a los *derechos humanos*: operan al interior del derecho la paradoja de los derechos humanos, individuo/sociedad (como expectativas normativas y como subsistema).

134. De esta manera, el derecho tiene la posibilidad de operar y, en particular, de observar (lo que es un tipo de operación) su propia operación para determinar qué operación es aplicable en lo subsiguiente a partir de las operaciones previas. Esta observación puede ser *autorreferencial* o *heterorreferencial*;<sup>304</sup> y, a su vez, estas dimensiones pueden ser realizadas al nivel del código o de la función.

135. Dependiendo de si dirigimos la atención hacia la función (fijada en el estilo normativo de la expectativa), o hacia el código (derecho/no derecho), encontramos diversas formas en las que el sistema jurídico separa autorreferencia de heterorreferencia. En lo que atañe a la función, se puede determinar que el derecho opera *normativamente clausurado* y, al mismo tiempo, *cognitivamente abierto*. Este es el aspecto que se desarrollará.

136. Mientras que la apertura cognitiva siempre supone “la condición autopoietica de integrar el caso particular (o la norma modificada) a la praxis presente y venidera de las decisiones del sistema.” (Luhmann, DS, 2005, p. 137), la clausura operativa supone que las normas sólo sean establecidas por el derecho y no por otras entidades como la moral (Luhmann, DS, 2005, pp. 134-135). En cualquier caso, lo que es relevante dar cuenta es que la “apertura a cuestiones cognitivas depende directamente de la clausura normativa del sistema”, y que la principal forma de aprendizaje del derecho se da gracias a la apertura cognitiva (Luhmann, DS, 2005, pp. 135-136).

---

<sup>304</sup> “El sistema del derecho es un sistema cuya operación está ligada a la autoobservación, un sistema que observa la diferencia entre sistema y entorno y que la reproduce mediante su operación y que la vuelve a introducir en el sistema con la ayuda de la distinción entre sistema (autorreferencia) y entorno (heterorreferencia)” (Luhmann, DS, 2005, p. 108).

137. Debido a que no es posible separar operativamente el código de la función, pues la propia unidad del derecho se entiende por su operación conjunta,<sup>305</sup> pero sí se puede dar cuenta de los efectos que cada uno tiene; comprender la forma como la *función* opera, autorreferencialmente (normativamente clausurado) y heterorreferencialmente (cognitivamente abierto), permite concebir dos niveles en que los derechos humanos han evolucionado como los conocemos actualmente. Por un lado, es necesario comprender cómo participan de la clausura normativa y, por otro, cómo lo hacen de la apertura cognitiva, y comprender así de qué manera son operados sus *programas* en ambos casos.<sup>306</sup>

138. Así, los problemas centrales a observar tratarán sobre la forma en que el derecho realiza su heterorreferencialidad funcional (su apertura cognitiva) y su autorreferencialidad (clausura normativa) en el marco operativo de los derechos humanos.

#### **D.2.1. Clausura normativa (y consistencia)**

139. La evolución de la clausura normativa debe entenderse en dos planos: (a) al interior del derecho de los derechos humanos, como una operación autorreferencial ligada a la función del derecho de los derechos humanos; y (b) como parte del marco de evolución de la consistencia en el derecho, como una *prestación para el derecho*<sup>307</sup> al momento en que éste asimetriza las normas a favor de las normas de derechos humanos, de acuerdo a lo que se ha indicado previamente.

---

<sup>305</sup> Así, Luhmann señala que “La referencia a la unidad será sustituida por una “representación” que haga referencia al código [...] y que suponga la vigencia normativa de aquellas expectativas que sean precisas para la explicación del código” (Luhmann, DS, 2005, p. 129).

<sup>306</sup> Recordando que Luhmann indica un programa jurídico como “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.” (Luhmann, DS, 2005, p. 149); y sobre los cuales se han adelantado aspectos centrales previamente al tratar el tema de las obligaciones.

<sup>307</sup> En un sentido no puesto hasta ahora, si se considera que los derechos humanos, como *prestación*, permiten “encauzar el comportamiento” y la “solución de conflictos”, al interior del derecho, y se recuerdan los efectos de exclusión/inclusión y de universalización/elementarización, al nivel de los individuos y de la sociedad, considerando que estos son problemas atinentes a la paradoja individuo/sociedad, es decir, a la paradoja que orienta la *función* de los derechos humanos, podría considerarse, parafraseando a Luhmann, que “[s]i se pretende evaluar tanto la función como las prestaciones del [sub]sistema jurídico [de derechos humanos] en su conjunto, sale a relucir la imagen del sistema inmunológico: el derecho [de los derechos humanos] es una especie de [sub]sistema que inmuniza la sociedad [y el derecho, desde el derecho].” En todo caso, observar a los derechos humanos como sistema inmunológico del sistema inmunológico, sería un aspecto a evaluar.

140. Como consistencia del derecho, anteriormente se han indicado los parámetros generales, sin embargo, será necesario recuperar algunos aspectos.

140.1. Como se ha señalado previamente, la clausura normativa está evolucionando debido a que (i) se establece la diferenciación entre las normas de derechos humanos y otro tipo de normas (incorporando con ello la posibilidad de que se subsuma la validez de la normatividad en general a los derechos humanos, asimetrizándolos y favoreciendo abordar problemas de consistencia en el derecho); (ii) porque ahora el derecho puede operar con el esquema *igual/desigual* un amplio espectro de situaciones socialmente elementarizadas de los individuos (y grupos sociales) al desarrollar un nivel en que se puede normativizar lo desigual como *diferente* mediante el derecho a la *no discriminación*; (iii) porque al reconocerse la responsabilidad como responsabilidad del Estado (no de los individuos), las conductas a observarse no se establecen con base en criterios individuales, sino institucionales, y se establece la posibilidad de una internalización de los efectos jurídicos de la operación del derecho; (iv) porque desarrollarse las obligaciones de derechos humanos (incluyendo en particular la progresividad) el derecho puede observar y operar frente a una diversidad de desarrollos regionales, pues ahora cada derecho tiene que observarse bajo esos parámetros (así, por ejemplo, el derecho a educación o la libertad de expresión pueden violarse si no se *respetan*, si no se *protegen* o si no se *cumplen*); y, finalmente, (v) porque todos estos aspectos del derecho funcionan como programas condicionales, aunque aún persisten algunos aspectos problemáticos vinculados a los programas finalísticos, pero siempre pudiendo considerarse a todos los derechos humanos conformados tanto por aspectos finalísticos como condicionales (indivisibilidad).

140.1.1. La clausura normativa del derecho de los derechos humanos (y la consistencia del derecho en general) implica estos desarrollos como evoluciones.

141. Sobre esta base, aún es necesario indicar un aspecto adicional que se estructura en el subsistema de derechos humanos, y que puede señalarse como el surgimiento de un nuevo tipo de normas: los estándares de derechos humanos. Estas normas no son del mismo orden que las normas preexistentes que servían a partir de las constituciones en los derechos nacionales, ni tampoco son las mismas que se encuentran en las formulaciones de un tratado de derechos humanos específico: constituyen un nuevo tipo de normas, más abstractas y más flexibles.



### D.2.1.1. Estándares de derechos humanos

142. Los *estándares de derechos humanos* son la forma como semánticamente se suele reconocer a las normas de derechos humanos. La referencia a un estándar de derechos humanos equivale a referir la existencia de una norma concreta individualizada (en un marco más amplio, incluso, aunque esta norma no se refiera a un tratado en específico).

142.1. En función de esa norma es que se evalúan los que se consideran *hechos* sujetos a valoración por el derecho, o bien, *otras normas*, cuando se trata de un problema de consistencia del derecho (lo que, en relación a los derechos nacionales, también deriva de que estos derechos se consideran *hechos* en el derecho internacional).

143. Los estándares de derechos humanos se forman de *manera selectiva* a partir de la diversidad de normas e interpretaciones aplicables.

143.1. Así, en un Estado particular se tienen que observar las normas de los tratados de derechos humanos de los que el Estado es parte, pudiendo ser éstas de origen regional o universal (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos humanos son equivalentes), y pudiendo haber normas en tratados con desarrollos más específicos que otros (por ejemplo, la prohibición de la tortura está en el artículo 7 del PIDCP, pero también hay una convención específica para ese problema, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). En el ámbito internacional de los derechos humanos, se ha dado una importante proliferación de normas.

143.2. Adicionalmente, más allá de las normas consideradas como *hard law*, existen normas de *soft law*, que también contribuyen a la conformación de estándares de derechos humanos:

Se ha convertido en un lugar común afirmar que vivimos en una era de proliferación sin precedentes en el desarrollo del derecho internacional. Sin embargo, es importante señalar que una parte cada vez mayor de las normas generadas a través de la política mundial y otras prácticas internacionales ha adoptado la forma de acuerdos no vinculantes y otros instrumentos que no llegan a constituir derecho internacional positivo. Se puede considerar que este nuevo ámbito del “soft law” configura el contenido del derecho internacional y

repercute en él de múltiples maneras: desde ser un primer paso en un proceso de elaboración de normas, hasta proporcionar reglas detalladas y normas más técnicas necesarias para la interpretación y la aplicación de las normas existentes del derecho positivo. Este es especialmente el caso en el ámbito de los derechos humanos. Aunque en las dos últimas décadas se han adoptado relativamente pocos tratados de derechos humanos en el ámbito de la ONU, el número de declaraciones, resoluciones, conclusiones y principios ha crecido casi exponencialmente. (Gammeltoft-Hansen, Lagoutte, Cerone, 2017, p. 1).<sup>308</sup>

143.3. La proliferación de normas de derechos humanos opera como fuente de derecho en el derecho de los derechos humanos, más allá del sistema de fuentes tradicionales del derecho internacional general, que semánticamente busca constreñirse en un marco contractualista estatal. Ante las diferentes posibilidades normativas, la selección entre normas e interpretaciones, y su integración en una sola norma (el estándar de derechos humanos), se desarrolla sólo en sede decisoria, creando así el derecho:

Con ayuda de la relación asimétrica entre legislación y jurisprudencia y con la ayuda de medios conceptuales derivados (por ejemplo la doctrina de las fuentes del derecho) se intenta evitar la circularidad que resultaría al admitir que el tribunal “crea” el derecho mismo que “aplica”. La estilización de la decisión del tribunal sirve, sobre todo, como “conocimiento” del derecho —y aun la doctrina de las fuentes del derecho piensa que éstas son principios de conocimiento: asimetrización, pues, de una relación que, de otro modo, debería presentarse como circular. (Luhmann, DS, 2005, p. 368)

143.4. De esta manera, el *soft law* ha podido reconocerse en relación a dos funciones: para proporcionar interpretaciones que “llenen” vacíos normativos (*norm-filling*) y para crear normas (*norm-creating*) en el derecho internacional (Gammeltoft-Hansen, Lagoutte, Cerone, 2017, p. 6), y la proliferación de normas de derechos humanos —tanto de *hard law* como de *soft law*— ha hecho que existan diversas «fuentes» de derecho.

---

<sup>308</sup> It has become commonplace to argue that we live in an era of unprecedented proliferation in the development of international law. Importantly, however, an increasing part of the normative standards generated through world politics and other international practice has taken the form of non-binding agreements and other instruments short of positive international law. This new realm of ‘soft law’ can be seen to shape and impact upon the content of international law in multiple ways: from being a first step in a norm-making process, to providing detailed rules and more technical standards required for the interpretation and the implementation of existing rules of positive law. This is especially the case in the area of human rights. While relatively few human rights treaties have been adopted at the UN level in the last two decades, the number of declarations, resolutions, conclusions, and principles has grown almost exponentially. (Gammeltoft-Hansen, Lagoutte, Cerone, 2017, p. 1).

144. La necesidad explícita de seleccionar entre normas resulta relevante en, al menos, tres aspectos interrelacionados: (a) se establece una norma de solución de conflictos normativos entre los niveles nacionales y el internacional, (b) no se establece una norma asociada a un texto caracterizada como la más importante y, así, se excluye un principio de supremacía en función de un texto (como la supremacía constitucional en los sistemas de constitución escrita); y (c) se afirma una selección de la norma aplicable en función de que sea la norma más protectora o la menos restrictiva (principio *pro persona*).

144.1. *Conflictos normativos (a)*. Al establecerse los tratados de derechos humanos, en estos se definió un método de solución de conflictos normativos entre el orden internacional y el nacional, en los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>309</sup>

PREVALENCIA	PIDCP	PIDESC
<b>Situaciones en que prevalece la normatividad internacional del Tratado.</b>	Artículo 5 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades <u>reconocidos en el Pacto</u> o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.	Artículo 5 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades <u>reconocidos en el Pacto</u> , o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.
<b>Situaciones en que prevalece la normatividad de los Estados.</b>	2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales <u>reconocidos o vigentes en un Estado Parte</u> en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.	2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales <u>reconocidos o vigentes en un país</u> en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

144.2. *Abstracción (b)*. Esta forma de solucionar los conflictos normativos tiene el efecto de (a) independizar la norma protegida del texto, es decir, de generar los estándares de derechos

<sup>309</sup> Un énfasis al analizar estos artículos se ha hecho en relación a dos tipos de regulaciones: una *Prohibition of Misuse* (al Estado y respecto de particulares) en el párrafo 1; y una *Saving Clause* en el párrafo 2 de los artículos 5 (Nowak, 2005, pp. 111-119). Sin embargo, para el sistema jurídico, en particular en relación a su desarrollo vinculado al sistema interamericano, ha sido más relevante la interacción que señala entre los dos órdenes normativos referidos, ya que ha posibilitado el desarrollo del aludido principio *pro persona*.

humanos, pues los propios tratados, *como totalidad*, protegen tanto las normas establecidas en el propio tratado como las normas no establecidas en él si son más protectoras o menos restrictivas, pudiendo éstas estar contenidas en “leyes, convenciones, reglamentos o costumbres”. Esto, por ejemplo, contrasta fuertemente con otras normas, y en particular con penales, pues éstas se encuentran intrínsecamente vinculadas al texto, ya que los delitos deben ser específicamente establecidos en la ley.<sup>310</sup> De esta forma, las normas de derechos humanos ganan una mayor abstracción de la que carecen otras normas. Al independizarse la norma protegida del texto, la supraordenación de la norma no se origina por el texto al que pertenece, sino por la protección del tratado como tal, aceptando este tratado, por principio, que puede no contener la norma considerada supraordenada (asimetrizada). La supremacía normativa de los derechos humanos no es correlativa, en su estructuración, con la supremacía constitucional.

144.3. *Flexibilidad (c)*. Consecuentemente, se genera lo que ha sido conocido, a partir de los desarrollos en el sistema interamericano de derechos humanos, como (b) el principio *pro persona*, conforme al cual se debe elegir entre la norma (o la interpretación) más protectora o la menos restrictiva; pues, operativamente, este es el criterio por medio del cual las normas e interpretaciones de derechos humanos se hacen interactuar para determinar cuál criterio jurídico será el que se usará como estándar de derechos humanos en el caso concreto. Los estándares, entonces, son más flexibles y por tanto tienen una mayor agilidad operativa.

144.3.1. Sin la necesidad de desarrollar en este espacio aspectos sobre la evolución y problemas del principio *pro persona*, es necesario considerar que éste no ha adquirido un estatus suficiente en el sistema universal de derechos humanos. Sin embargo, su desarrollo en la región interamericana ha favorecido de manera relevante la interacción del derecho internacional y los derechos nacionales (Medellín, 2019).<sup>311</sup> Como sea, este criterio de selección, considerado

---

<sup>310</sup> En el PIDCP se establece: “Artículo 9 1. [...] Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de igual forma se indica: “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal [...] 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

<sup>311</sup> Marginalmente es necesario señalar que, si bien puede considerarse que los procesos con los cuales fue surgiendo el principio *pro persona* en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron por aportaciones de jueces que en lo individual proveyeron de interpretaciones que no se circunscriben exclusivamente a los artículos 5 de los pactos y su equivalente artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Medellín, 2013, pp. 17-20), su incorporación estructural se debe a que ha logrado

explícitamente (como en el sistema interamericano) o no, posibilita el desarrollo de *estándares*. Es un mecanismo acelerado de variación y selección (evolución) de normas.

145. Sintéticamente, los estándares de derechos humanos, dada su abstracción, flexibilidad y agilidad, permiten la incorporación fuentes jurídicas nacionales o internacionales (Serrano y Vázquez, 2013, p. 13), alejándose de la extrema rigidez con que opera el derecho en otros ámbitos, como en el derecho penal, donde la rigidez es esencial, por lo cual incluso se estipula como derecho humano que *nadie pueda ser juzgado sin una ley previamente existente* (el *tipo penal*). De esta forma, los derechos humanos son normas que tienen una gran capacidad de evolución.

146. Adicionalmente, si se considera la diversidad de derechos humanos existente (dada su operación vinculada a los sistemas funcionales de la sociedad, a los aspectos elementarizados de la misma, y a los efectos de la inclusión/exclusión), y la abstracción y flexibilidad de sus estándares, es posible dar cuenta de que estos generan una clausura normativa que tiene la posibilidad de una mayor irritación del sistema jurídico, al tiempo que también posibilita una mayor consistencia de éste.

147. Un último aspecto es que los estándares de derechos humanos se correlacionan operativamente con las obligaciones (y la responsabilidad del Estado), de manera que la clausura normativa implica un espectro de efectos jurídicos que no son operativos si sólo se atiende a cada derecho sin considerar obligaciones. Las obligaciones despliegan las expectativas normativas.

DDHH sin obligaciones		DDHH y obligaciones	
Estándar de derecho		Estándar de derecho	Obligaciones
Estándar de libertad de expresión			Respetar
			Proteger
			Cumplir
			Facilitar
			Promover
			Garantizar*
			Mínimas
			"De efecto inmediato"
			* Progresividad

---

enlazar comunicaciones jurídicas de manera que el principio ha fungido como un elemento determinante de las decisiones judiciales. Y que el sustrato de esto es la resolución de un conflicto normativo o interpretativo en función de la aplicación de esos artículos.

### D.2.1.2. Restricciones (y suspensión) de derechos humanos

148. *Restricciones.* Otro aspecto relativo a la clausura normativa del derecho se deriva de que, como se ha visto, los derechos humanos no son absolutos, sino que, en general, tienen restricciones. Esto deriva de una necesidad sistémica, ya que los principios de libertad e igualdad no pueden ser absolutos en el derecho (aunque semánticamente así puedan llegar a considerarse), sino que, al ser establecidos en él, deben aceptar el otro lado de su distinción, la libertad tiene que aceptar las restricciones; la igualdad, la desigualdad. Una vez hecho esto, pueden aceptar regulaciones jurídicas.

148.1. Las restricciones constituyen un factor esencial a los derechos humanos, pero, al igual que los derechos tampoco pueden ser absolutas, (como se indicó en el apartado de mínimos/máximos), pues no puede vulnerarse el *elemento esencial* (o las obligaciones mínimas) del derecho humano respectivo; y, en su caso deberán, ser sujetas del test de proporcionalidad en los términos establecidos por el Comité DH (objetivo legítimo, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, y objetivo genérico de garantía de los derechos humanos).

148.2. Así, los derechos requieren siempre considerarse con sus restricciones, y en esos términos incluso podrán ser consideradas desde la propia formulación de cada derecho. Así, por ejemplo, en el caso de la libertad de expresión y la libertad de opinión, mientras —como se ha expuesto— la segunda se considera absoluta (sin restricciones), respecto la primera se especifican sus restricciones desde el mismo artículo 19, numeral 3, del PIDCP:

#### Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión [...].
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
  - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
  - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

148.3. El hecho de que, en general, los derechos deben considerarse con la forma derecho/restricción, se observa también en el artículo 5 del mismo PIDCP, antes citado, pues los

conflictos normativos (y la formulación del principio *pro persona*) se establece considerando ambos aspectos de los derechos, de manera que, ante un conflicto normativo, debe prevalecer la norma *más protectora* o la *menos restrictiva*.

149. *Suspensión*.<sup>312</sup> Por otro lado, los derechos humanos pueden ser objeto de *suspensión*. La suspensión de los derechos es el momento en que, ante un problema sistémico calificado como estado de emergencia, soberanamente se decide afectar el ejercicio de los derechos, estando condicionado esta afectación a: (i) ser de manera temporal y (ii) espacialmente ubicada, (iii) sin poder ser respecto de personas o grupos específicos (no discriminación), y (iv) salvaguardando también la proporcionalidad, (v) sin poder vulnerar los elementos esenciales o los niveles esenciales de los derechos; y, en particular, (vi) garantizándose ciertos derechos que no pueden ser suspendidos. Todo realizado con el objeto de regresar a un estado de goce de derechos humanos.

#### Artículo 4

1. En [i y ii] situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, [iv y v] en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen [iii] discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de [vi] los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de

---

<sup>312</sup> Este apartado podría haberse desarrollado en otras partes de este trabajo, pero su importancia no era sustantiva para esos efectos. Por otro lado, en el que se desarrolla no constituye propiamente parte de la clausura normativa, sin embargo, puede considerarse como parte del marco general en que los derechos pueden ser exigibles como derechos y, por otro lado, tienen una estrecha relación con la forma como se regulan las restricciones, puesto que pueden considerarse en esos términos cuando se trata de necesidades del sistema en su conjunto, de manera que al revisarlas conjuntamente pueden entenderse mejor tanto la suspensión como las restricciones. En general, posiblemente un apartado más apropiado en que podría haberse incluido, tendría que ser en los acoplamientos estructurales del derecho con la política, en uno relacionado con las necesidades o requerimientos al propio sistema jurídico como sistema, o en uno sobre externalizaciones del sistema jurídico.

las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. [i] Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

149.1. Sobre estos aspectos, el Comité de DH los desarrolló en su *Observación General No. 29*, por lo que se acotarán algunos:

149.1.1. En relación a la temporalidad y espacialidad, el Comité DH subrayó su carácter excepcional, así como la necesidad de su delimitación:

2. Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. [...]

4. Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto [...] es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. [...] (Comité DH, OG 29, 2001, párrs. 2 y 4).

149.1.2. En relación a la garantía de la proporcionalidad y de los elementos esenciales de los derechos, el Comité DH indicó la necesidad de que estos se salvaguardaran, de manera que la suspensión no implica la vulneración absoluta de los derechos humanos:

4. Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. [...] la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad [...]. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. [...] (Comité DH, OG 29, 2001, párr. 4).

149.1.3. Sin embargo, existen derechos que deben considerarse con un nivel de protección mayor, por lo cual no pueden ser siquiera suspendidos:

7. El párrafo 2 del artículo 4 del Pacto establece expresamente que no pueden ser suspendidos en ningún caso los artículos siguientes: artículo 6 (derecho a la vida), artículo 7 (prohibición de las torturas [...]). (Comité DH, OG 29, 2001, párr. 7).



149.1.4. Y, a su vez, la imposibilidad de suspensión, no significa que esos derechos sean absolutos, puesto que los derechos pueden tener restricciones (así, por ejemplo, el derecho a la vida tiene restricciones), pues las restricciones responden a una lógica distinta de las suspensiones:

7. [...] Teóricamente, calificar cualquier disposición del Pacto de disposición que no puede ser suspendida no significa que en caso alguno se justifiquen limitaciones o restricciones. La referencia hecha en el párrafo 2 del artículo 4 al artículo 18, que contiene en su párrafo 3 una cláusula específica sobre limitaciones, demuestra que la permisibilidad de las restricciones es independiente de la cuestión de la suspensión. [...]. (Comité DH, OG 29, 2001, párr. 7).

149.2. La suspensión se correlaciona con las restricciones esencialmente en que, mientras la primera es temporal y espacialmente acotada y excepcional, las segundas son permanentes y aplicables por igual en todo el espacio jurisdiccional y de manera normal.

4. [...] La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. [...] (Comité DH, OG 29, 2001, párr. 4).

149.2.1. Así, corresponden a la distinción regla/excepción, espacial y temporalmente, y no personal ni grupalmente. Fuera de estos parámetros, en ambas circunstancias se deben seguir los aspectos relativos a los mínimos/máximos de los derechos humanos, es decir, a la protección de los elementos esenciales o niveles esenciales y el uso de la proporcionalidad. Y, aún en contexto de la suspensión, se deben respetar derechos absolutos (sin restricciones) y los derechos que no pueden ser suspendidos (pues responden a regulaciones independientes).

149.3. Ahora bien, la suspensión de derechos (estado de excepción o de emergencia) constituye una forma especial de acoplamiento estructural con la política, y el procesamiento de la paradoja de que lo *no conforme a derecho* sea *conforme a derecho*. También constituye un momento de externalización del sistema jurídico. En cualquier caso, la suspensión se resuelve con la figura de la soberanía que, en algún momento se condicionaba con base en “si el soberano era aquello que

estaba llamado a ser”, como persona (y que ahora se condicionará como soberanía no personal, para realizar la suspensión a fin de regresar un estado de ejercicio de los derechos humanos). Luhmann señalaría estos aspectos en los siguientes términos:

[...] la unidad de derecho y política satisface también la necesidad de encontrar una posición para la autocorrección del derecho: ya sea con ayuda de la vieja distinción entre derecho estricto y equidad, o haciendo referencia a la competencia en general. La unidad derecho/política satisface también la necesidad de legitimar las desviaciones del derecho en la forma de dispensas, privilegios y hasta violaciones a la ley que se auto-autorizan. En una formulación general: la paradoja de la diferencia autoconstitutiva de derecho/no derecho ya no se externalizará con relación a una constelación de poder fácticamente dada, sino con relación a la unidad superior de derecho y política, personificada en la “persona” del soberano. Esto, evidentemente, fue tan sólo una solución frágil y precaria, cuya fuerza de convicción dependía de si el soberano era aquello que estaba llamado a ser: temeroso de Dios, razonable, orientado hacia lo que el derecho mismo sugiriera. (Luhmann, DS, 2005, pp. 479-480).

149.4. La recurrencia a un condicionamiento del soberano o de la soberanía para poder realizar la suspensión de derechos, por lo demás, es una exigencia histórica y necesaria del propio sistema jurídico, pues “[l]o que no puede haber es un derecho incondicionado de autoexención.”, en el propio sistema. El sistema no puede prever una circunstancia de este tipo, siempre presupone su continuidad.

Independientemente de cuál sea la semántica que se favorezca como autodescripción del sistema jurídico y de cuáles sean las distinciones que para ello tengan que retocarse, existe una condición fundamental que no es posible evitar: el sistema no puede prever posiciones que, *pase lo que pase*, tengan la razón o a las cuales se les conceda *siempre* la razón, sin consideración alguna por las condiciones del sistema. La posición especial del gran dirigente del partido, etc., eliminaría la distinción entre codificación y programación. Puede haber derechos especiales condicionados, derechos de emergencia condicionados, derechos de excepción condicionados. Lo que no puede haber es un derecho incondicionado de autoexención. En relación a un “derecho” de este tipo no podría decidirse si se le ha de ubicar dentro o fuera del sistema. (Luhmann, DS, 2005, p. 624).

150. En estos términos, un marco general de observación de ambos tipos de regulaciones de los derechos humanos, que funcionan como parte de su clausura normativa (restricciones), o, como parte del marco en que se delimita (suspensión), puede situarse esquemáticamente en la siguiente tabla:

Elementos	Restricciones	Suspensión
<b>Función</b>	Permitir la operación de los derechos humanos en el derecho: los derechos humanos, en general, no son absolutos, admiten restricciones.	Permitir condicionadamente la unidad de la política y el derecho: se establece ante situaciones de emergencia.
<b>Prestación</b>	Permitir, en general, la interacción entre los derechos humanos.	Permitir la estabilización, condicionada, de la situación social para regresar a un estado de regularidad de derechos humanos.
<b>Salvaguarda</b>	En su caso, proporcionalidad, salvaguardando elemento esencial o niveles esenciales.	Uso de proporcionalidad. Se salvaguarda elemento esencial o niveles esenciales. Se considera específicamente no discriminación.
<b>Temporalidad</b>	Permanentes.	Temporales.
<b>Espacialidad</b>	Afectan toda la jurisdicción estatal: se fijan para todas las personas que estén bajo un supuesto normativo de aplicación general y permanente.	Se fijan únicamente para el espacio que está siendo afectado por la emergencia. (No se puede aplicar a personas o grupos determinados: no discriminación).

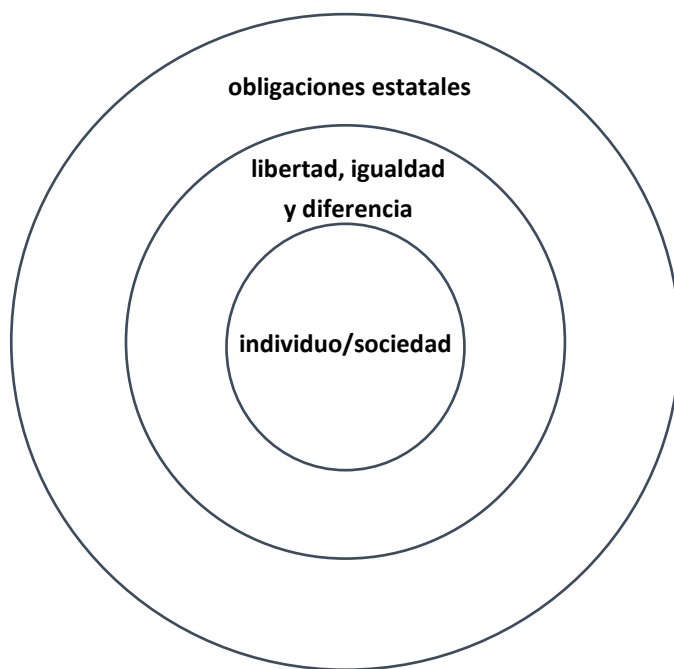
### D.2.1.3. Distinciones: Libertad, igualdad y diferencia

70.1.1. Retomando avances previos, se puede indicar: una vez que se ha admitido *el otro lado* de los valores absolutos de *libertad, igualdad y, ahora, diferencia*; esto es, las *restricciones, la desigualdad, y la mismidad*, se pueden aceptar regulaciones jurídicas de ellas, y la «universalización» al interior del derecho de esos valores. Se tienen así las siguientes distinciones operativas del derecho los derechos humanos, que operan en el marco de su clausura normativa, configurando su estructura interna como distinciones:

- └ libertad/restricción
- └ igualdad/desigualdad
- └ diferencia/mismidad(identidad)
- └ DDHH/restricciones
- └ DH a la igualdad/desigualdad
- └ DH a la no discriminación/discriminación

70.1.2. Así, los derechos humanos ya no pueden postularse sólo como el despliegue de los principios de libertad e igualdad, ni como eternos o ahistóricos. Son el resultado de distinciones operativas en la sociedad funcionalmente diferenciada, con tres distinciones internas que se articulan en torno a la paradoja individuo/sociedad, y que para su universalización requieren de distinciones adicionales, estructuradas mediante las obligaciones, que les permitan articularse ante las diferencias espaciales-regionales. Si se quisiera establecer una idea esquemática de ellos, posiblemente podría quedar en los siguientes términos, presuponiendo la sociedad funcionalmente diferenciada:

Gráfico: Nociones operativas de la clausura normativa de los DDHH en SFD.



Fuente: elaboración propia.

## **D.2.2. Apertura cognitiva a partir de los derechos humanos**

70.1.3. La clausura normativa es autorreferente, la apertura cognitiva, heterorreferente. Al evolucionar los derechos humanos como un subsistema jurídico y usar como marco de observación su propia clausura normativa puede observar algo distinto respecto de lo que puede observar cualquier otro subsistema jurídico. Sin embargo, la forma como puede realizar la

observación es mediante su apertura cognitiva. Aunque la autorreferencia y la heterorreferencia en las operaciones concretas no se pueden distinguir, puesto que siempre se presuponen, es posible señalar las formas operativas mediante las cuales se genera la apertura cognitiva del derecho de los derechos humanos: **(a)** se establecen formas específicas de tribunales, según se ha señalado; **(b)** se establece la necesidad de modificar los términos de carga y estándares de prueba cuando se han comprometido derechos humanos, y **(c)**, sobre todo, se habilita un cambio sistémico cuando se exige la investigación de violaciones de derechos humanos.

151. En este contexto es que considerarán brevemente **(d)** algunas ideas sobre la verdad y la cognición en el derecho.

152. *Tribunales específicos de derechos humanos (a)*. Además de que en el derecho internacional han surgido los regímenes de derechos humanos (en particular en el entorno de Naciones Unidas conformado por los diversos comités, que son identificados como órganos de tratado), los derechos humanos exigen a los Estados el establecimiento de instancias judiciales nacionales específicas para conocer de violaciones de derechos humanos, como se ha visto en los apartados en que se mostró la distinción entre derechos disponibles e indisponibles (diferenciándose los derechos humanos de otros derechos), y el apartado donde se desarrolló la exigencia de un recurso judicial en el contexto del PIDCP y los desarrollos del Comité DESC para situar las obligaciones de efecto inmediato, que conllevan la posibilidad de tener un recurso judicial efectivo. Consecuentemente, sólo se recordarán los puntos más relevantes:

- a) Los derechos humanos, al distinguirse de otros derechos, han requerido el establecimiento de tribunales específicos, con características propias para situarlos conforme a las exigencias propias de los derechos indisponibles. Así, por ejemplo, mientras que en un caso de derechos disponibles se exige que la instancia que conoce del caso no pueda intervenir de forma que pueda favorecer a alguna de las partes en conflicto, puesto que esto es considerado como una vulneración de la imparcialidad judicial; cuando se trata de los tribunales de derechos humanos a estos se les exige que intervengan para garantizar los derechos, lo cual *no es considerado* como una afectación de la imparcialidad judicial. Que el conflicto sea sólo establecido por las partes y no haya una intervención judicial, es

reconocido como el principio dispositivo, y es lo que motivó que Luhmann indicara que el derecho no es un sistema atractivo, como se verá.

- b) Las exigencias propias de los tribunales de derechos humanos se desarrollan con base en el artículo 2.3 del PIDCP, y son desarrolladas en la *Observación General 31* del Comité DH; las exigencias propias de los demás tribunales, se desarrollan con base en el artículo 14.1 del PIDCP, y son desarrolladas en la *Observación General 32* del mismo comité. Las exigencias de ambos tipos de tribunales son complementarias en algunos aspectos y excluyentes en aquellos que caracterizan específicamente a los tipos de derechos que protegen. La característica fundamental que les distingue, además de sus objetivos específicos (es decir, salvaguardar cierto tipo de derechos) es que, a diferencia de los tribunales de derechos humanos, los demás tribunales están contrañidos por el principio dispositivo, apenas referido.

153. *Exigencias de carga y estándares de prueba (b)*. En el ámbito de los derechos humanos, ante las alegaciones de violaciones de derechos humanos a nivel internacional el Comité DH ha establecido la obligación del Estado demostrar que las violaciones de derechos humanos que se les imputan no fueron cometidas; y, de igual forma, en relación a algunos derechos, se han establecido cargas de prueba de que las violaciones de derechos humanos que se acusan no han sido cometidas, o bien, que la actuación realizada es justificada.

- a) De manera genérica, en los casos seguidos ante el Comité DH, éste ha señalado en su *Observación General 33*, la obligación del Estado de explicar por escrito y dar explicaciones, pues de otra forma la decisión se podrá tomar dando por ciertos los hechos de que se le acusa:

10. Según la experiencia del Comité, algunos Estados no siempre respetan esa obligación. Al no responder a una comunicación, o al responder de forma incompleta, el Estado contra el que se presenta la comunicación se coloca en situación de desventaja, pues el Comité se ve obligado a examinar la comunicación sin disponer de toda la información relativa a ella. En tales circunstancias, el Comité puede concluir que las alegaciones formuladas en la comunicación son verídicas, si resultan corroboradas habida cuenta de todas las circunstancias. (Comité DH, OG 33, 2009, párr. 10).

- b) De igual forma, de manera genérica, como se ha visto, el Comité DH ha señalado que corresponde al Estado demostrar que las restricciones de derechos humanos son legítimas:

6. [...] En los casos en que se apliquen tales restricciones, los Estados deberán demostrar su necesidad [...].

- c) De manera específica, el Comité DH ha señalado cargas de prueba particulares relacionadas con situaciones de mayor gravedad, como puede observarse en relación al derecho a la libertad personal o a la libertad de expresión:

#### Libertad personal

15. El Comité considera que cuando los Estados partes imponen la reclusión (a veces denominada detención administrativa o internamiento) por motivos de seguridad y no con miras a un procesamiento por la imputación de un delito<sup>35</sup>, esta presenta un gran riesgo de privación de libertad arbitraria<sup>36</sup>. En general, cuando existan otras medidas efectivas para hacer frente a ese riesgo, incluido el sistema de justicia penal, dicha reclusión equivale a una privación de libertad arbitraria. Si, en las circunstancias más excepcionales, se alega una amenaza presente, directa e imperativa para justificar la reclusión de personas que se considera conllevan tal riesgo, recae en los Estados partes la carga de la prueba de demostrar que la persona en cuestión constituye una amenaza de ese tipo y que no cabe hacer frente a esa amenaza con otras medidas; y dicha carga aumenta en la medida en que se prolonga la reclusión. (Comité DH, OG 35, 2014, párr. 10).

#### Libertad de expresión

27. Incumbe al Estado parte demostrar el fundamento en derecho de las restricciones impuestas a la libertad de expresión<sup>57</sup>. Si el Comité tiene que determinar, con respecto a un Estado parte, si una restricción está impuesta por la ley, es el Estado parte quien debe proporcionar pormenores acerca de la ley y de las medidas comprendidas en su alcance. (Comité DH, OG 34, 2011, párr. 27).

35. Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza. (Comité DH, OG 34, 2011, párr. 35).

153.1. Un aspecto adicional que conviene referir brevemente, es que el *estándar de prueba* para los casos de violaciones de derechos humanos no se considera equivalente al estándar de prueba

de la materia penal, pues éste es más exigente en atención a que la consecuencia de una condena penal implica la restricción de derechos de las personas, y para el de derechos humanos es suficiente con el estándar civil de preponderancia de evidencia o prueba prevalente (por ejemplo: OACNUDH, 2010, págs. 99 y 102).

154. *Investigación de violaciones de derechos humanos (c)*. Luhmann señaló que el derecho no es un sistema atractivo, no tiene una forma imperialista de operación, pues no busca “atraer en lo posible muchas comunicaciones para mantenerlas en el sistema”, por lo que las personas pueden solicitar su intervención o no, y en caso de que *no lo realicen*, a lo más, tendrán que atenerse a ciertas condiciones a las que “no es posible en absoluto renunciar”, y en caso de que *sí*, entonces, simplemente *tendrá que hacerse según sus condiciones*.

Es evidente que se puede prescindir del código e intentar un arreglo fuera del sistema. El conflicto (que aparece como unidad del sistema de interacción), las personas, y las organizaciones que se involucran en él, pueden tomar la decisión de abandonar el sistema jurídico. Esta decisión de abandono estará, sin embargo, amparada por el propio sistema jurídico sin perjuicio de los propios intereses. Porque finalmente no es posible en absoluto renunciar, por ejemplo, a la participación en el sistema del derecho (esclavitud), y aún el acuerdo sin tribunales, si se desea que sea válido legalmente, debe satisfacer determinadas condiciones. Las personas, los sistemas de interacción, las organizaciones hacen posible introducir comunicaciones en el sistema jurídico y luego retirarlas. Ante esto, el sistema jurídico es indiferente. El derecho no persigue ningún interés imperialista en el sentido de atraer en lo posible muchas comunicaciones para mantenerlas en el sistema. El derecho no es ningún sistema atractivo. Simplemente declara: si se ha de hacer valer el derecho, es decir, si se ha de disponer sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, *entonces se tendrá que hacer según mis condiciones*. Únicamente en este sentido preciso es que el sistema está clausurado operativamente y determinado en sus estructuras (Luhmann, DS, 2005, p. 128)

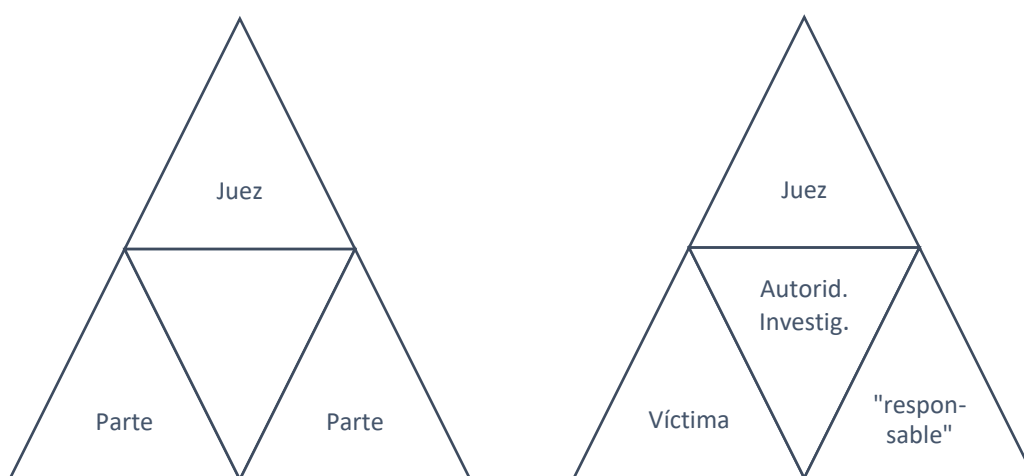
154.1. Esta característica del derecho es conocida como el principio dispositivo, y ha sido considerado una de las mayores evoluciones del derecho. Sin embargo, esta característica ha tenido una excepción particular en el derecho penal, pues éste sí ha procedido a investigar y ha generado una autoridad investigadora diferenciada de las autoridades judiciales.

154.1.1. A fin de permitir una visualización de la diferencias entre autoridades investigadoras, judiciales y sobre su articulación, se puede señalar que: (a) La estructura usual de las autoridades



judiciales podría señarse como un triángulo, donde las partes acuden ante la autoridad judicial, la cual se mantiene equidistante de ellas (imparcialidad), evitando intervenir en la presentación de los hechos o las pruebas, y donde son las partes las que presentan tanto los hechos controvertidos como sus pruebas; (b) la estructura de una autoridad investigadora es que una vez que ha recibido la noticia de un hecho ilícito, sobre la base de la información disponible, se dispone a investigar a fin de aclarar tanto los hechos como las pruebas, sin depender necesariamente de que lo que las partes puedan presentar o informar; (c) la relación entre autoridades investigadoras y autoridades judiciales deriva de la propia investigación de los hechos y recabamiento o generación de las pruebas, pues la autoridad investigadora, con base en las conclusiones sobre su investigación, puede o debe presentar el caso ante la autoridad judicial. Así, mientras las autoridades judiciales, en general (salvo si hay cuestiones de derechos humanos involucradas) están coaccionadas por el principio dispositivo, las autoridades investigadoras no.

Gráfico. Autoridades judiciales e investigadoras



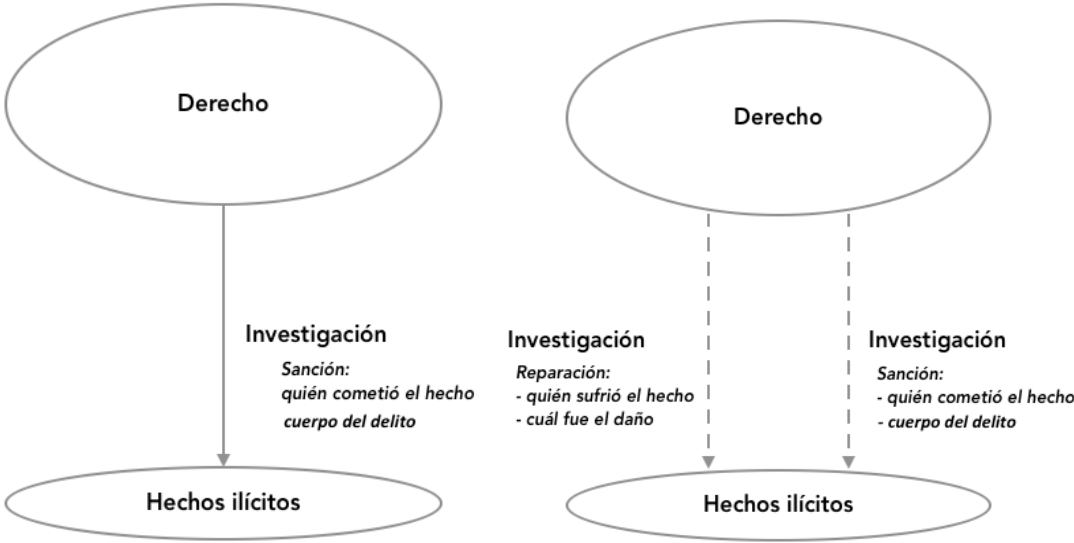
Fuente: elaboración propia.

154.1.2. La posibilidad de investigar o indagar puede rastrearse desde la antigua Grecia y, en particular, en el desarrollo del derecho romano, aunque no de una forma claramente diferenciada respecto de un modelo dispositivo (Adinolfi, 2009) y, en esos términos, sin la relevancia que actualmente tiene la investigación para el sistema jurídico; sería hasta la edad media cuando la investigación adquiriera relevancia en el derecho europeo en un contexto monárquico y de desarrollo de una nueva forma de *saber* (Foucault, 1988, pp. 65 y ss.; 2002, pp. 227 y ss.). En el marco de las descripciones histórico-jurídicas, se ha señalado que, tanto en el derecho castellano

como en el inglés, la investigación se introdujo de manera relevante en la Edad Media, aunque retomando en cada ámbito tradiciones distintas (Iglesias Rábade, 2021). En cualquier caso, el hecho es que, como señala Luhmann, el sistema jurídico, en general, se constituyó como un sistema *no atractivo*, y sólo excepcionalmente podía funcionar en esos términos de manera punitiva, es decir, centrada en la persona que cometió el hecho ilícito y no en quien lo sufrió.

154.2. Ahora bien, se encuentra en evolución una situación diversa en el sistema jurídico que se desarrolla de manera principal a través de los derechos humanos, cuando ahora se exige que no sólo sea la materia penal (punitiva) la que investigue, sino también la materia de derechos humanos (reparadora). Se pasa así de un eje centrado en la sanción de la persona individual responsable, a un eje de reparación de la persona que fue afectada. Si se pudiera trazar una imagen esta sería la de un sistema que sólo abría un órgano visor para sancionar y ahora abre otro para reparar.

Gráfica. Cambio en la apertura cognitiva del derecho a partir de la investigación



Fuente: elaboración propia.<sup>313</sup>

154.2.1. Un aspecto relevante a considerar es que la referencia a una separación en los Estados entre la actividad de *investigación* y la *jurisdiccional* no se encuentra explícitamente en los primeros tratados de derechos humanos (ni para la materia penal ni para los derechos

<sup>313</sup> Una primera presentación gráfica de esta idea puede observarse en Rueda Luna (2019, p. 102).

humanos),<sup>314</sup> sino hasta tratados posteriores, siendo la *Convención sobre Derechos del Niño* en 1989 la primera en incorporarlo de manera *específica* para el maltrato infantil.<sup>315</sup>

154.3. En el marco de Naciones Unidas, la *obligación general* de investigar *violaciones de derechos humanos* se indicó explícitamente hasta el año 2004, como resultado de la interpretación del PIDCP realizada en la *Observación General No. 31* por el Comité de DH en relación al artículo 2.3 de ese tratado:

15. [...] El Comité atribuye importancia a que los Estados Parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos. [...] Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. Las instituciones nacionales de derechos humanos que cuenten con las facultades pertinentes pueden coadyuvar a tal fin. El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto. [...] (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 15).

154.3.1. La investigación de delitos realizada por instituciones específicas —comúnmente denominadas ministerios públicos, procuradurías o fiscalías—, ha sido configurada en el mundo con divergencias que ha hecho “difícil el establecimiento de normas internacionales comunes para los fiscales”, por lo cual, en “el plano mundial, el principal instrumento destinado de modo específico a regular la profesión de fiscal está representado por las Directrices sobre la Función de los Fiscales<sup>316</sup>” de Naciones Unidas (A/HRC/20/19, párrs. 19 y 20). En todo caso, el aspecto fundamental de la investigación de delitos, en algunos Estados puede ser dejado en manos de las

---

<sup>314</sup> La referencia específica es a la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966).

<sup>315</sup> “Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas [...] apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, [...] investigación [...] de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

<sup>316</sup> Véanse las Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 y posteriormente por la Asamblea General en su resolución 45/166 (A/RES/45/166).

instituciones de policía, sin embargo, éstas deben sujetarse en último término a las fiscalías, dado que estas son las que presentan el caso ante las autoridades judiciales.

154.4. Así, en general, puede afirmarse que, mientras la investigación penal se encuentra plenamente afianzada en el funcionamiento del derecho (aunque haya divergencias operativas), la investigación de violaciones de derechos humanos, históricamente, recién comienza, sobre la base de que el enfoque está orientado por las víctimas de violaciones de derechos humanos y por la responsabilidad del Estado.

154.5. Otro problema deriva del hecho de que la responsabilidad en materia de derechos humanos se establezca para el Estado y no para los individuos, es que ha resultado problemático la idea de que el Estado se investigue o se juzgue a sí mismo, pues constituye una paradoja que en algunos ámbitos incluso se ha llegado a reconocer oficialmente, incluso asumiendo la necesidad de generar mecanismos extraordinarios de respuesta ante violaciones de derechos humanos fuera del marco institucional estatal ordinario.<sup>317</sup> Aunque también se han señalado problemas que

---

<sup>317</sup> Así, por ejemplo, en el *Protocolo de Estambul*, específicamente se indica que: “States must ensure that any investigation of torture is carried out by an independent and impartial body, which has no institutional links to the alleged perpetrator(s) and is free from bias. In cases in which persons acting in an official capacity are suspected of being involved in torture, including possible orders for the use of torture by ministers, ministerial aides, officers acting with the knowledge of ministers, senior officers in State ministries, senior military leaders or others in similar positions of authority, or tolerance of torture by such individuals, an objective and impartial investigation may not be possible unless a specially constituted independent body is established (such as a commission of inquiry). A specially constituted independent investigative body may also be necessary in situations in which the public interest would be served by it, particularly where investigations by regular investigative agencies are in question because of a lack of capacity, expertise or impartiality or for other reasons, including the importance of the matter, the apparent existence of a pattern of abuse, complaints from the person or other substantial reasons.” [Los Estados deben garantizar que toda investigación de la tortura sea llevada a cabo por un órgano independiente e imparcial, que no tenga vínculos institucionales con el o los presuntos autores y que esté libre de prejuicios. En los casos en los que se sospeche que personas que actúan a título oficial están implicadas en la tortura, incluidas las posibles órdenes de uso de la tortura por parte de ministros, ayudantes ministeriales, funcionarios que actúan con el conocimiento de los ministros, altos funcionarios de los ministerios del Estado, altos mandos militares u otras personas en posiciones de autoridad similares, o la tolerancia de la tortura por parte de dichas personas, puede que no sea posible una investigación objetiva e imparcial a menos que se establezca un órgano independiente especialmente constituido (como una comisión de investigación). Un órgano de investigación independiente especialmente constituido también puede ser necesario en situaciones en las que el interés público se vería beneficiado por ello, en particular cuando las investigaciones de los organismos de investigación ordinarios están cuestionadas por falta de capacidad, experiencia o imparcialidad o por otras razones, como la importancia del asunto, la aparente existencia de un patrón de abusos, las quejas de la persona u otras razones sustanciales.] (OHCHR, 2022, párr. 201). En sentido similar puede verse el informe sobre comisiones de investigación del *Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias* (A/HRC/8/3, 2008, párrs. 12 y 16), y el informe sobre el

derivan de este hecho, como es la circunstancia de que al no ser procesados los casos mediante los canales ordinarios, finalmente sus trabajos y resultados quedan sin consecuencias jurídicas, por lo que, en todo caso, han servido más para fines políticos que jurídicos (Cfr. A/HRC/8/3, 2008, párrs. 19-20), de manera que ha sido necesario acotar que este tipo de investigaciones mediante mecanismos extraordinarios, aunque puedan ayudar a la determinación de los hechos, por sí mismas no agotan las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados (A/HRC/19/61, 2012, párr. 47 y ss.). Esto es, el proceso de establecer marcos de investigación ha oscilado entre un marco político y jurídico, aunque finalmente se procesa su reintroducción dentro del marco jurídico, lo cual es favorecido en la medida en que se considera a las instituciones nacionales de derechos humanos para esos efectos. En cualquier caso, el problema se dirige hacia la cuestión de las formas de garantizar la independencia e imparcialidad del órgano investigador.

154.6. Un problema adicional es que en el propio sistema de Naciones Unidas puede observarse la falta de especificidad al momento de situar a las instituciones de derechos humanos, de manera que sus requerimientos de investigación son fundamentalmente penales u orientados a otras instancias, como ocurre con el Comité Contra la Tortura, el cual, en su *Observación General No. 3* no indica la exigencia de instituciones investigadoras de violaciones de derechos humanos, sino que refiere instituciones “civiles”, “penales” o “de otra índole”, o “mecanismos imparciales y efectivos de presentación de quejas”, dejando estos aspectos en términos muy abstractos:

#### Mecanismos eficaces para presentar quejas y llevar a cabo investigaciones

23. [...] Según el artículo 12, los Estados partes han de proceder a una investigación pronta, efectiva e imparcial, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura como resultado de sus actos u omisiones y, como se dispone en el artículo 13 y se afirma en la Observación general N° 2 del Comité, velarán por que se establezcan mecanismos imparciales y efectivos de presentación de quejas. [...]

26. Pese a las ventajas que ofrece a las víctimas una investigación penal desde el punto de vista de la prueba, las acciones civiles y la solicitud de reparación no deben estar supeditadas a la conclusión del proceso penal. [...]

---

mismo problema del *Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (A/HRC/19/61, 2012, párr. 19), ambos de Naciones Unidas.

29. [...] Los procedimientos civiles o de otra índole no deben imponer a las víctimas una carga financiera que les impida solicitar reparación o las disuada de hacerlo. [...]  
(CAT, OG 3, 2012)

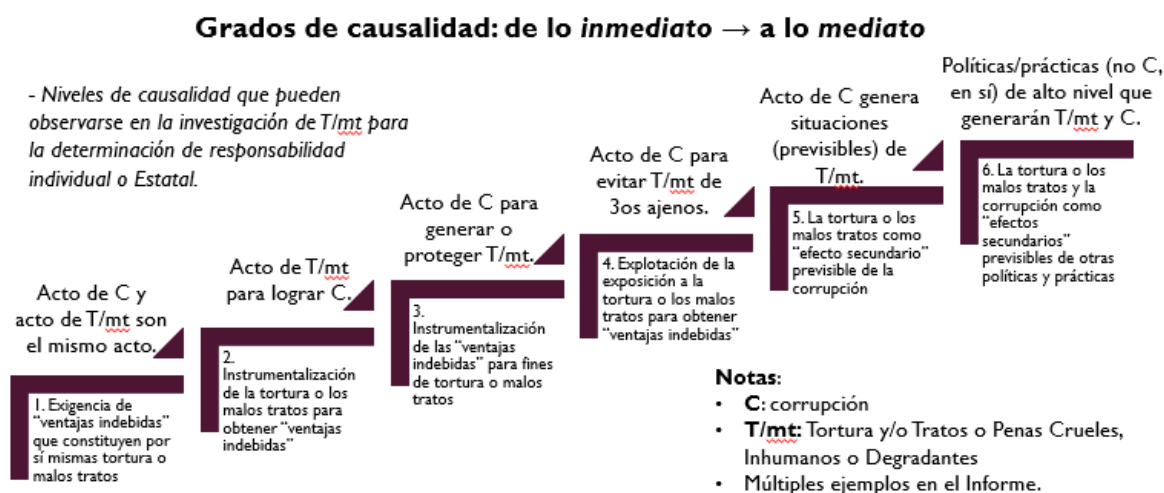
154.6.1. Este tipo de situaciones, sin embargo, no evita, en Naciones Unidas, la posibilidad de observar la problematización de la responsabilidad por los hechos de tortura en un marco que desborda a la responsabilidad individual, pues, por ejemplo, el *Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, al tratar la interacción de la tortura con la corrupción llegaba a conclusiones de un reforzamiento recíproco entre ambos fenómenos, e indicaba explícitamente que la responsabilidad individual no podía alcanzar para solucionar este problema, por lo que definió niveles de causalidad (responsabilidad) conforme a los cuales, consideraba, se debían abordar dichos fenómenos.

“22. [...] como norma general, mientras que la responsabilidad personal es un elemento indispensable de cualquier forma seria de lucha contra la corrupción o contra la tortura y los malos tratos, ninguno de esos fenómenos podrá erradicarse únicamente mediante el enjuiciamiento penal, ya que la justicia penal individualizada no puede abordar de manera apropiada los factores sistémicos y estructurales que dan lugar tanto a la corrupción como a la tortura o los malos tratos”.

27. [...] el Relator Especial propone distinguir seis pautas predominantes de interacción entre la corrupción y la tortura o los malos tratos. Esta categorización no pretende ser exhaustiva [...] se propone brindar un marco analítico basado en distintos grados de proximidad causal entre la corrupción y la tortura o los malos tratos y, de este modo, facilitar la identificación de medidas específicas para cada una de las pautas [...].  
(A/HRC/40/59, 2019, párrs. 22, 27).

154.6.2. Los niveles de causalidad propuestos por el relator, sólo en sus primeros niveles corresponden propiamente a una responsabilidad individual, pues en los restantes sólo puede haber una responsabilidad institucional, Estatal. De ahí que, ninguna investigación penal pueda ayudar a resolver observar los aspectos que sólo puede observar una investigación de violación de derechos humanos a fin de establecer la responsabilidad y las medidas de reparación correspondientes.

Gráfico: causalidad de tortura, malos tratos y corrupción.



Fuente: elaboración propia.

154.6.3. Sin embargo, la perspectiva más precisa de las diferencias entre un enfoque penal, uno privado y uno de derechos humanos en Naciones Unidas, parecer haber sido referido por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos en su informe sobre la corrupción, al señalar las características del derecho penal y los derechos humanos en comparación con el derecho penal:

#### Derecho penal

25. [...] Al restringir las medidas de lucha contra la corrupción al derecho penal, la atención se limita a los autores de estos actos. El propósito de un procedimiento penal es —básicamente— determinar quién es responsable de la comisión del delito. Centrar los procedimientos penales en los autores puede menoscabar la atención que se presta a las víctimas. En estos procedimientos, los afectados por la corrupción tienen un escaso protagonismo. Además, el enfoque de la justicia penal no ofrece medios para abordar los problemas estructurales que causa la corrupción. Este se concentra, por definición, solamente en el delito, y en general no puede hacer frente a los efectos colectivos y generales de la corrupción a los que se hace referencia en el presente informe.

#### Comparación derechos humanos y derecho penal

27. Una perspectiva de derechos humanos de las consecuencias de la corrupción puede añadir un enfoque que centre la lucha contra este flagelo en las víctimas, poniendo de relieve las repercusiones negativas de esos actos en la persona en cuestión, los grupos generalmente afectados (con frecuencia grupos marginados) y la sociedad en general. El análisis de la relación entre la corrupción y el menoscabo del ejercicio de los derechos humanos puede ayudar a entender mejor los efectos de la corrupción, fundamentalmente su dimensión humana y

sus implicaciones sociales, y puede suponer un paso importante para hacer de ella una cuestión pública. [...]

28. Asimismo, al aplicar una perspectiva de derechos humanos a los actos de corrupción cometidos por los actores estatales y no estatales se pone de manifiesto que el Estado es responsable en última instancia de esos actos. Esta responsabilidad significa que el Estado debe abstenerse de cometer actos de corrupción para evitar violaciones de los derechos humanos. Además, el Estado tiene la responsabilidad de reaccionar ante las consecuencias negativas de la corrupción para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, y, en ese sentido, la justicia penal es uno de los instrumentos para luchar contra ella. Esta no es, sin embargo, un instrumento eficaz para reparar los efectos negativos de la corrupción en las personas, los grupos específicos o la sociedad en general; así, desde una perspectiva de derechos humanos, los Estados tienen la obligación no solo de enjuiciar esos delitos, sino también de adoptar medidas para combatir las repercusiones negativas de este fenómeno. Asimismo, examinando la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos, resulta más evidente que son necesarias medidas preventivas. Al integrar una perspectiva de derechos humanos en las estrategias de lucha contra la corrupción, también se vuelve imprescindible aplicar políticas de prevención en aspectos como la transparencia, las declaraciones juradas, las leyes de acceso a la información pública y los controles externos. (A/HRC/28/73, 2015, párrs. 25, 27 y 28).

154.6.4. Así, la operación del subsistema jurídico de los derechos humanos, ha alcanzado la posibilidad de situar tanto operativamente como semánticamente sus diferencias, por lo que es posible que las investigaciones de violaciones de derechos humanos se vayan definiendo cada vez más en sus términos.

154.7. Independientemente de los problemas en evolución (que requerirían evaluaciones mucho más amplias), lo que se ha establecido es que ya no se trata sólo de que las personas acudan al derecho y de que sólo hasta ese momento éste se active como sistema, sino de que independientemente de que acudan, el propio derecho puede actuar por sí mismo para observar su entorno cuando se trata de derechos humanos, y que esta observación es de un orden distinto al que puede realizar cualquier otra materia, particularmente la penal, que también tiene posibilidades de investigación. Como indicaba Luhmann, “no es posible en absoluto renunciar, por ejemplo, a la participación en el sistema del derecho (esclavitud)”; así, además de la prohibición de la esclavitud (art. 8 del PIDCP), ahora, cada vez más, el derecho se está abriendo en relación a los derechos humanos.



155. *La verdad como problema operativo del derecho.* Por último, es necesario un comentario en torno a los problemas sobre la verdad en el derecho. Como se ha indicado previamente, los sistemas sociales no tienen la posibilidad de acceder a un conocimiento verdadero. De hecho, como se refirió previamente, la “comunicación para continuar no requiere [...] de una garantía de concordancia con el entorno. En lugar de ello utiliza la cognición.”. La cognición no se sustenta en la verdad de las comunicaciones: “Lo que toma el lugar de dichas garantías de concordancia es solamente el lazo de la comunicación con el tiempo [...]” (Luhmann, SS, 2006, p. 93).

155.1. La cognición es solamente la “facultad de enlazar nuevas operaciones a las recordadas” (Luhmann, SS, 2006, p. 90) y no puede ser presentada como una pretensión de control del entorno ni como una mejora en la adaptación al entorno, solamente permite incrementar la “capacidad de admitir irritaciones” del entorno:

el aumento de las facultades cognitivas —las cuales sólo pueden emplearse en forma autorreferencial— no mejora la adaptación del sistema al entorno; a lo sumo acrecienta en el sistema la capacidad de admitir irritaciones —lo cual termina para él siendo una carga debido precisamente a esa autoirritación continua. (Luhmann, SS, 2006, p. 94)

155.2. La cognición de los sistemas sociales, sin embargo, puede evolucionar, por lo que es posible “mantener abierta la pregunta de una evolución de mecanismos específicamente cognitivos dentro de los sistemas” (Luhmann, SS, 2006, p. 91n). Ello es lo que sustenta la posibilidad y la necesidad de observar la forma como el derecho ha abierto y está desarrollando el mecanismo cognitivo propio de la investigación de violaciones de derechos humanos.

155.3. El sistema observa únicamente cuando, a su vez, distingue entre sistema y entorno, lo cual realiza en los términos que entiende el propio sistema; esto es, lo que entiende como interno es una autorreferencia, lo entendido como externo es una heterorreferencia. Es lo que Luhmann, siguiendo a Spencer Brown identifica como una *re-entry* de la distinción sistema/entorno en el lado del sistema (en el lado del entorno no es posible). Por ello, la distinción autorreferencia/heterorreferencia se encuentra operando siempre de manera unitaria, cuando se indica explícitamente autorreferencia, está implicada tácitamente heterorreferencia, y viceversa. De esta forma, el conocimiento sólo es posible mediante la posibilidad de enlaces operativos que se basan en esta distinción inicial. En razón de ello, cada sistema observa la realidad conforme a

sus propios términos, al tiempo que desconoce lo que *en sí* pueda ser esa realidad, con lo cual ésta simplemente queda en situación de *ser lo que es*.

155.3.1. Por ello, el subsistema de derechos humanos sólo puede observar basado en su clausura normativa y sólo puede ver derechos humanos, consecuentemente, no es más verdadero el conocimiento sobre los hechos logrado por el derecho penal que el conocimiento logrado por el de derechos humanos, ni viceversa (recordando que, eventualmente, la asimetrización en favor de los derechos humanos pueda llegar a imponer ciertos criterios normativos al derecho penal que pueda incidir en la forma de observar los hechos).<sup>318</sup>

155.4. El hecho de que la idea de verdad, como tal, no pueda funcionar, sino como marco de justificación o legitimación del derecho, no excluye que permanezca *como problema en* el propio derecho en torno a la aceptación o rechazo de las hipótesis sobre cómo sucedieron los hechos sujetos a decisión.

155.5. Este hecho es relevante, puesto que no es lo mismo abordar el problema de la cognición desde una estructuración que está asimetrizada para investigar los hechos, que desde una que está orientada para decidir sólo con lo que las partes han aportado al procedimiento: es decir, la posibilidad o imposibilidad de decidir en función de pruebas se afecta de acuerdo a si existe la posibilidad de acceder, o no, a ellas. Y una autoridad con facultades de investigación tiene una amplia posibilidad de acceder a más pruebas que cualquier persona en lo individual.

155.5.1. Así, la especificación de una autoridad investigadora, distinta de la judicial, abre un marco relevante de posibilidades en que la cognición, independientemente de que no pueda calificarse como verdad, tiene más posibilidades de considerar aspectos del entorno del sistema

155.6. En contraste con estos aspectos, Luhmann habría analizado la concepción clásica del procedimiento que funciona *como regla* del derecho, basada en el *principio dispositivo*, donde la verdad y la justicia se han presentado como una finalidad, en el contexto de una justificación del

---

<sup>318</sup> En estos términos se podría observar a nivel internacional, por ejemplo, algunos de los desarrollos sobre los crímenes de lesa humanidad realizado en la Comisión de Derecho Internacional, particularmente los relativos al tema de las víctimas (artículo 12 y sus comentarios) (CDI, 2019, pp. 110 y ss.).

procedimiento como un mecanismo independiente del poder, y la idea de un procedimiento independiente se ha resguardado mediante definición de roles y momentos. Cuyo problema final es que el establecimiento de esos mecanismos para garantizar la verdad y la independencia tiene una contraposición excluyente por la necesidad de *decidir* en todos los casos:

Todo esto no puede garantizar que siempre se encuentre la verdad, que se tome siempre una decisión correcta. A todo esto, se opone la necesidad de decidir. Un sistema que garantiza la posibilidad de que todo problema que se proponga pueda decidirse, no puede al mismo tiempo garantizar la certeza de la decisión. La especificación funcional en un sentido excluye el otro. [...] No puede menos que preguntarse con radicalidad si la ganancia de verdad sea en rigor la función del procedimiento ajustado a derecho. (Luhmann, LMP, s.f., pp. 8-9)

155.6.1. Esta necesidad de decidir, enfatiza Luhmann, constituye un aspecto fundamental del sistema jurídico, puesto el propio sistema llega a proteger este hecho. Así, el sistema, a través de sus tribunales, se prohíbe la *denegación de justicia*, esto es, se obliga a *siempre* decidir (Luhmann, DS, 2005, 367 y ss.); siendo la otra cara de este hecho que se *oculta* la toma de la *decisión*, aunque se establezcan justificaciones, puesto que la decisión misma opera como *tercero excluido*. La decisión es equivalente a una distinción, y como tal, quien decide, al igual que el observador, es ciego a sí mismo. La decisión puede ser justificada y argumentada, pero no se puede saber qué fue lo que realmente la determinó.

La decisión tiene siempre que ver con una alternativa: uno o más senderos elegibles [...]. Sin embargo, la decisión misma no es un componente de la alternativa: no es uno de los senderos. Por eso hay que suponer que la decisión es el tercio excluido de la alternatividad de la alternativa. Es la diferencia que constituye la alternativa, o con más precisión: es la unidad de esta diferencia. En suma: una paradoja. [...]

La paradoja radica en la relación de este tercero excluido con la alternativa que él construye para quedar excluido (para poder decidir) -de la misma manera que el observador no puede ser la distinción con la que señala lo que distingue, sino que se debe excluir como el punto ciego de la observación (Luhmann, DS, 2005, 369-370).

[...] la decisión es una paradoja que no se puede tematizar, sino sólo mistificar.

155.6.2. La decisión en el derecho, protegida como prohibición de denegación de justicia, es una “previsión institucional si se quiere organizar el sistema del derecho como *universalmente competente y, al mismo tiempo, capaz de decidir*” (Luhmann, DS, 2005, 374-375). Así, el derecho

protege que “la razón que decide sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho es una paradoja, y que la *unidad del sistema* se puede sólo observar como paradoja” (Luhmann, DS, 2005, 371). Ante la falta de la posibilidad de verdad, y la necesidad de decidir, la *validez* adquiere su lugar:

Respecto a las consecuencias esto quiere también decir que el sistema sólo con este modo misterioso de decisión puede disponer del símbolo de la validez. (Luhmann, DS, 2005, 371-372)

155.7. Así, si bien la *regla* ha sido el *principio dispositivo*, excepto para el derecho penal, en la actualidad, con la nueva *excepcionalidad* de los derechos humanos, se abre un marco institucional con posibilidades cognitivas que aún requieren consolidarse. Y que, aunque tendrá los mismos problemas de cualquier decisión, el *contexto de la decisión* es sobre una base distinta, la de investigación en lugar de una decisión judicial *imparcial* entre partes en un proceso tradicional. Así, la diferencia derechos indisponibles/derechos disponibles, antes tematizada, o mejor dicho, derechos humanos/otros derechos, no sólo impacta en la clausura normativa sino, también, en la apertura cognitiva.

155.8. Ahora bien, aunque difícilmente se puede hacer una comparación precisa sobre las capacidades cognitivas del derecho de los derechos humanos con otros derechos, y en particular con el derecho penal, es posible al menos indicar que, al estilo de la afirmación de que el infinito de los números racionales es mayor que el infinito de los números naturales, la capacidad de observación a partir del subsistema jurídico de derechos humanos es inmensamente mayor que el del derecho penal, en principio, porque el de los derechos humanos podría valorar si el derecho penal es conforme o no conforme a derechos humanos, y, en segundo lugar, porque la tipificación penal impone que los tipos penales puedan cuantificarse, mientras que las violaciones de derechos humanos son prácticamente incuantificables, dadas las posibilidades de su evolución abstracta y flexible. De ahí, también, que lo relevante no es si existen o no violaciones de derechos humanos (porque existirán), sino si se repara o no el daño, es decir, si se internalizan cada vez más los aspectos que se observen institucionalmente problemáticos.

155.9. Otro aspecto de este orden puede considerarse en torno a si las investigaciones de violaciones de derechos humanos pueden ser más «fáciles» o «difíciles» que las del derecho penal. Al respecto, si se considera al menos que el derecho penal es muy exigente en cuanto a sus

estándares para dar por comprobados los hechos que, en general, el resto de los subsistemas jurídicos, y el derecho de los derechos humanos sólo necesita los estándares menos exigentes. Asimismo, si se considera que la carga de prueba en ambos casos suele ser para el Estado, pero en el derecho penal es para acusar y en los derechos humanos es para comprobar su responsabilidad, de manera que en materia de derechos humanos no opera la presunción de inocencia, puede considerarse, de inicio, que el derecho ha establecido criterios más ágiles de investigación y decisión, de manera que, al menos en este nivel, los problemas del derecho serían, aparentemente, menos costosos que en el derecho penal.

156. Finalmente, sería conveniente señalar que a partir de los derechos humanos hay obligaciones sobre la veracidad de los hechos, como sucede con el derecho a recibir una indemnización en caso de *error judicial*, el cual más que referido en términos del derecho que se consideraba aplicable, lo ha sido en torno a los hechos que se consideraron juzgados:<sup>319</sup>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>320</sup>

Artículo 14

[...]

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

156.1. Aunque estas obligaciones tienen matices señalados por el Comité DH, en realidad permite situar que, aunque la verdad no es una posibilidad real, se mantiene, quizá no sólo como legitimación o justificación, sino como una forma de establecer institucionalmente una pretensión que en algún momento puede resultar exigible como derecho, cuando alguna persona estime que existió un *error judicial* y tenga elementos para reclamarlo. Para que ello sea posible es necesaria una exigencia interna del derecho de probar. Así, por ejemplo, Taruffo (2005), afirmando que la

---

<sup>319</sup> Esta doble dimensión (sobre el derecho aplicable y sobre los hechos puestos en conocimiento), son reconocidos en general como parte de lo que puede constituir el error judicial. Así, por ejemplo, en Seña (2012) y Ezquiaga (2012).

<sup>320</sup> La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* incluso lo coloca en un derecho específico:

“Artículo 10. Derecho a Indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

pretensión de verdad se basa básicamente de una elección ideológica (que después puede quererse justificar teóricamente), ayuda a situar que, aunque la distinción verdadero/no verdadero no es la distinción directriz del derecho, prescindir de ella pareciera permitir que todo se situaría en el lugar de la *validez* de la decisión, la que será válida cualquiera sea la decisión. De manera que se puede considerar que la idea de verdad tiene básicamente sólo una forma regulativa, aunque se acepte de inicio que no es posible.

156.1.1. No obstante, es posible reconocer que el hecho de que se prescindiera de la idea de verdad no significa que la decisión suceda de manera arbitraria, pues es una operación sistémica que se integra recursivamente en el sistema: puesto que sólo conforme a él puede realizarse, es delimitada dentro de los términos operativos posibles. La argumentación es la que en último término garantiza una relación entre el sistema jurídico y el entorno, pues pone en operación la observación del entorno con la forma autorreferencia/heterorreferencia: se observa a sí mismo en relación al entorno (usa las categorías propias del sistema) y observa al entorno en relación a sí mismo (determina los intereses o hechos que considera relevantes), para dar lugar a la decisión.

El sistema puede, cuando dispone de suficientes formas de observación, observarse a sí mismo a partir del entorno y observar el entorno a partir de sí mismo. En la observación subyace una y otra referencia. Y aunque el sistema no puede reducir estas referencias a una, por así decirlo, “objetiva”, sí puede oscilar entre las dos para sacar provecho de cada uno de los puntos de vista delimitados y así llegar a una decisión fundamentada. (Luhmann, DS, 2005, p. 459)

156.1.2. Sin embargo, la argumentación no compele necesariamente a recabar pruebas, pues esta es una exigencia al derecho que responde a otra distinción directriz, la que se puede observar mediante el derecho a ser indemnizado por *error judicial*. Cabe sólo señalar que se ha buscado que este derecho no sea una exigencia excesiva de veracidad, pues el Comité DH ha señalado que este derecho no es un derecho a la *ausencia de errores*.

26. El artículo 14 garantiza únicamente la igualdad y la imparcialidad en los procedimientos judiciales y no puede ser interpretado en el sentido de que garantiza la ausencia de errores de parte del tribunal competente. En general, incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto examinar los hechos y las pruebas o la aplicación de la legislación interna en cada caso particular, a menos que se demuestre que la evaluación de las pruebas o la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalió a un error manifiesto o una

denegación de justicia o que el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad.  
(Comité DH, OG 32, 2007, párr. 26)

157. El subsistema de derechos humanos mediante su clausura normativa y su apertura cognitiva en evolución, tienen diversos problemas, sin embargo, se puede considerar que han alcanzado una capacidad de operar clausuradamente, puesto que sólo el derecho de los derechos humanos determina los enlaces operativos. Así, el nivel de estabilización que puede observarse, podría permitir valorar que no habrá vuelta atrás. Luhmann, indicaba, en relación a cuando se lograba pasar un umbral de los *preadaptative advances*, a la clausura operativa, que:

cuando se llega a la formación del sistema se puede partir del presupuesto de que siempre ha habido operaciones del tipo necesario para ello y se puede comenzar a derribar gradualmente las delimitaciones impuestas por un orden más antiguo.  
(Luhmann, SS, 2006, p. 307).

157.1. Si esta valoración se justifica, posiblemente lo mejor que pueda hacerse al estudiarlo es tratar de observar el sistema jurídico y el subsistema de derechos humanos, y generar una descripción que pueda situarse frente a otros observadores y ante otras descripciones.

## Conclusiones

1. Los derechos humanos pueden ser estudiados desde diversos marcos o niveles de observación. Estos pueden ser articulados si se tiene una teoría que así lo permita, pues de otro modo se muestran inconmensurables, en particular, si su observación se hace desde cada sistema social: una observación desde el derecho será esencialmente distinta a una desde la política. La tesis se elaboró desde la teoría de sistemas sociales esperando dar una aproximación que permita una articulación de diversos marcos de observación; pues la teoría de sistemas trabaja con categorías que pueden usarse para observar los diferentes sistemas sociales, y pone de relieve las distinciones operativas en el propio sistema.

2. Los derechos humanos pueden observarse, en sus términos más generales, como el resultado operativo y semántico en la sociedad de tres distinciones: individuo/sociedad, inclusión/exclusión e igual/desigual. Y, en un segundo momento, en el derecho, en conjunto con la operación de la distinción igual/desigual, las distinciones libertad/restricciones y identidad(mismidad)/diferencia. Esto es, las primeras tres distinciones son las que pueden permitir describir a los derechos humanos en relación a las interacciones entre la sociedad y el derecho; las segundas distinciones, en relación a la operación de los derechos humanos al interior del derecho.

3. No obstante, también puede indicarse que los derechos humanos responden ante todo a la distinción y paradoja individuo/sociedad: esta distinción opera en la sociedad, en el derecho, en general, y en el derecho de los derechos humanos, en particular.

4. Los derechos humanos sirven en la sociedad como semántica que posibilita la reintroducción, en el derecho, de aspectos problemáticos de inclusión/exclusión en la sociedad (particularmente los derivados de la inclusión/exclusión agregada), y mediante esa vía a la irritación de otros sistemas funcionales.

4.1. En ese marco, la sociedad mundial tiene problemas en cuanto a su *espacialidad*, dado que sobre este aspecto se generan efectos agregados de inclusión/exclusión, así como una diversidad importante de desarrollos regionales. En cuanto a la *temporalidad* de la sociedad mundial, ésta tiene acoplamientos estructurales que permiten su operación con cierta posibilidad de postular



simultaneidad. Esto es, al parecer, los aspectos más problemáticos se concentran en relación a la espacialidad.

5. Los derechos humanos, para operar al interior del derecho, requieren usar el esquema igual/desigual, pues, en buena medida, son su resultado. Este esquema debe su relevancia sistémica a que la sociedad diferenciada funcionalmente lo usa en diversos niveles (en la sociedad en sí misma, en los sistemas funcionales, y en las organizaciones). Este esquema es esencial para el funcionamiento del derecho, puesto que toda operación del derecho lo implica; el esquema, además, conforme opera, posibilita la generación de consistencia en el derecho.

5.1. El derecho internacional tiene problemas importantes de inconsistencia derivado de los acoplamientos estructurales del derecho con la política a nivel internacional, y de que, por ello, en torno a los sistemas funcionales se genera derecho periférico. Esta inconsistencia ha sido puesta de relieve con el título de la *fragmentación del derecho internacional*.

6. La operación del derecho de los derechos humanos está favoreciendo el desarrollo de consistencia en el derecho internacional, pero el cambio progresivo de las estructuras contractualistas interestatales de este último ha generado cierto rechazo a los derechos humanos (tanto desde la presión política como, incluso, en el propio ámbito del derecho internacional). Este rechazo se provoca porque los derechos humanos no operan sobre una base contractualista sino conforme a la propia lógica operativa del derecho (teniendo como lugar central a las autoridades jurisdiccionales), y estableciendo los derechos humanos de manera vinculada a la operación de los propios sistemas funcionales; lo cual tiene por resultado que los derechos humanos se asimetricen respecto de las demás normas, esto es, que se observen como supraordenados respecto de ellas.

6.1. Mientras evoluciona este cambio estructural que supraordena a los derechos humanos y los usa como base para la consistencia del derecho, el rechazo semántico en contra de ellos ha generado que en Naciones Unidas las decisiones de las autoridades internacionales de derechos humanos (órganos de tratado de derechos humanos), así como la naturaleza misma de estas autoridades, se trate de cuestionar e infravalorar.

7. Uno de los problemas fundamentales del derecho, al evolucionar los derechos humanos hacia su nuevo lugar en el derecho internacional, son sus problemas para representar la unidad del derecho (un aspecto que quizá pueda considerarse de suma relevancia si se considera que se habla del derecho en la sociedad mundial). Estos problemas de representación de la unidad se asocian a la posibilidad de afirmar la *universalización* de los derechos humanos.

7.1. La universalización de los derechos humanos, por otro lado, al correlacionarse con los problemas de la sociedad mundial, se implican con la universalización de valores en la sociedad, y la elementarización de situaciones sociales en la sociedad. En ambos casos, se trata de situaciones que se consideran irreductibles, y, particularmente en el caso de lo elementarizado, Luhmann lo ha caracterizado como aspectos de *no irritabilidad*.

7.2. Al hablarse de la universalización de los derechos humanos, al menos desde el ámbito del derecho, no se refiere a estos como si fueran valores absolutos o eternos. Por el contrario, los valores que se reintroducen en el derecho requieren ingresar presuponiendo el otro lado de su distinción, y, por tanto, con restricciones. En el derecho, sólo se han admitido algunos pocos derechos calificándolos como derechos absolutos (y aún estos pueden tener ciertos marcos regulatorios). La universalización en el derecho es una universalización limitada, los derechos humanos, en general, no son absolutos, tienen restricciones. Asimismo, en el derecho, los derechos humanos no pueden postularse como eternos.

7.3. Los problemas de universalización de los derechos humanos en el derecho han sido fundamentalmente en dos sentidos: humana y espacial.

7.3.1. *Universalización humana en el derecho.* El derecho ha desarrollado una respuesta ante los problemas de elementarización y universalización en la sociedad mediante la evolución del derecho a la igualdad y, a partir de ello, con la configuración del derecho a la no discriminación y la generación de derechos humanos específicos (niñas y niños, personas migrantes, personas con discapacidad, etc.). Esta operación tiene por efecto la inclusión de la diversidad humana en un esquema universalista de los derechos humanos (en el derecho).

7.3.2. *Universalización espacial en el derecho.* La universalización de los derechos humanos en el derecho, requiere la generación de mecanismos (el marco obligacional de los Estados) que permitan acoplamiento *estructurales* ante la diversidad de situaciones regionales. El desarrollo de las obligaciones en materia de derechos humanos se ha logrado desarrollar mediante la condicionalización de los programas finalísticos, de manera que, también, se ha ido modificando la concepción semántica de los derechos, señalándose que son indivisibles y evitándose concepciones de los derechos humanos que consideran que existen dos tipos de derechos humanos (unos que podrían ser exigibles y otros que no). La separación en dos tipos de derechos, entonces, se encontraba asociado a los problemas de espacialidad en la sociedad mundial.

8. La universalización de los derechos humanos (humana y espacial) constituyen acoplamiento *estructurales* para poder observar y operar en la sociedad mundial. Es necesario mantener presente que la universalización jurídica no es equivalente a la universalización en la sociedad.

9. La alta capacidad operativa del derecho de los derechos humanos mediante programas condicionales aplicados a programas finalísticos, sin embargo, no es suficiente. Hay aspectos que han quedado con dificultades operativas, puesto que no se pueden resolver condicionalmente.

10. Si bien los anteriores desarrollos se asocian tanto al derecho en general como al derecho de los derechos humanos, éste último ha logrado establecer su clausura operativa, por lo cual se comporta ya como un subsistema: un sistema autopoietico; y en esos términos hay evoluciones específicas relevantes.

10.1. El derecho de los derechos humanos se ha diferenciado de otros derechos y tiene estructuras semejantes y otras diferenciadas. Comparativamente, el derecho penal es relevante para comprender al derecho de los derechos humanos dado el rol que tienen en cada uno la persona que comete el hecho ilícito y la persona que lo sufre, así como las consecuencias de ello (punitivas y reparatorias, respectivamente), y la entidad que asume la responsabilidad por el hecho ilícito cometido: en materia penal, la persona que lo comete; en materia de derechos humanos, el Estado.

10.2. Un aspecto particularmente relevante es el hecho de que, mientras el derecho penal requiere la violencia para externalizar sus decisiones en los individuos y sus cuerpos, el derecho de

los derechos humanos no, puesto que éste internaliza sus decisiones al sistema jurídico y al Estado y, por esta vía, a los demás sistemas sociales. Esta internalización es fundamental puesto que genera una estructura recursiva que, con el tiempo, se esperaría que estabilizara cada vez más las formas operativas de los derechos humanos en relación a los demás sistemas funcionales.

11. La clausura normativa del subsistema jurídico de los derechos humanos usa el marco desarrollado en la universalización de esos derechos (las obligaciones), por lo que éste también constituye parte de sus normas sustantivas (estándares de derechos humanos).

11.1. La clausura normativa de los derechos humanos permite un espectro de observación sumamente amplio, esto es un efecto tanto de su universalización jurídica, como, en particular, del mecanismo operativo identificado como *principio pro persona*, el cual es una forma de expresión de la distinción individuo/sociedad, asimétrizado del lado del individuo, que permite una evolución acelerada de las normas de derechos humanos, al dotarles de una forma muy flexible de evolución, dada su alta capacidad de variación y selección de normas aplicables.

12. La apertura cognitiva de los derechos humanos está en proceso de consolidarse, sin embargo, permite ya situar las distinciones esenciales para articular *autoridades investigadoras*, diferenciadas de las *autoridades judiciales*, así como para diferenciar cargas de prueba y estándares de prueba.

12.1. La apertura cognitiva del derecho de los derechos humanos (al posibilitar autoridades investigadoras) posibilita que el derecho actúe oficiosamente, con lo cual se ha modificado un aspecto central de la caracterización del derecho, pues, si anteriormente el derecho en general podía calificarse como *no atractivo* (salvo cuando se trataba de ciertos ilícitos penales), ahora no puede indicarse esta afirmación de manera tan tajante. Esto es así porque, aunque en general el derecho sigue siendo *no atractivo*, cuando se indican posibles violaciones de derechos humanos, el derecho comienza a exigir otro tipo de comportamiento (*atractivo*). Y este tipo de comportamiento lo exige en torno a normas que, por su asimetrización, condicionan cada vez más a todas las demás normas del sistema jurídico.

13. Las evoluciones del derecho y del derecho de los derechos humanos parecen haber cruzado un umbral de irreversibilidad.

## Bibliografía citada

- **Bibliografía**

- Abramovich, V., Courtis, Ch. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. España: Trotta.
- Adinolfi, G. (2009). “Extremismos en tema de ‘acusatio’ e ‘inquisitio’ en el proceso penal romano”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXI, Valparaíso, Chile, pp. 37-60.
- Abramovich, V. (2009). “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol. 6, No. 11, diciembre de 2009.
- Alexy, R. (2009). “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14.
- Alexy, R. (2019). “¿Cómo proteger los derechos humanos? Racionalidad y proporcionalidad” en *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra Editoriales.
- Anaya Muñoz, A. (2010). “Los derechos humanos desde las Relaciones Internacionales: normas regímenes, ‘emprendedores’ y comportamiento estatal”, en: *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México.
- Ansolabehere, K. (2010). “Los derechos humanos en los estudios sociojurídicos”, en: *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México.
- Baraldi, C. (2006). “Semántica” en: Corsi, G., Esposito, E., Baraldi, C. *GLU. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México: Universidad Iberoamericana.
- Cançado Trindade, A. A. (2013), “El difícil camino del acceso de la persona humana a la justicia en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia”, en: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano – Derecho Internacional*, Vol. 21, pp. 173-213
- Cárdenas García, J. (2014). “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril, pp. 65-100.
- Cruz Parceró, J. A. (2017a). *El concepto de derecho subjetivo*, México: Fontamara.
- Cruz Parceró, J. A. (2017b). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Dussel, E. (2010). “Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos”, en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 29, enero – junio, UNAM.

- Esposito, E. (2021). “La Integración sistémica y la necesidad de la des-integración en tiempos de pandemia”, en *Revista MAD*, 44, 1–18. <https://doi.org/10.5354/0719-0527.2021.64773>
- Estévez, A. y Vázquez, D. (2010). “Introducción”, en: *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México.
- Ezquiaga, F. J. (2012). Malem, “Aciertos y fallos judiciales” en *El error judicial. La formación de los jueces*, México: Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Foucault, M. (1988). *La verdad y las formas jurídicas*, España: Gedisa.
- Foucault, M. (2002a). *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*, México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2002b). *Historia de la sexualidad 1 - La voluntad de saber*, México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (2002c). *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2010) ¿Qué es un autor?, en *Obras esenciales*, España: Ediciones Paidós Ibérica, pp. 291-317.
- Ferrajoli, L. (2004) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España: Trotta.
- Gammeltoft-Hansen, Thomas; Lagoutte, Stéphanie; Cerone, John (2016). “Introduction: Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights”, en *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, United Kingdom: Oxford University Press.
- García, G. (2020). *Estructura social y semántica en la sociología de Niklas Luhmann*, [Tesis de maestría no publicada]. México: Universidad Autónoma Metropolitana – Unidad Cuajimalpa.
- García Odgers, R. (2019). “El surgimiento del *judicial case management*: una síntesis evolutiva del control judicial del proceso civil en Europa”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XLI, Valparaíso, Chile, pp. 179-205.
- Gutiérrez Espada, C., Cervell Hortal, M. J. (2017). *El derecho internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, España: Trotta.
- Hofstadter, D. R. *Gödel, Escher, Bach: una eterna trenza dorada*, México: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 1982.
- Hunt, L., (2009). *La invención de los derechos humanos*, España: Tusquets Editores.

- Ibañez Rivas, J. M. (2019). "Artículo 8" y "Artículo 25" en Steiner, Ch. y Fuchs, M.-Ch. (eds.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Iglesias Rábade, L. (2021). "Estudio comparado del proceso penal en los derechos castellano e inglés en la Edad Media", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XLIII, Valparaíso, Chile, pp. 315-339.
- Lao Tse (1985), *Tao Te King*, México: Premiá editora de libros.
- Leathley, Ch. (2007). "An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the ILC Missed an Opportunity?", en *International Law and Politics*, Vol. 40, Núm. 259.
- Luhmann, N. (1988a). "Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society" (trad. Stephan Fuchs), en *Sociological Theory*, Vol. 6, No. 1 (Spring), American Sociological Association, pp. 21-37.
- Luhmann, N. (1988b). "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History" (trad. Stephan Fuchs), en *Journal of Law and Society*, Vol. 15, No. 2 (Summer), pp. 153-165.
- Luhmann, N. (1989). "La moral social y su reflexión ética", en: Palacios, F., Jarauta, X., *Razón, ética y política: el conflicto de las sociedades modernas*, Barcelona: Anthropos, pp. 47-58.
- Luhmann, N. (1993a). „Die Paradoxie der Form", en Baecker, D. (ed.) *Kalkül der Form*, Alemania: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1993b). "La observación sociológica del derecho" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Filosofía, Política y Derecho*, Núm. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Luhmann, N. (1993c). "Observing Re-entries" en *Graduate Faculty Philosophy Journal*, Vol. 16, Núm. 2.
- Luhmann, N. (1995a). "The Paradox of Observing Systems", en: *Cultural Critique*, No. 31, The Politics of Systems and Environments, Part II (Autumn, 1995), pp. 37-55.
- Luhmann, N. (1995b). "Individuo, individualidad, individualismo", en *Zona Abierta*, No. 70/71, 1995, pp. 53-157
- Luhmann, N. (1997). "Globalization or World society: How to conceive of modern society?", *International Review of Sociology*, Vol. 7, No. 1, pp. 67-79, DOI:10.1080/03906701.1997.9971223
- Luhmann, N. (1998a). "Sentido", en *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, España: Anthropos, México: Universidad Iberoamericana, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 77-112.

- Luhmann, N. (1998b). "El programa de conocimiento del constructivismo y la realidad que permanece desconocida", en *Teoría de los sistemas sociales: artículos II*, Chile: Universidad de los Lagos, ITESO, Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (1998c). "La forma «persona»" en *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, España: Trotta.
- Luhmann, N. (1998d). "La paradoja de los derechos humanos y sus tres formas de desarrollo", en *Sociología y política*, Nueva Época, Año V, No. 10. México.
- Luhmann, N. (1999). "Ethik in internationalen Beziehungen", *Soziale Welt*, 50(3), 247–254.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, Herder.
- Luhmann, N. (2006). *La Sociedad de la sociedad*, México: Universidad Iberoamericana, Herder.
- Luhmann, N. (2007a). *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente.
- Luhmann, N. (2007b). *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, España: Alianza Editorial.
- Luhmann, N. (2009a). *La política como sistema. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente.
- Luhmann, N. (2009b). De la fonction des « droits subjectifs », *Trivium. Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, 3.
- Luhmann, N. (2010a). *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2010b). *Organización y decisión*, México: Universidad Iberoamericana, Herder.
- Luhmann, N. (2013). "La ética como teoría reflexiva de la moral" en: *La moral de la sociedad*, España: Trotta.
- Luhmann, N. (2014a). "La paradoja de los derechos humanos y tres formas de su desarrollo", en *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (2014b). "¿Hay todavía en nuestra sociedad normas irrenunciables?", en *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (2015a). "Estenografía", en: *Comunicaciones y cuerpos en la teoría de los sistemas sociales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Ediciones La Biblioteca.



- Luhmann, N. (2015b). *Mujeres, hombres y George Spencer Brown*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, La Biblioteca.
- Luhmann, N. (2016). "Globalización o sociedad mundial: ¿cómo concebir la sociedad moderna?", en *Distinciones Directrices*, España: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 247-263.
- Luhmann, N. (2016b). "Distinciones directrices", en: *Distinciones directrices*, España: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 27-47.
- Luhmann, N. (2018). *Religión de la sociedad*, España: Trotta.
- Luhmann, N. (2019). "Caso", en *Contingencia y derecho. La teoría del derecho en un contexto interdisciplinario*, España: Trotta.
- Malem, J. F (2012). "El error judicial" en *El error judicial. La formación de los jueces*, México: Fontamara, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Mascareño, A. (2007). "Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial", en *Polit Crim*, no. 4, A3, p. 1-39.
- Mascareño, A. (2014). "Diferenciación, inclusión/exclusión y cohesión en la sociedad moderna", en: *Revista CIS del Centro de Investigación Social de un Techo para Chile*, No. 17, segundo semestre.
- Mascareño, A. y Carvajal, F. (2015). "Los distintos rostros de la inclusión y la exclusión", en: *Revista CEPAL*, No. 116, Agosto.
- Medellín Urquiaga, X. (2013). *Principio pro persona*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Medellín Urquiaga, X. (2019). "Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos" en *Estudios Constitucionales*, Año 17, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca, pp. 397-440.
- Moeller, Hans-Georg (2006). *The Philosophy of the Daodejing*, United States of America: Columbia University Press.
- Neves, M. (2004). "La fuerza simbólica de los derechos humanos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 27.
- Nickel, James, W. (2007). *Making Sense of Human Rights*, United Kingdom: Blackwell Publishing.
- Nowak, M. (2005). *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Germany: N. P. Engel Publisher.

- Nyamu-Musembi, C. (2007). “Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada hacia los actores”, en Kabeer (ed.). *Ciudadanía incluyente: significados y expresiones*, México: PUEG-UNAM.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2010), *Instituciones nacionales de derechos humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Naciones Unidas, Ginebra, U.N. Doc. HR/P/PT/4/Rev.1.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012). *El sistema de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas*. Nueva York, Ginebra: Naciones Unidas.
- Petrova, G., V. (2018a). “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional” en *Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Petrova G., V. (2018b). *Los principios comunes a los tribunales internacionales*, México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Rueda Luna, C. (2018). “Las obligaciones generales de derechos humanos en México”, manuscrito no publicado, México.
- Rueda Luna, C. (2019). *Una nueva estructuración del derecho: Efectos de los derechos humanos en México*, México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).
- Schmidt, J. F. K. (2019). “Sobre la relación entre teoría del derecho y sociología jurídica en Niklas Luhmann” en Luhmann, N., *Contingencia y derecho*, España: Trotta.
- Sánchez Gil, R. (2017). *El principio de proporcionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sepúlveda Carmona, M. (2005). “La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos”, en Courtis, Ch., Hauser, D., Rodríguez Huerta, G. (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México: Porrúa – Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Serrano, S. y Vázquez, D. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: FLACSO-México.
- Shue, H. (1984). “The Independence of Duties, en *The Right to Food*, Países Bajos: Netherlands Institute of Human Rights – Martinus Nijhoff Publishers.
- Spencer-Brown, G. (1972), *Laws of Form*, Estados Unidos de América: The Julia Press Inc.
- Stammers, N. (2009). *Human Rights and Social Movements*, UK: Pluto Press.

Stichweh, Rudolf. (2021). *Key aspects of a sociology of inclusion and exclusion*. DOI:10.13140/RG.2.2.24867.37928.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. España: Trotta.

Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Perú: Ara Editores.

Van Hoof, G. J. H. (1984). "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebutal of Some Traditional Views", en *The Right to Food*, Países Bajos: Netherlands Institute of Human Rights – Martinus Nijhoff Publishers.

Vázquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Verschraegen, G. (2018) "Commentary. Historical Contingency and Human Rights Pluralism", en Clement, D. *Debating Rights Inflation in Canada: A Sociology of Human Rights*. Canada: Wilfrid Laurier University Press.

- **Documentos internacionales**

- Instrumentos internacionales

*Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, U.N. Doc. A/RES/45/166 (1990).

*Establecimiento de una Comisión de Derecho Internacional*, Asamblea General de las Naciones Unidas, 123ª sesión plenaria, U.N. Doc. A/RES/174 (II) (1947).

2º proyecto revisado de instrumento jurídicamente vinculante para regular, en las normas internacionales de derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales

- Observaciones y Recomendaciones Generales, y Declaraciones de Órganos de Tratado de Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)

*Declaración. Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 38º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/2007/1.

*Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).*

*Observación General No. 9. La aplicación interna del Pacto, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998).*

*Observación general Nº 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 20º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).*

*Observación general Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).*

*Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2002).*

*Observación General No. 17. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/GC/17 (2005).*

*Observación General No. 18. El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).*

*Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/C.12/GC/20 (2009).*

#### Comité de Derechos Humanos (Comité DH)

*Observación General No. 18. No discriminación, del Comité de Derechos Humanos, 37º período de sesiones, Naciones Unidas, (1989).*

*Observación General Nº 27. Libertad de circulación (artículo 12), del Comité de Derechos Humanos, 67º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).*

*Observación general Nº 29. Estados de emergencia (artículo 4)*, del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001)

*Observación General Nº 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, del Comité de Derechos Humanos, 80º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

*Observación General Nº 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, del Comité de Derechos Humanos, 90º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

*Observación General Nº 33. Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, del Comité de Derechos Humanos, 94º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/GC/33 (2009).

*Observación general Nº 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, del Comité de Derechos Humanos, 102º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 (2011).

*Observación General Nº 35. Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, del Comité de Derechos Humanos, 112º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/GC/35 (2014).

#### Comité sobre los Derechos del Niño (Comité DN)

*Observación General Nº 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, del Comité de los Derechos del Niño, 34º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. CRC/GC/2003/5 (2003).

#### Comité Contra la Tortura (CAT)

*Observación General Nº 3. Aplicación del artículo 14 por los Estados partes*, del Comité Contra la Tortura, U.N. Doc. CAT/C/GC/3 (2012).

#### ○ Informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas

Comisión de Derecho Internacional (2000a). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000*, 52º período de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/55/10.

Comisión de Derecho Internacional (2000b). “Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional” (Propuesta de tema presentada por Gerhard Hafner), en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2000*, 52º período de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/55/10.

- Comisión de Derecho Internacional (2007). “Responsabilidad de los Estados”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, 53º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/5/10.
- Comisión de Derecho Internacional (2011). “Los tratados en el tiempo”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, 66º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/66/10.
- Comisión de Derecho Internacional (2013a). “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional [Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio]”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*. Volumen II, Segunda parte, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2)
- Comisión de Derecho Internacional (2013b). “Los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2013*. Volumen II, Segunda parte, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/CN.4/SER.A/2013/Add.1 (Part 2)
- Comisión de Derecho Internacional (2016). “Los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2016*, 68º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/71/10.
- Comisión de Derecho Internacional (2017). “Las reservas de los tratados (conclusión)”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*. Volumen II, Tercera parte, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/CN.4/SER.A/2011/Add.I (Part 3)
- Comisión de Derecho Internacional (2018a). “Los acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de los tratados” (texto aprobado del proyecto de Conclusiones y del proyecto de conclusiones con sus comentarios), en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2018*, 70º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/73/10.
- Comisión de Derecho Internacional (2018b). “Identificación del derecho internacional consuetudinario” (texto aprobado del proyecto de Conclusiones y del proyecto de conclusiones con sus comentarios), en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2018*, 70º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/73/10.
- Comisión de Derecho Internacional (2019). “Crímenes de lesa humanidad” (texto aprobado del proyecto de artículos con sus comentarios sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad), en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2019*, 71º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/74/10.
- Comisión de Derecho Internacional (2021a). “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*. Volumen II, Segunda parte, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 1/Add.2)

Comisión de Derecho Internacional (2021b). “Medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho internacional” (Propuesta de tema presentada por Charles C. Jalloh), en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2021*, 72º periodo de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/76/10.

Comisión de Derecho Internacional (2022). “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional 2022*, 73er periodo de sesiones, Naciones Unidas, U. N. Doc. A/77/10.

- Sesiones de discusión de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión

#### Comisión de Derecho Internacional

*Summary record of the 3304th meeting*, 25 May 2016, Sixty-eight session (first part), International Law Commission, U. N. Doc. A/CN.4/SR.3304 (2017).

*Summary record of the 3307th meeting*, 31 May 2016, Sixty-eight session (first part), International Law Commission, U. N. Doc. A/CN.4/SR.3307 (2016).

*Summary record of the 3396th meeting*, 7 May 2018, Seventieth session (first part), International Law Commission, U. N. Doc. A/CN.4/SR.3396 (2018).

#### Sexta Comisión

*Acta resumida de la 20a. sesión*, 24 de octubre de 2016, Septuagésimo primer período de sesiones, Asamblea General, Sexta Comisión, U.N. Doc. A/C.6/71/SR.20 (2016).

- Informes de la Secretaría General, relatores o procedimientos especiales de Naciones Unidas

*Draft International Covenants on Human Rights. Annotation*, prepared by the Secretary-General, Tenth session, General Assembly, United Nations, U.N. Doc. A/2929 (1955).

*Report on the right to adequate food as a human right submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur*. Thirty-ninth sesión, United Nations, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (1987).

*Informe sobre la prohibición absoluta de la tortura, el principio de no devolución y las secuelas de la tortura, del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Theo van Boven*, Consejo de Derechos Humanos, 59º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/59/324 (2004).

*Informe sobre reservas formuladas a los tratados de derechos humanos. Documento de trabajo definitivo preparado por la Sra. Françoise Hampson*, Subcomisión de

Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos, 56º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/42 (2004).

*Informe sobre comisiones de investigación, derecho al indulto y prisiones gobernadas por reclusos, del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Philip Alston, Consejo de Derechos Humanos, 8º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/HRC/8/3 (2008).*

*Informe sobre comisiones de investigación, del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Consejo de Derechos Humanos, 19º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/HRC/19/61 (2012).*

*Informe sobre fiscales y fiscalías de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, Consejo de Derechos Humanos, 20º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/HRC/20/19 (2012).*

*Primer Informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Relator Especial Georg Nolte, Comisión de Derecho Internacional, 65º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CN.4/660 (2013).*

*Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, 28º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/HRC/28/73 (2015).*

*Cuarto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Relator Especial Georg Nolte, Comisión de Derecho Internacional, 71º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CN.4/694 (2016).*

*Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CN.4/712 (2018).*

*Quinto informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, del Relator Especial Georg Nolte, Comisión de Derecho Internacional, 70º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CN.4/715 (2018).*

*Primer informe sobre los principios generales del derecho, del Relator Especial Marcelo Vázquez-Bermúdez, Comisión de Derecho Internacional, 71º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CN.4/732 (2019).*



*Informe sobre fiscales y fiscalías Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Consejo de Derechos Humanos, 40º período de sesiones, Naciones Unidas, U.N. Doc. A/HRC/40/59 (2019).

OEIGWG Chairmanship (2021). *Third Revised Draft of Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.

○ Instrumentos e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH (2008). *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto. Serie C No. 184