
Positivismo jurídico y derechos humanos

Algunos problemas generados por una “neutralidad valorativa” en una teoría sobre derechos humanos

Reynaldo Bustamante Alarcón

Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adscrito a la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 A modo de introducción.

Uno de los rasgos más importantes del constitucionalismo y del Derecho Internacional de nuestro tiempo es la preocupación por la persona humana y la promoción de sus principales derechos. Así, se ha multiplicado una serie de conferencias, declaraciones y tratados en los que se reconoce la supremacía de la dignidad humana y varios de sus primordiales derechos, constituyéndose además diversos organismos nacionales e internacionales para reaccionar frente a los atentados de los que son objeto.

Así por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera en el primer párrafo de su preámbulo que: “(...) conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”; mientras que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 declara en su artículo 1.2 que: “(...) el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

Incluso no faltan quienes, como el Tribunal Constitucional peruano, sostienen que: “La persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal⁽¹⁾”.

No obstante, debemos indicar que resulta difícil aproximarnos a los llamados derechos humanos sin advertir que existen diferentes posiciones doctrinarias sobre ellos que van desde su existencia, su origen, su fundamentación, hasta sus características, límites y eficacia. Temas como si los derechos humanos se reconocen o se constituyen, o si se tienen o se deben tener, por sólo citar unos ejemplos, todavía son materia de posiciones encontradas en la doctrina, con consecuencias distintas y trascendentales para la libertad y el desarrollo del hombre. Tal diferencia se debe a las distintas ideologías o concepciones jurídico-filosóficas con que los estudiosos y operadores del Derecho en general se han aproximado -y continúan aproximándose- al tema de los derechos humanos (es el caso de las posturas iusnaturalistas, positivistas y realistas, por sólo citar unos ejemplos⁽²⁾).

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú emitida el 6 de agosto de 1996 en el Expediente No. 318-96-HC/TC (primer fundamento), publicada en: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo I. Periodo 96-97. Lima: Gaceta Jurídica, 1998. p. 103.

(2) De manera muy general podemos decir que para los iusnaturalistas los derechos humanos son inherentes al ser humano y, por tanto, anteriores y superiores al derecho positivo y a la voluntad del Estado, por ese motivo para los partidarios de esta postura su positivación no es más que un reconocimiento de su existencia. En cambio, para los positivistas los derechos humanos sólo existen como derechos a partir de su positivación o incorporación formal al ordenamiento jurídico, antes de ello sólo existen como meras expectativas o valores éticos o filosóficos carentes del rasgo de obligatoriedad propio del Derecho. Para los realistas, en cambio, lo importante no es si los derechos humanos son anteriores o no al ordenamiento jurídico, o si se constituyen o no a través de su positivación, lo importante es

A esto se aúna cierta alarma entre la literatura especializada, de la que da cuenta Francisco Laporta, por la creciente abundancia y ligereza de las apelaciones a los llamados derechos humanos, y por un desmedido afán de otorgarle tal calidad a una invariable gama de derechos sin mayor control o justificación⁽³⁾.

Nuestro propósito en este ensayo, sin embargo, no es analizar cada uno de esos problemas, pues eso excedería los límites propios del presente trabajo. Nuestro objetivo es mucho más modesto. Pretendemos demostrar que es imposible sustentar o construir una teoría de los derechos humanos sobre la base de un ordenamiento jurídico, entendido como sistema, que esté inspirado en una concepción positivista que propugne una neutralidad del ordenamiento frente a los valores. En efecto, analizando los conflictos que eventualmente pueden surgir entre los derechos humanos al concurrir en un caso concreto, intentaremos demostrar que para mantener la coherencia del ordenamiento como sistema, o rompemos con esa neutralidad frente a los valores (con lo cual estaríamos admitiendo que el ordenamiento jurídico no puede ser entendido como un simple conjunto normativo), o simplemente aceptamos que sobre esa base no es posible sustentar una teoría de los derechos humanos ya que esa pretendida neutralidad frente a los valores haría insoluble los eventuales conflictos que se pudiesen presentar entre los derechos humanos al concurrir en un caso concreto. Sin perjuicio de ello, advertiremos del relativismo al que podría conducirnos la primera de

las opciones, dejando para una próxima entrega una propuesta de solución.

En tal sentido, empezaremos con exponer el marco teórico dentro del cual realizaremos nuestra exposición, para abordar luego los temas que nos hemos propuesto revisar en la presente investigación.

2 La concepción actual de los derechos humanos. Algunas categorías básicas.

La concepción que hoy en día tenemos acerca de los derechos humanos no ha sido siempre la misma, a sus raíces medievales habría que añadir una paulatina evolución en su comprensión y contenido durante los siglos XVIII y XIX que se intensifica vertiginosamente durante el siglo XX⁽⁴⁾. Por ese motivo, en los puntos que siguen a continuación presentaremos la concepción actual sobre los derechos humanos que manejaremos en este ensayo, anotando algunas de sus características más importantes, con la finalidad de hacer comprensibles nuestras ideas y cumplir con el objetivo propuesto en el presente trabajo.

2.1 Las diversas locuciones de los derechos humanos. Su relación con los derechos fundamentales.

La primera precisión que debemos realizar al aproximarnos al estudio de los derechos humanos es que la doctrina viene utilizando diversas locuciones para referirse a este tipo de derechos. Algunos los utilizan

-señalan- que tengan vigencia real o efectiva y que para ello estén comprometidos los distintos órganos del Estado, los diversos grupos sociales y en general todos los particulares. La positivación es, pues, para los realistas, no un mecanismo de declaración o constitución de derechos -en este caso humanos o fundamentales- sino un instrumento para hacerlos eficaces, con el que concurren otros factores de índole político, social, económico, cultural, geográfico, tecnológico, etcétera.

Para mayor información puede consultarse: FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. *Derecho natural: introducción filosófica al derecho*. V. I. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1974. pp. 150 y ss; PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1991. pp. 52-62; y, BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991. pp. 233-311.

- (3) LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de Derechos Humanos*. En: DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 4, 1987. p. 23.
- (4) La historia de la aparición y evolución de los derechos humanos, tal como los comprendemos hoy en día, comienza en la Edad Moderna. En la Antigüedad no sólo no existieron reconocimientos por parte de la autoridad acerca de estos "derechos subjetivos", sino que ni siquiera se planteó el problema en el terreno teórico; lo cual, por otra parte, no puede sorprendernos si se tiene en cuenta que para que surja la conciencia de que la persona es portadora de unos derechos innatos es preciso, ante todo, que exista el concepto mismo de persona, el mismo que fue aportado recién por el cristianismo. Por otro lado, la toma de conciencia de que existen unos derechos que las leyes tienen que respetar exigen la previa creencia de que existe un derecho que está por encima del positivo, y no será hasta avanzada la Edad Media en que hallaremos una sólida construcción del iusnaturalismo. Sin perjuicio de ello, como lo señala Hernando Nieto, si quisiéramos encontrar las raíces de los llamados derechos humanos, individuales o naturales, debemos retroceder hasta el Renacimiento, o mejor aún, para ser más precisos, remitirnos incluso a la Baja Edad Media. "Así lo dice Michel Villey en su Compendio de la Filosofía del Derecho, donde incluso enumera a las tres fuerzas responsables de la creación del Derecho Subjetivo, a saber: el Cristianismo, el Humanismo y el Nominalismo. Ciertamente, a esta afirmación podría muy bien añadirse que la elaboración del Derecho Subjetivo va a la par del nacimiento del sujeto cartesiano, aunque según Villey el Derecho Subjetivo como tal ya existiría delineado en el siglo XIV, vía la Escuela Nominalista de Ockham, es decir, doscientos años antes". (HERNANDO NIETO, Eduardo. *¿Existen los derechos naturales?* En: *Deconstruyendo la Legalidad - Ensayos de teoría legal y teoría política*-. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fundación Academia Diplomática del Perú, 2001. p. 19).

como sinónimos mientras que otros anotan ciertas diferencias. A título de ejemplo, hay quienes han preferido llamarlos “derechos individuales” para particularizar su pertenencia a cada hombre, los que los han denominado “derechos naturales” para significar que son inherentes al hombre por el sólo hecho de serlo, y quienes los denominan “derechos humanos” para destacar que derivan de la dignidad del ser humano y que tienen, o deben tener, eficacia en el ordenamiento jurídico nacional e internacional⁽⁵⁾.

A ello se agrega que el término “derechos fundamentales” también ha sido utilizado como sinónimo de derechos humanos; sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho referencia a la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos básicos positivados dentro de un Estado (especialmente en su normativa constitucional), en tanto que la locución “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en los instrumentos internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo⁽⁶⁾.

Es más, un sector importante de la doctrina y jurisprudencia comparada considera que los derechos fundamentales no son otra cosa que los derechos humanos positivados en los ordenamientos jurídicos estatales, principalmente en su normativa constitucional. Así, Peces-Barba, se refiere a los “derechos subjetivos

fundamentales” como una “conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un derecho positivo vigente”⁽⁷⁾, y Pérez Luño diferencia los derechos humanos de los derechos fundamentales en función de lo que debe ser reconocido en el derecho positivo -nacional e internacional- y lo que a partir de esa exigencia ya es en la positividad⁽⁸⁾.

Conforme a este planteamiento, estos derechos -llámense humanos o fundamentales- se encuentran situados en dos planos diferentes. El primero, el de los derechos humanos, conteniendo todas aquellas exigencias acordes con la dignidad del hombre que deben ser reconocidas por la positividad a nivel nacional e internacional; y, el segundo, el de los derechos fundamentales, haciendo referencia a aquellos derechos que ya existen en la positividad de cada Estado, tal como el plano anterior exigía que fuera. Desde esta perspectiva, los derechos humanos proyectarían su connotación prescriptiva o deontológica a todo el orbe, mientras que los derechos fundamentales se encontrarían delimitados temporal y espacialmente por el ordenamiento jurídico de cada Estado al que han sido incorporados⁽⁹⁾.

Este es el sentido que le daremos al término “derechos humanos” para diferenciarlo de los llamados “derechos fundamentales” (sin perjuicio de la noción que en el numeral siguiente daremos sobre ellos) Preciso ello, conviene indicar que todo lo expuesto nos permite advertir que cada una de las denominaciones utilizadas para referirse a los derechos humanos (llámense individuales, naturales, etcétera) responde a

(5) Ver: BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit.; pp. 1-6 y 55-57; PÉREZ LUÑO, Antonio E. Op. cit.; pp. 29-51; y PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Tomo I. Teoría general. Con la colaboración de Rafael de Asís y otra. Madrid: Universidad Complutense, 1991. pp. 19-34.

(6) PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 1991. p. 44.

(7) PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Tercera Edición. Madrid: Latina Universitaria, 1980. p. 66.

(8) “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que pueden gozar de una tutela reforzada.

Los derechos humanos aunan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidas en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que **debiendo** ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter **básico o fundamentador** del sistema jurídico político del Estado de Derecho.” (PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales...*, pp. 46-47).

(9) “De este modo, la proyección de las nociones expuestas a supuestos de la experiencia práctica permite advertir que, mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi (...) o la negación de las libertades políticas y sindicales que [tuvieron] lugar en el Chile de Pinochet y (...) la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía (...) en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos” (PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Ibid.*; pp. 47-48).

una postura ideológica determinada⁽¹⁰⁾, pero más allá del distinto léxico empleado creemos que lo trascendental es que todas ellas dan cuenta de la conciencia común y generalizada sobre la existencia e importancia de estos derechos, y que lo verdaderamente importante es que todas coinciden en un mismo tipo de derechos como objeto de estudio. Mientras esta coincidencia se mantenga el problema de cómo se los denomine nos parece secundario⁽¹¹⁾.

2.2 Un intento de definición. Referencia a algunas de sus características.

La importancia que se predica respecto de los llamados derechos humanos ha dado lugar a que se escriban muchas páginas y se formulen no pocas teorías en su entorno, de tal manera que su desarrollo doctrinal, aunado a un despliegue jurisprudencial importante en el Derecho comparado, ha llevado a muchos a sostener la existencia de una ciencia de los derechos humanos. Con todo, parte de esas teorías reflejan posiciones encontradas que aún no han sido resueltas⁽¹²⁾, otras abordan distintos aspectos de los derechos humanos que las diferencian unas de otras, por lo tanto, brindar una definición que comprenda todo lo que estos derechos son -o lo que se dice que son- puede ser una tarea no sólo imposible sino inconveniente.

Por si fuera poco, no faltan aquellos, como Francisco Laporta, que han dado cuenta de una serie de dificultades teóricas y de ciertas complejidades conceptuales que llevan consigo la noción misma de "derechos humanos", dando lugar a que no sólo se

proponga la revisión del citado concepto sino también de la noción misma de Derecho⁽¹³⁾.

Por tales motivos, consideramos conveniente señalar cuál es el concepto de derechos humanos que vamos a seguir en el presente ensayo, a fin de hacer comprensibles nuestras ideas.

Para ello conviene empezar con advertir que a simple vista parece obvio que cuando hablamos de derechos humanos hacemos referencia a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo internacional, como las contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Siguiendo esta interpretación los derechos humanos serían básicamente derechos jurídicos (es decir, elementos que cuentan con el rasgo de obligatoriedad propia del Derecho), como lo es el derecho que una persona tiene en el Perú de exigir que se cumpla una prestación a su favor una vez vencido el plazo que para ello se estableció en el contrato (artículo 1219 del Código Civil). No cabe duda de que en muchos contextos -por ejemplo en referencias históricas- cuando se habla de derechos humanos se hace mención a estos derechos jurídicos. Pero, como bien lo señala Carlos Nino, en los contextos en que la referencia a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, acciones, etcétera, esos derechos no se identifican -necesariamente- con los que surgen de normas del derecho positivo, sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados son sólo una consagración, un reconocimiento

(10) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los Derechos del Hombre*. Segunda edición. Madrid: Reus, 1976. pp. 9 y ss; PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Op. cit.; pp. 13 y ss; y, FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Segunda reimpresión a la primera edición. Madrid: Debate, 1991. pp. 77 y ss.

(11) "La historia ha ido dando la razón de la variación del léxico, y tal vez sea la filosofía la que, más allá de la historia, explique las preferencias de cada corriente de pensamiento y de cada autor por una expresión u otra -derechos individuales, derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos subjetivos, libertades individuales, libertades públicas, libertades personales, etcétera-. Épocas y fundamentos doctrinales hacen de respaldo a cada una de esas expresiones. Mientras se mantenga una mínima coincidencia en el objeto al cual mentan ellas, no nos parece fundamental cuestionar su empleo indistinto, por respeto al gusto de cada quien, y por sobre todo, mientras la recepción eficaz en la vigencia sociológica confiera funcionalidad a los derechos humanos, el problema del cómo se los llame se nos vuelve accesorio". (BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit.; p. 56).

(12) Es el caso de las posiciones iusnaturalistas, positivistas y realistas, por sólo citar unos ejemplos. Ver: supra nota 2.

(13) Ver: LAPORTA, Francisco. Op. cit.; pp. 23-31. Sobre esa nueva noción de **Derecho** ha dicho el citado profesor lo siguiente: "(c)on lo dicho hasta ahora en esbozo creo que es suficiente para presentar, mediante una disección analítica y a efectos meramente conceptuales una propuesta de noción de 'derecho', cuyos componentes aislados podrían ser los siguientes:

a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de (...)

b) (...) una posición, situación, aspecto, estados de cosas, etcétera (...)

c) (...) que se considera por el sistema normativo un **bien** tal que constituye una razón fuerte (...)

d) (...) para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etcétera.

Naturalmente esta propuesta de noción se refiere únicamente a lo que tomando a préstamo una distinción conocida (Raz, 1984) llamaré 'derechos-núcleo' que son aquellos derechos 'constituidos' por el sistema normativo, como diferenciables de los 'derechos-derivados' que son aquellos que se pueden considerar 'implicados' por los 'derechos-núcleo' y que, por tanto, son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de éstos. Todo sistema normativo que crea un derecho iniciará así con ello una cadena de derechos derivados". (Ibid. p: 31).

a nivel positivo, de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esta recepción jurídica⁽¹⁴⁾. Es por ello que se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente porque nos los reconocen. Por ejemplo, en el orden jurídico de la ex Unión Soviética no se reconocía el derecho a formar una asociación política distinta al partido comunista, pero precisamente esa circunstancia daba pie a reclamar el respeto al elemental derecho a formar o constituir grupos políticos.

Siguiendo al mismo Nino, "(l)a percepción de esta circunstancia ha llevado, desde hace siglos, a muchos teóricos a sostener la tesis de que los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un 'derecho natural', o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca. Bajo el amparo de esta idea es que el reconocimiento de los derechos humanos se fue materializando en el desarrollo espiritual de la humanidad, como lo ilustra, por ejemplo, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos⁽¹⁵⁾".

Esta posición que podría encajar dentro de una concepción iusnaturalista ha sido resistida por diversos sectores positivistas. Algunas de las razones que Nino se encarga de explicar son las siguientes: (i) en primer lugar, todos los positivistas consideran que la referencia a "derecho natural" podría dar lugar a que se introduzca subrepticamente la tesis de que no merece el calificativo de "derecho" aquella norma positiva que sea contraria

a los principios de "derecho natural" (es decir, se afectarían los criterios de validez de un orden jurídico positivo) y, (ii) en segundo lugar, a pesar de que algunos positivistas aceptan la posibilidad de que estos derechos estén fundamentados en principios universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento positivo, se niegan a denominarlos de "derecho natural", no sólo por razones etimológicas, sino también porque existe discrepancia en la forma de fundamentar tales principios (si en un enfoque aristotélico-tomista, si en la propia naturaleza humana, etcétera), por eso prefieren acudir a expresiones de uso corriente o de carácter filosófico, que sean más neutrales respecto de la cuestión de la fundamentación (como: "ética normativa", valores, axiomas, "moral crítica", etcétera), aunque -como resulta evidente- hacen referencia prácticamente a lo mismo que se alude con la expresión "derecho natural", es decir, a un conjunto de principios ideales que proveen una justificación final de acciones e instituciones⁽¹⁶⁾.

Siguiendo al mismo Nino, estos inconvenientes podrían salvarse si definimos a los derechos humanos como derechos morales⁽¹⁷⁾, es decir, como aquellos que se derivan de principios morales universalmente aceptables -o válidos en sí mismos- que, de ser aceptados, prevalecen sobre cualquier otro principio y que pueden valorar cualquier tipo de conducta (tales principios son, a criterio del citado autor: los de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona)⁽¹⁸⁾. Lógicamente, si estos derechos morales encuentran un reconocimiento o consagración positiva, adquirirán el rasgo de obligatoriedad propia del Derecho, es decir, serán también derechos jurídicos en sentido estricto.

(14) NINO, Carlos S. *Ética y Derechos Humanos -Un ensayo de fundamentación-*. Segunda edición. Barcelona: Astrea, 1989. p. 15.

(15) *Ibid.*

(16) Cfr. NINO, Carlos S. *Op. cit.*; pp. 17-18.

(17) Ver: *Ibid.*; pp. 14-48.

(18) "La neutralidad frente a la posición escéptica se satisface eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión 'derechos humanos' **existan** o sean **cognoscibles**. Es importante distinguir aquí una tesis semántica de una tesis **ontológica** y de una tesis **epistemológica**: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o que sean cognoscibles, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales. Creo que con esta aclaración fundamental los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos **son derechos establecidos por principios morales**, por más que agreguen a continuación que tales derechos son, en consecuencia -como los principios de los que derivan-, relativos, subjetivos o inexistentes.

Tal vez será prudente que diga algo más positivo acerca de qué entiendo por 'principios morales', ya que he obliterado toda referencia a su fundamentación como parte del concepto de derechos humanos. (...) a) los principios morales a que aludo son tales que si existieran [su existencia estaría dada por su validez o **aceptabilidad** y no por su reconocimiento efectivo o **aceptación** real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; b) si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como justificación **final** de esas conductas; es decir, no hay principios de **otra clase** que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; c) los principios morales pueden valorar **cualquier conducta** (en especial, tanto acciones que sólo conciernen al agente como las que interesan a terceros; tanto acciones de funcionarios como de particulares, etcétera). Si una conducta está o no sometida a valoración moral no puede determinarse **a priori**, sino que depende del contenido de los principios morales básicos." (NINO, Carlos S. *Ibid.*; pp. 19-20).

En otras palabras, expresadas esta vez por Pérez Luño, los derechos humanos pueden ser comprendidos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas (es decir, las exigencias de una serie de principios o valores universalmente aceptables o válidos en sí mismos), las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. De esta manera, “(l)os derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidas en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que **debiendo** ser objeto de positivación no lo han sido⁽¹⁹⁾”.

Esta es -en nuestra opinión- la noción más adecuada de los llamados derechos humanos; es decir, la de derechos morales esenciales o primordiales que pueden y deben llegar a alcanzar un estatuto positivo. Sin embargo, conviene precisar que tampoco resulta una noción del todo pacífica, pues, como lo señala Nino, existen algunos positivistas que se oponen a la tesis de que los derechos humanos estén establecidos por principios morales, éticos o de “derecho natural”; “según ellos no existen principios ideales que justifiquen en última instancia instituciones o acciones (llámeselos como se los llame), o alternativamente, de que tales principios no son universalmente válidos sino relativos a épocas y circunstancias, o de que ellos no son cognoscibles a través de procedimientos intersubjetivos⁽²⁰⁾”.

Para este sector del positivismo los derechos humanos no se reconocen sino que se constituyen por su incorporación en una norma positiva, motivo por el cual antes de su positivación no tienen ninguna trascendencia para el Derecho. Además, señalan que el ordenamiento jurídico debe mantener una neutralidad valorativa a fin de evitar relativismos y preservar su condición de ciencia jurídica (sobre estos puntos volveremos más adelante).

o rompemos con esa neutralidad
frente a los valores (...), o
simplemente aceptamos que sobre
esa base no es posible sustentar
una teoría de los derechos
humanos ya que esa pretendida
neutralidad frente a los valores
haría insolubles los eventuales
conflictos que se pudiesen
presentar entre los derechos
humanos al concurrir en un caso
concreto

Pues bien, como quiera que será esta corriente positivista la que será analizada en el presente trabajo, una sana perspectiva metodológica aconseja despojar al término “derechos humanos” -por lo menos momentáneamente- de cualquier fundamento basado en valores o principios morales. Precisamente eso es lo que haremos en los acápite siguientes, sin perjuicio de que nuestra posición sobre la noción de este tipo de derechos ya ha sido anotada.

No obstante, antes de ello debemos mencionar que el fenómeno de internacionalización o positivación de los derechos humanos a través de los diferentes tratados o instrumentos internacionales, se ha encargado de adscribir a este tipo de derechos verdadera fuerza normativa⁽²¹⁾, predicándose entre sus principales características las siguientes:

a) Su autoejecutividad o autoaplicabilidad. Significa que una vez que un tratado o instrumento internacional sobre derechos humanos haya entrado en vigencia dentro de determinado Estado, tales derechos resultan directamente aplicables en el derecho interno de ese Estado⁽²²⁾. Como consecuencia de ello, los derechos humanos aparecen, como derechos subjetivos

(19) PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Op. cit.; pp. 46-47.

(20) NINO, Carlos S. Op. cit.; pp. 18-19.

(21) “En materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directa e inmediatamente aplicable en el ordenamiento interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado” GORDILLO, Agustín A. *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. T.1992-B. Buenos Aires: La Ley, 1992. pp. 1292-1300.

(22) AYALA CORAO, Carlos M. *El Derecho de los derechos humanos: La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*. Número 3, Diciembre de 1994. Lima: Comisión Andina de Juristas. p. 56.

que aseguran el *status* jurídico de los individuos y su libertad en todos los ámbitos de su existencia, y por otro lado, como elementos objetivos básicos del ordenamiento jurídico estatal por lo que cuentan con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía (teoría del doble carácter)⁽²³⁾.

b) Su posición preferida. Significa que los derechos humanos ocupan una posición preferente sobre cualquier norma de poder (por ejemplo, sobre las que establecen las atribuciones de la administración o de la policía), de tal suerte que cada vez que un derecho humano se encuentre en conflicto (o una apariencia de conflicto) con una norma de poder, el conflicto debe ser resuelto dando primacía al derecho⁽²⁴⁾. Además, implica que el derecho humano debe ser interpretado de tal forma que se favorezca su virtualidad y contenido (*in favor libertatis*).

Conforme a estas características, cualquier acto, norma u omisión (sea que provenga de órganos estatales, de particulares o de cualquier sujeto de derecho en general) que vulnere o amenace algún derecho humano deberá ser invalidado o sancionado.

c) Su universalidad. Lo que quiere decir que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos o, mejor, a cada uno de los seres humanos. Se trata de una de las características más discutidas de este tipo de derechos, pues, como lo señala Laporta: “(l) a primera consideración que esto sugiere es que si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de unos derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. A no ser, claro está, que estemos

dispuestos a argumentar la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido. Por lo que a mi respecta tal empresa parece imposible⁽²⁵⁾”.

Sin embargo, tal problema parece verse solucionado cuando concebimos a los derechos humanos como derechos morales (en el sentido indicado por Nino), pues allí no habría ninguna dificultad para predicar la universalidad de los derechos humanos, es decir, para atribuir su titularidad a cada uno de los seres humanos. Naturalmente, el reclamo ético o moral que se pueda derivar de estos derechos morales se convertirá en una exigencia jurídica cuando éstos sean incorporados en una norma positiva⁽²⁶⁾.

d) Su irreversibilidad. Se trata de otra característica discutible desde el punto de vista positivo, sobre todo, teniendo en cuenta la derogabilidad de las normas positivas, pero que igual nos parece importante anotar. Según esta característica, ningún Estado puede desconocer la condición de derecho humano o quitarle fuerza normativa a uno que haya sido reconocido por él como tal, particularmente en un instrumento internacional. Para asegurar la aplicación de esta característica, se requiere que el derecho interno del Estado (en especial su normativa constitucional) contenga una norma que reconozca como derechos humanos o fundamentales, además de los explícitamente previstos en su ordenamiento estatal, otros que resulten inherentes a la persona o que se encuentren reconocidos en instrumentos internacionales⁽²⁷⁾.

3 El positivismo jurídico y el derecho entendido como sistema.

Fijado el concepto de derechos humanos que vamos a seguir en el presente ensayo, debemos recordar que detrás del término “positivismo jurídico” se agrupan una gran cantidad de pensadores con ideas muchas veces aparentemente heterogéneas entre sí. Entre los intentos

(23) Ver: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y constitución*. Primera reimpresión. Madrid: Civitas, 1992. pp. 53-58; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos -A propósito de la Constitución española de 1978-* Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. pp. 57-64; y, PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Op. cit.: p. 22.

(24) AYALA CORAO, Carlos. Ibid.: p. 67.

(25) LAPORTA, Francisco. Op. cit.: pp. 32-33.

(26) En ese sentido, el propio LAPORTA, refiriéndose al problema de la universalidad de los derechos humanos, se encarga de indicar que: “Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como ‘derechos morales’ y no como ‘derechos legales’” (Ibid.: p. 33). Sin embargo, señala también que, a pesar de esto, el rasgo de universalidad que se le atribuye a los derechos humanos o morales trae como consecuencia ciertos problemas que no son muy sencillos de resolver, como por ejemplo, el vemos obligados a “descontextualizar la idea de derecho moral, a desvincularla de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas por una moralidad crítica”, con el propósito de que los derechos morales sean adscritos a todos al margen de las circunstancias en la que vivan (Ibid.).

(27) Cfr. AYALA CORAO, Carlos. Ibid.: p. 66.

de sintetizar estas ideas destaca el realizado por Norberto Bobbio⁽²⁸⁾. Para este autor, el positivismo jurídico es básicamente tres cosas: (i) una aproximación epistemológica avalorativa al estudio del Derecho, es decir, completamente neutral frente a los valores; (ii) una teoría del Derecho que se obtiene en concordancia con el anterior postulado epistemológico (en otras palabras, con una neutralidad valorativa)⁽²⁹⁾; y (iii) una ideología sobre el Derecho, que le confiere a este último un valor positivo por el sólo hecho de existir (es decir, una teoría que hace coincidir lo justo con los criterios de validez; conforme a lo cual, “una norma es justa si es válida, si ha sido creada por las fuentes formales del Derecho”)⁽³⁰⁾.

Ya hemos visto en el acápite anterior cómo hay cierto grupo de positivistas que no es completamente ajeno a una referencia valorativa; sin embargo, también hemos visto que hay otro grupo que predica una neutralidad del Derecho frente a los valores o los criterios de moralidad. Así, señala Bobbio que: “(...) el positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres que las ciencias físico-

matemáticas, naturales y sociales. Ahora bien, el rasgo fundamental de la ciencia, según las diferentes corrientes del positivismo filosófico, consiste en su **neutralidad valorativa**, o sea, en la distinción entre juicios de hecho y juicios de valor y en la rigurosa exclusión de estos últimos del horizonte científico, quien debe formular únicamente juicios de hecho⁽³¹⁾”. Esta neutralidad valorativa del positivismo es explicada por Bobbio en los siguientes términos: “(...) para un positivista la ciencia debe excluir de su ámbito los juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente **objetivo** de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre **subjetivos** (o personales) y por ello incompatibles con la existencia de objetividad⁽³²⁾”.

En esa línea, Francisco Laporta, refiriéndose a la ausencia de relación entre los valores o criterios de moralidad y el ordenamiento jurídico positivo, ha señalado que: “(...) si consideramos que el derecho considerado como un todo no tiene una relación necesaria con la moral y si aceptamos a su vez que por el mero hecho de aparecer en un ordenamiento jurídico una norma no suministra una razón moral para actuar, entonces podremos afirmar conceptualmente algo que

(28) BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Turín: Giappachelli, 1979. Existe una traducción al castellano de R. de Asís y A. Greppi: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. Madrid, Debate, 1993. También: *El problema del positivismo jurídico*. 4ta edición. México: Distribuciones Fontamara, 1995.

(29) Dicha teoría comprende las siguientes seis tesis: (i) la definición del Derecho en función de la coacción. Según Bobbio, “(...) el positivismo jurídico se caracteriza por el hecho de que define constantemente el Derecho en función de la coacción, en el sentido de que considera que es un elemento esencial y típico del Derecho”. Esta tesis, que ha sido llamada también “tesis de las fuentes sociales”, postula la definición del Derecho por su vigencia efectiva. Será derecho todo orden coactivo vinculado al poder social, concretamente al Estado Moderno; (ii) la teoría de las fuentes del Derecho. Según el filósofo italiano, son fuentes del Derecho “los hechos o los actos a los que un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas” (BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 169). Para el positivismo sólo la ley, es decir, la norma general y abstracta, es fuente de calificación jurídica. Esta tesis niega que existan materias que sean *per se* jurídicas; (iii) la teoría imperativista de la norma jurídica. Según Bobbio, los autores positivistas concuerdan en considerar que la norma jurídica, desde un punto de vista estructural, es un mandato (Cfr. *Ibid.*; p. 187). El acuerdo desaparece, sin embargo, al momento de definir exactamente en qué consiste ese mandato. El problema surge al considerar la existencia de normas permisivas, que confieren facultades o competencias. Para algunos autores, estas normas son reductibles a imperativos. Para otros, no. Lo que parece claro, sin embargo, es que si desea mantenerse al deber como centro de la estructura normativa (y por tanto jurídica) habrá que ampliar en una medida importante su conceptualización; (iv) la tesis de la plenitud del Ordenamiento. Para Bobbio, la Teoría del Ordenamiento jurídico es la contribución original del positivismo a la teoría general del Derecho (Cfr. *Ibid.*; p. 201). Esta teoría se basa en tres conceptos fundamentales que se atribuyen al Ordenamiento: unidad, coherencia y plenitud. “Estas tres características son las que hacen que el Derecho en su conjunto sea un Ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen” (*Ibid.*; p. 202). De las tres, la más importante es la plenitud, por ser la característica más típica, el punto central del positivismo jurídico; (v) la tesis de la coherencia del Ordenamiento. Esta tesis postula la inexistencia de antinomias, o sea, de normas incompatibles entre sí (Cfr. *Ibid.*; p. 211). En realidad, se acepta que, de hecho, *prima facie*, se den contradicciones entre lo establecido por una y otra norma. Lo que ocurre es que todas esas contradicciones pueden ser superadas con facilidad invalidando una de las normas en juego, esto es, expulsándola del Ordenamiento; y, (vi) la tesis de la función interpretativa de la jurisprudencia. El Ordenamiento jurídico es aplicado por el juez a los casos concretos mediante una deducción (Cfr. BOBBIO, Norberto. *Ibid.*; pp. 215-225). La premisa mayor es la norma, la menor el caso, y la conclusión la sentencia. El juez no produce derecho, sino que reproduce en el caso el derecho creado por el legislador. Esto conduce a una concepción específica de la ciencia jurídica, el “formalismo científico”, que tiene dos notas fundamentales: es una ciencia constructiva y deductiva. Es decir, a partir de conceptos jurídicos fundamentales contruidos desde el Ordenamiento, y que por tanto no pueden ser cuestionados o revisados, el jurista debe obtener mediante deducciones las normas que sirven para resolver la totalidad de los casos posibles (Cfr. *Ibid.*; p. 223).

(30) Ver: BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico...*, pp. 141-143. También: *El problema del...*, pp. 39-49.

(31) BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico...*, p. 145.

(32) *Ibid.*

pocos se atreverán a dudar tras una indagación empírica, por superficial que ésta sea: que en todos los ordenamientos jurídicos conocidos, históricos y vigentes, podríamos encontrar normas jurídicas morales, normas jurídicas inmorales y normas jurídicas moralmente indiferentes. Incluso si adoptamos esa forma de relativismo moral que afirma que las únicas pautas morales válidas son aquellas compartidas por los miembros del grupo es casi seguro que en el ordenamiento jurídico de todo grupo encontramos normas jurídicas que incorporan, normas jurídicas que violan y normas jurídicas que están al margen de esas pautas morales grupales. Ello quiere decir (...) que el derecho no tiene una relación necesaria con la moral (...)⁽³³⁾".

Por otro lado, siguiendo al mismo Bobbio, una de las contribuciones del positivismo a la Teoría General del Derecho es la Teoría del Ordenamiento Jurídico⁽³⁴⁾. Según ésta, el Derecho es un ordenamiento o sistema donde sus elementos guardan entre sí relaciones de coordinación, complementariedad o subordinación, a fin de asegurar la unidad y coherencia que caracteriza a todo ordenamiento entendido como sistema. Como se encarga de precisar este profesor italiano, "Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir **normas incompatibles**. Aquí, 'sistema' equivale a validez del principio que excluye la **incompatibilidad** de las normas. Si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad que implica la exclusión de la incompatibilidad⁽³⁵⁾".

Pues bien, precisado lo anterior, resulta pertinente preguntarnos, hasta qué punto es posible construir una teoría de los derechos humanos sobre la base de un positivismo jurídico que postule una neutralidad frente a los valores (es decir, sobre la base de cierta postura que entienda al orden jurídico positivo como un todo, sin referencia alguna a determinados valores o a criterios de moralidad). Al mismo tiempo, tendríamos que preguntarnos hasta qué punto es esto posible sin afectar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico entendido como sistema. En las líneas siguientes intentaremos dar respuesta a estos problemas.

4 El problema del conflicto de los derechos humanos.

Es evidente que ninguno de los derechos humanos se encuentra aislado en el conjunto ordinamental, pues concurren conjuntamente ocasionando una influencia recíproca que contribuye a delimitar sus respectivos contenidos. Sin embargo, como es aceptado por un sector mayoritario de la doctrina y de la jurisprudencia comparada, es posible que al momento de concurrir a un caso concreto los derechos humanos presenten entre sí situaciones de conflicto, como el que se puede presentar entre el derecho a un medio ambiente sano y el desarrollo económico, o entre la libertad de expresión y el derecho a la buena reputación, etcétera. Esto ocasiona un problema para el ordenamiento jurídico entendido como sistema (es decir, como uno donde no pueden subsistir antinomias o incompatibilidades), pues la existencia de un conflicto entre dos o más derechos significaría que estamos ante derechos incompatibles (lo cual traería abajo la construcción teórica de los derechos humanos porque implicaría que alguno de ellos deba ser eliminado para salvar la coherencia del sistema), o que en realidad tal incompatibilidad no existe pues el conflicto puede ser solucionado en términos de jerarquía o ponderación. En este último caso se dice que el conflicto en realidad no existe, o que existe eventualmente o sólo en apariencia, ya que puede ser solucionado a través de las técnicas de interpretación o de solución de conflictos⁽³⁶⁾.

En ese sentido, podemos decir -metodológicamente hablando- que existen dos corrientes doctrinarias que abordan este tema. La primera niega la existencia de incompatibilidad o de conflicto entre este tipo de derechos, señalando que lo que se presenta como un problema de conflictos es en realidad un problema de delimitación conceptual del contenido de cada derecho. La segunda, en cambio, admite la posibilidad de eventuales conflictos, o mejor, señala que lo que se presenta como un problema de incompatibilidad es en realidad una simple apariencia, pues el "conflicto" se ve prontamente solucionado mediante técnicas de interpretación, de jerarquía o ponderación.

En cualquier caso, obsérvese que estas dos corrientes niegan la posibilidad de que -en abstracto- los derechos humanos presenten entre sí situaciones de

(33) LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda Edición. México: Distribuciones Fontamara, 1995. p. 99.

(34) Ver: supra, numerales (iv) y (v) de la nota 29.

(35) BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Quinta reimpresión. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1998. p. 195.

(36) Cfr. *Ibid.*; pp. 203-213.

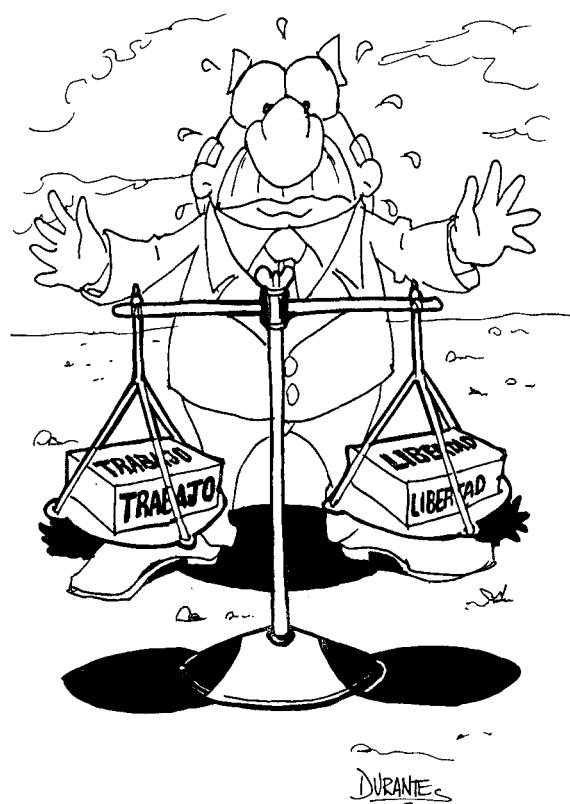
incompatibilidad o de conflicto, pues eso significaría ir en contra del ordenamiento jurídico entendido como sistema (es decir, como un conjunto ordenado y coherente de normas donde las incompatibilidades o antinomias no pueden subsistir).

A continuación abordaremos cada una de estas corrientes y sus respectivas propuestas para analizar si éstas permiten sustentar una teoría de los derechos humanos dentro de una concepción normativa o moderna del Derecho entendido como sistema; y si esa sustentación es posible sobre la base de un positivismo que postule una neutralidad frente a los valores.

4.1 Análisis de las posturas que niegan la posibilidad de eventuales conflictos. Los límites internos o el contenido propio de los derechos humanos.

Esta teoría ha sido sostenida en España por De Otto y Pardo al señalar que ciertas situaciones que han sido presentadas por la doctrina como límites de los derechos fundamentales (por derivarse de la concurrencia de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos) en realidad no son problemas de limitación de un derecho fundamental, sino de delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma tal que lo que se llama protección de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido no exige en realidad una limitación externa de los derechos, por la sencilla razón de que las conductas o situaciones que se trata de impedir, por ser violatorias de otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, no pertenecen al contenido del derecho fundamental en cuestión. Por tal razón, vistas así las cosas, el derecho fundamental no requerirá de ninguna limitación externa para excluirlas⁽³⁷⁾. Por ejemplo, para justificar la imposición de una pena por coacciones ocurridas en el curso de una reunión, no hace falta en absoluto argumentar con los límites del correspondiente derecho, por la muy obvia razón de que el derecho a reunirse no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás; por ello, penalizar la coacción ejercida no significa limitar el derecho de reunión pues aquella no forma parte del contenido de este derecho. Igualmente, para justificar por qué no se

puede establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad, no se requiere argumentar con la limitación de la libertad de creación científica y técnica, pues a nadie se le ocurrirá considerar que las normas prohibitivas de la instalación de ese laboratorio son normas limitativas de dicha libertad, ya que tal situación no está protegida por aquella libertad individual⁽³⁸⁾. Desde esta perspectiva, la delimitación de los contornos del derecho fundamental o la fijación de su contenido es la operación que obligatoriamente debe realizar cualquier intérprete, legislador o juzgador en forma previa a cualquier otra operación. Este planteamiento ha llevado a De Otto y Pardo a sostener que: "(s)i se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como 'limitación para proteger otros bienes constitucionales' muestran ser en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa



(37) Ver: DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido*. En: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Primera reimpresión. Madrid: Civitas, 1992. p. 137.

(38) *Ibid.*; pp. 138 y 139.

ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ‘ceder’ ante otros bienes constitucionalmente protegidos -por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos- porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, en el ejemplo utilizado, no reconociendo nada similar a la objeción de conciencia del contribuyente. Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución⁽³⁹⁾. En otras palabras, dentro de una tesis como la sostenida por De Otto y Pardo, aplicada al caso de los derechos humanos, no parece posible hablar de eventuales conflictos entre estos derechos, pues, en tales casos, de lo que se trataría en realidad es de delimitar adecuadamente los contornos de cada derecho para excluir la posibilidad de la contraposición o el conflicto. Sin embargo, este planteamiento parece dirigirnos al recurso a la autoridad (de un órgano jurisdiccional, por ejemplo) para delimitar el contenido de cada derecho; o en todo caso, a los valores que privilegie un determinado grupo en el seno de una sociedad. En efecto, siguiendo a De Otto y Pardo, el primer paso para realizar la delimitación es realizar lo que él denomina “(...) la identificación del ámbito de la realidad aludida” por el derecho humano o fundamental (por ejemplo, fijando qué habrá de entenderse por asociación o por reunión pacífica y sin armas), “(...) y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger” (verbigracia, excluyendo de la reunión el simple hecho de estar juntos o de la información la propaganda comercial)⁽⁴⁰⁾.

No obstante, la propuesta parece dejar abierta la posibilidad de que, al final, sea un agente o intérprete jurídico (un órgano jurisdiccional, por ejemplo) quien

decida cuál es el contenido y el alcance de un derecho. Y como quiera que esa elección no puede responder a la simple autoridad o subjetividad del agente, pues eso nos conduciría a la arbitrariedad y por ende a la negación del positivismo jurídico (que proscribe la subjetividad) y a la vulneración del Derecho como sistema, debemos concluir que para efectuar esa elección el intérprete constitucional debe acudir a determinados fines o valores (en otras palabras, a un juicio valorativo). Por ejemplo, si privilegia la libertad y la autonomía individual de las personas podrá concluir que el derecho a la vida no sólo implica el derecho a la propia existencia, sino también el derecho a ponerle fin o a decidir respecto de ella (por consiguiente, no podrían sancionarse conductas como la eutanasia cuando ésta es solicitada por la persona a quien se le brindará la muerte asistida); en cambio, si privilegia la conservación de la vida misma como fin y no como medio, deberá concluir que el contenido de este derecho no comprende el derecho a disponer de su propia existencia (por lo tanto, la eutanasia o muerte asistida estará prohibida y deberá ser sancionada).

De ser así, la delimitación del contenido de cada derecho parecería conducirnos al relativismo, que ha sido siempre uno de los principales obstáculos para una teoría de los derechos humanos, pues la determinación del contenido de cada derecho dependería de los fines o valores que cada grupo social privilegie, e incluso del momento histórico y de las circunstancias que ese grupo privilegie. Esto podría producir que un mismo derecho llegase a tener contenidos o alcances diferentes en diversas etapas históricas o en distintas sociedades políticamente organizadas, con lo cual el carácter irreversible o universal que se predica respecto de los derechos humanos podría verse cuestionada⁽⁴¹⁾.

Al respecto, Gustav Radbruch refiere que: “(I)a historia del derecho y el derecho comparado revelan una ilimitada variedad de realidades jurídicas, en las que no se puede percibir ninguna tendencia a un único ideal. De otra parte, el criticismo kantiano nos probó que sin duda alguna las formas de la cultura y el derecho son universal y absolutamente válidas, pero sus contenidos dependen de las realidades empíricas y, en consecuencia, son completamente relativos⁽⁴²⁾”. Conforme a ello, señala:

(39) Ibid.: pp. 143-144.

(40) Ibid.: p. 142. El segundo paso en la delimitación de los contornos del derecho fundamental o en la determinación de su contenido, consiste en lo que el autor denomina la identificación del “(...) **tratamiento jurídico** contenido en el precepto que reconoce el derecho”, es decir, “(...) la fijación del contenido y alcance de la protección constitucional que con él se quiere dispensar” (Ibid.).

(41) Cfr. AYALA CORAO, Carlos M. *El Derecho de los Derechos Humanos-La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*. No. 3. Lima: Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1994. pp. 66-67. También: BIDART CAMPOS, Germán J. Op. cit.: pp. 29-37.

“(e) relativismo jusfilosófico parte, pues, de la tesis de que cada concepto de un contenido de derecho justo sería sólo válido con base en el presupuesto de una determinada situación de la sociedad y un sistema concreto de valores. Las circunstancias sociales cambian constantemente, mientras es limitado el número de sistemas de valores. Por ello es dable erigir un completo sistema de valores posibles en una determinada situación social. Pero es imposible decidir, sobre una de estas posibilidades de manera científica, comprobable e irrefutable, ya que la elección entre ellas es posible solo por medio de una decisión que emerja de lo profundo de la conciencia individual”.

En conclusión, o aceptamos que al tratar de delimitar el contenido de cada derecho, para asegurar la imposibilidad de conflictos entre los derechos humanos, es lícito acudir a un juicio valorativo a cargo de una autoridad, sobre la base de los valores que privilegie la sociedad a la cual ésta pertenece (con lo cual siempre existe el riesgo de caer en un relativismo); o aceptamos que sí es posible que se presenten eventuales conflictos entre derechos humanos al concurrir a un caso concreto. Si optamos por lo primero estaríamos aceptando la inviabilidad de un proyecto positivista que conciba al Derecho como un ordenamiento neutral frente a una escala de valores. Si optamos por lo segundo, estaría pendiente todavía la solución adecuada a esos conflictos con la finalidad de asegurar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico entendido como sistema. Las líneas que siguen analizarán las técnicas de solución que se han propuesto con ese propósito.

4.2 Análisis de las posturas que aceptan la posibilidad de eventuales conflictos y que proponen técnicas de solución de los mismos.

Quienes aceptan, como Alonso García que, es posible que los derechos humanos -y también los fundamentales- presenten entre sí situaciones de aparente incompatibilidad o de conflicto, al concurrir en un caso concreto, señalan que: “(l)a coherencia entre todos ellos no puede alcanzarse si no es por medio de equilibrios puntuales o, en caso de imposibilidad de equilibrarlos, por medio de jerarquizaciones relativas

(sin negación de algún valor en todo caso) entre ellos en atención a los intereses en juego, al respectivo ‘peso específico’ en la relación jurídica que da lugar al enjuiciamiento constitucional⁽⁴³⁾”.

En tal sentido, la doctrina y jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de técnicas y principios que, además, coadyuvan a determinar el contenido de los derechos humanos o fundamentales y los límites a su ejercicio. Atendiendo al objetivo del presente trabajo, ellas podrían ser reunidas en dos, tal como lo abordamos a continuación.

4.2.1 La *preferred position* o la teoría de las *preferred freedoms*.

La teoría de la *preferred position*, también llamada teoría de las *preferred freedoms*, ha sido esbozada y desarrollada por la jurisprudencia estadounidense, teniendo su origen en la posición superior en que se ubicó a los derechos contenidos en la Primera Enmienda respecto a los otros derechos o bienes jurídicos con los que podrían concurrir, en un caso concreto, en una relación de conflicto o de competencia. Tales derechos se refieren a las libertades de palabra, prensa, culto, petición y reunión pacífica, los cuales constituyen los pilares fundamentales de los ideales norteamericanos relativos a la libertad individual y al autogobierno representativo⁽⁴⁴⁾.

Esta teoría parte por considerar que entre la gama de derechos o bienes constitucionalmente protegidos existen algunos que son el presupuesto básico para el mantenimiento de los valores democráticos y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, concluyendo que, por ende, gozan de una posición preferente sobre los demás, de tal suerte, que el eventual conflicto que pueda surgir entre éstos y aquellos, al concurrir en un caso concreto, debe ser resuelto con el predominio de los primeros sobre los últimos. Además, exige que, en caso de ser limitados, la norma limitativa responda a un “gran interés público” y esté provista de una “mayor justificación”, por lo que no bastará alegar cualquier tipo de interés público como sustento de la limitación o regulación, sino que dicho interés deberá tener un *plus* suficiente para sobrepasar al protegido constitucionalmente⁽⁴⁵⁾.

(42) RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis, 1992. p. 2.

(43) ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 418.

(44) Señala la Primera Enmienda que: “(e)l Congreso no hará ley alguna con respecto al establecimiento de cultos, o para prohibir el libre ejercicio de los mismos; o para limitar la libertad de palabra, o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o de peticionar al gobierno para desagraviar ofensas” (Tomado de: WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*. Traducción de Ana Isabel Stellino. México: Gernika, 1995. p. 28).

(45) Cfr. *Ibid.*: pp. 31-32; y ALONSO GARCÍA, Enrique. *Op. cit.*: pp. 280-286.

Entonces, generalizando, la teoría de la *preferred position* o teoría de las *preferred freedoms*, permite jerarquizar los derechos humanos o fundamentales, ubicando a algunos de ellos en una posición preferente frente a los demás, al considerar que existen ciertos derechos que tienen una importancia mayor por ser el presupuesto básico para el mantenimiento de determinados valores y/o para el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales. Tal jerarquización permitiría resolver las situaciones de conflicto que eventualmente se presenten entre estos derechos que gozan de una posición preferente y los que no gozan de ella, al concurrir en un caso concreto, con el predominio de los primeros sobre los últimos.

Como se podrá apreciar, en este planteamiento los derechos humanos o fundamentales se presentan como una cobertura jurídica para alcanzar o proteger uno o varios valores. Se les considera, entonces, como medios para alcanzar o proteger algún valor que, por definición, es un fin en sí mismo⁽⁴⁶⁾. Si no fuera así, es decir, si los derechos humanos o fundamentales fueran considerados como fines y no como medios, los aparentes conflictos que pudiesen surgir entre ellos serían insolubles pues cualquier “solución” mediatizaría alguno de esos derechos, con lo cual no se protegería o alcanzaría alguno de los fines. Sólo si los derechos se presentan como medios para alcanzar algún determinado fin o valor, los conflictos entre derechos podrán resolverse mediante una jerarquización de los mismos que conduzca a alcanzar los fines o valores que un grupo social pretende realizar. Tales fines podrán ser la democracia, la libertad, la dignidad e inviolabilidad de la persona, etcétera, pero aun en este supuesto el problema del relativismo parecería encontrarse presente ya que cada grupo social o cada sociedad políticamente organizada podría privilegiar sus propios fines, e incluso un mismo grupo social podría modificar o sustituir sus fines en función del tiempo o de las circunstancias históricas por las que atraviese.

Es más, para determinar la jerarquía de los derechos es necesario establecer la importancia relativa de cada valor⁽⁴⁷⁾, pues de lo contrario el problema desembocaría en una colisión de valores, con distintas posibilidades de solución según el tipo de sociedad

donde los conflictos se presenten, con lo cual el problema del relativismo vuelve a estar presente. En efecto, como lo pone en evidencia Juan Cianciardo, “(p)ara la filosofía de valores los valores no **son, valen**. Y la valía les es asignada por el sujeto. Esta libertad subjetiva en el establecimiento de valores ‘conduce a una lucha eterna de valores e ideologías, a una guerra de todos contra todos’, a un combate entre los distintos valores de diferentes sujetos, todos con una idéntica valía subjetiva. Este grave problema, por lo demás, no alcanza nunca una solución aceptable, puesto que no existen referencias objetivas que permitan decidir la precedencia de alguno de los valores enfrentados. El criterio, en última instancia, no podrá ser racional: jamás se llegará a convencer de los propios argumentos a quien sostenga un valor distinto, porque ello no resulta posible. En rigor, para la filosofía de los valores no existe la argumentación ética. La persuasión es reemplazada por la imposición⁽⁴⁸⁾”.

Sin perjuicio de ello, cualquiera que sea el criterio jerárquico para organizar los derechos o los valores y solucionar así los eventuales conflictos que puedan surgir entre sí, la jerarquización no nos daría una respuesta satisfactoria para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir entre derechos (o valores) de igual jerarquía (es decir, entre aquellos a los que se les haya otorgado la misma posición o el mismo nivel jerárquico). Incluso, este problema podría conducirnos a una amenaza utilitarista si, como lo propone Carlos S. Nino, optamos para estos casos “(...) una solución utilitarista que, sobre la base del valor intrínseco de la autonomía personal, dé preferencia a los intereses más importantes de más gente (...)”⁽⁴⁹⁾. Como se puede ver, tal planteamiento utilitarista significaría la pérdida del sentido contemporáneo y liberal de los derechos humanos, ya que éste consiste en asegurar a cada persona un conjunto de bienes básicos del que nadie, por ninguna razón, ni siquiera el interés de un gran número de personas podrá privarla⁽⁵⁰⁾.

En conclusión, la solución de eventuales conflictos entre derechos humanos (para asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico como sistema), sobre la base de una jerarquización de derechos o de

(46) Ver: CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2000. p. 108.

(47) Ver: CIANCIARDO, Juan. Op. cit.; p. 109.

(48) CIANCIARDO, Juan. Op. cit.; p. 111.

(49) NINO, Carlos S. Op. cit.; p. 313.

(50) CIANCIARDO, Juan. Op. cit.; p. 115. Recordemos que “(...) el Utilitarismo es un principio ‘maximizador’ y colectivo, que exige a los gobiernos maximizar la suma total neta o balance de la felicidad de todos sus súbditos”, motivo por el cual es posible, según el citado principio, que un derecho humano o individual pueda ceder, sin más, frente al interés del grupo (Ver: HART, H.L.A. *Utilitarismo y derechos naturales*. En: *Anuario de Derechos Humanos*, 1981. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, enero de 1982. pp. 150 y ss).

establecer una “posición preferente” entre los mismos, supone acudir a un juicio valorativo donde el recurso de valores sigue estando presente; es decir, supone la inviabilidad de un proyecto positivista donde el Derecho mantenga una neutralidad valorativa. Sin perjuicio de ello, la jerarquización parecería conducirnos al utilitarismo y mantener la amenaza del relativismo.

4.2.2 El equilibrio o la ponderación entre bienes.

El equilibrio o la ponderación entre bienes (*Güterabwägung*) parte de la consideración de que los derechos humanos o fundamentales guardan entre sí relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico; es decir, considera que ni ellos ni el orden axiológico en el que se fundan se encuentran organizados jerárquicamente⁽⁵¹⁾. Conforme a ello, los conflictos que puedan surgir entre ellos no pueden resolverse con la afirmación genérica de la preferencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos⁽⁵²⁾.

Además, se afirma que si los derechos humanos se integran recíprocamente formando un sistema unitario, y si guardan relaciones de coordinación y complementariedad entre sí, la determinación de los límites al ejercicio de cada derecho humano, así como la de sus respectivos contenidos, debe realizarse atendiendo al conjunto de derechos humanos de tal forma que exista un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio de alguno sobre los demás⁽⁵³⁾.

Para lograr este objetivo se acude a la ponderación, que no sería otra cosa que sopesar los derechos en juego sobre la base de que todos los derechos son iguales y equivalentes entre sí. Vistas así las cosas la ponderación no parece una actividad racionalmente controlable, pues nada dice sobre los criterios que permiten alcanzar el equilibrio buscado, a no ser que se acuda nuevamente a un juicio valorativo a cargo de una autoridad (como un órgano jurisdiccional, por ejemplo) sobre la base de los valores que privilegie la sociedad a la cual pertenece. Pero, aun en este caso, el relativismo se encontraría nuevamente presente pues la determinación del equilibrio, y con ello la solución del conflicto, dependería de los fines o valores que cada grupo social privilegie, e incluso del momento histórico y de las

circunstancias que atravesase esa sociedad, con lo cual una misma situación de conflicto podría dar origen a soluciones diferentes dependiendo del momento histórico y de la sociedad donde el conflicto se presente.

En síntesis, aun en este modelo, la solución de eventuales conflictos entre derechos humanos, para asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico como sistema, supone acudir a un juicio valorativo donde el recurso a los valores se mantiene; en otras palabras, se evidencia la inviabilidad de un proyecto positivista donde el Derecho mantenga una neutralidad valorativa. Sin perjuicio de ello, la amenaza del relativismo continúa latente.

5 Conclusiones.

Es imposible sustentar o construir una teoría de los derechos humanos sobre la base de un ordenamiento jurídico entendido como sistema que esté inspirado en un positivismo que propugne una neutralidad del ordenamiento jurídico frente a los valores.

En efecto, analizando los conflictos que eventualmente pueden surgir entre los derechos humanos al concurrir en un caso concreto, la única forma de solucionarlos y de mantener la coherencia del ordenamiento jurídico consiste en romper esa neutralidad frente a los valores, pues los conflictos requieren para su solución el acudir a un juicio valorativo a cargo de una autoridad (un órgano jurisdiccional por ejemplo), sobre la base de los valores que privilegie la sociedad a la cual pertenece.

Esto significa que el ordenamiento jurídico no puede ser concebido desde un punto de vista exclusivamente formal, es decir, como un conjunto meramente normativo, pues debe adscribirsele también un conjunto de valores y de realidades correspondientes a la sociedad a la cual pertenece.

Sin perjuicio de ello, en uno y otro caso, tal panorama parece dejar latente el problema del relativismo, ya que los eventuales conflictos que pueden presentarse entre los derechos humanos podrían tener soluciones distintas dependiendo del momento histórico y de la sociedad o grupo humano donde tales conflictos se presenten.☞

(51) “El orden o el sistema de valores constitucional no se encuentra jerarquizado axiológicamente. La relación lógica o sistemática entre los bienes jurídicos protegidos en los derechos constitucionales fundamentales no puede reducirse, por consiguiente, a esquemas de supraordenación o jerarquía”. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*. En: *Revista de Estudios Políticos -Nueva Época-*, No. 71. Enero-Marzo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 98.

(52) *Ibid.*

(53) Ver: HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 86 y ss.