

El positivismo y los derechos humanos

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. El positivismo y los derechos humanos . [not set], May 2008, Mar del Plata, Argentina. 2008. <hal-01667066>

HAL Id: hal-01667066

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01667066>

Submitted on 19 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Positivismo y derechos humanos

por Véronique Champeil-Desplats

1. Los vínculos entre el positivismo y los derechos humanos han sido, por mucho tiempo, conflictivos. En efecto, por un lado, si “la expresión ‘derechos humanos’ designa derechos que el ser humano tendría y ejercería independientemente del Estado, (...) entonces, desde el estricto punto de vista positivista, el problema es (...) rápidamente resuelto: no hay derechos humanos”¹. Por otro lado, es difícil poner en duda que el pensamiento de los derechos humanos se construyó a partir del jusnaturalismo. La formación histórica del concepto de derechos humanos no puede separarse de una referencia a un orden natural, aun para quien no cree en este orden natural.

2. En este contexto, para pensar el encuentro entre el positivismo y los derechos humanos, se necesita distinguir, como lo proponía N. Bobbio, tres significados de la noción de positivismo²: a) el positivismo « ideológico »; b) el positivismo « teórico »; c) el positivismo « epistemológico ».

En cada nivel, el modo de oposición entre el “positivismo” y el jusnaturalismo varía, y la adhesión a una forma de positivismo o de jusnaturalismo no implica necesariamente la adhesión a otra.

Así, a) el positivismo, en primer lugar, se refiere a una ideología del derecho según la cual tenemos que obedecer al derecho positivo. Se opone en este caso al jusnaturalismo en calidad de ideología del derecho rival, según la cual tenemos que obedecer sólo al derecho justo. En consecuencia, mientras que el jusnaturalismo preconiza respetar los derechos humanos en calidad de valores justos independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo, la ideología positivista defiende el respeto de los derechos humanos sólo si ellos están consagrados por el derecho positivo de un sistema dado. La ideología positivista es entonces a la vez sencilla y ambivalente respecto de los derechos humanos: los consolida cuando están ya incluidos en los órdenes jurídicos; los niega cuando no están “positivados”. Esta posición no presenta más intereses para la reflexión teórica, por lo que no me referiré a ella.

b) El positivismo puede, en segundo lugar, referirse a una teoría del derecho y del estado moderno según la cual el legislador tiene el monopolio de la producción normativa. Esta teoría se halla vinculada a una teoría de las fuentes del derecho que afirma que el derecho es un conjunto de normas producidas por la voluntad humana y cuya validez, entonces, no depende de su conformidad con un orden natural o que se presuponga justo.

¹ M. Troper, « Le positivisme et les droits de l’Homme », in *Bentham contre les droits de l’Homme*, B. Binoche et J.-P. Cléro (dir.), Paris, PUF, 2007, p. 233.

² N. Bobbio, *Jusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, rééd. 1972 ; *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993 ; *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996. Voir P. Brunet, « Bobbio et le positivisme juridique », *Analisi e diritto*, 2006, pp. 160-161 ; M. Troper, « Le positivisme et les droits de l’Homme », *op. cit.*, p. 234.

c) En un nivel epistemológico, el positivismo puede, por fin, entenderse como una teoría del conocimiento jurídico o una metodología según la cual la ciencia del derecho tiene que ser una actividad axiológicamente neutra. Presupone la distinción entre la descripción de las normas y los juicios de valor. Distingue el positivismo los hechos y los valores, sosteniendo – por la mayor parte de los autores - que no es posible conocer objetivamente los valores. Sin embargo, si muchos positivistas, al sentido epistemológico, defienden un no cognitivismo ético, la postura de un C. Nino en *Ética y derechos humanos* (pero también antes más de J. Bentham) muestra que es posible tener una metodología positivista y pretender, en el mismo tiempo al nivel ético, investigar en la racionalización de los fundamentos éticos del derecho. Por consecuencias, entre la metodología positivista y el no cognitivismo, no parece haber un vínculo lógico sino de coincidencia (bastante grande) vinculado a la sensibilidad y a la formación intelectual de algunos científicos.

3. Si se puede pensar que una de las debilidades del positivismo epistemológico reside en este rechazo del conocimiento de los valores - que se presenta para los jusnaturalistas o los cognitivistas como una imputación de una esfera del conocimiento -, se puede al revés considerar que su fuerza heurística reside en su capacidad para integrar la complejidad de los procesos de formación del derecho y de los derechos humanos. Ahora bien, tal integración se revela mucho más difícil para quienes presuponen que la verdad del derecho reside sólo en la naturaleza.

En efecto, el positivismo epistemológico se apoya en el pluralismo de los valores y en la historicidad de los fundamentos de los derechos humanos para analizar, no una supuesta esencia de los derechos, sino la complejidad y la diversidad de sus expresiones socio-históricas. En este marco, el jusnaturalismo no constituye sólo una postura científica opuesta al positivismo. Aparece también como una etapa necesaria, en un contexto social determinado, para la formación del derecho y de los derechos humanos. En este sentido el positivismo no puede ignorar el jusnaturalismo al analizar la emergencia del concepto de derecho humano. Las varias formas de referencia a la naturaleza se imponen como un objeto obligado de análisis para el positivismo epistemológico que se preocupe por mostrar las condiciones socio-históricas del surgimiento de los derechos humanos.

Se revela entonces que, desde la Escuela de Salamanca hasta el neo-kantismo, sea por referencias a un orden natural, a la ley natural o a la naturaleza humana, varias formas del jusnaturalismo se impusieron como fundamentos de los derechos humanos. La mejor consagración se encuentra en el famoso artículo 2 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, según el cual “el fin de cualquier asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de los humanos”.

4. Una explicación socio-histórica posible de la centralidad del jusnaturalismo hasta el siglo XVIII reside en la dominación de una estructura de pensamiento fundada en la trascendencia y la metafísica. El fundamento de las cosas y de los actos era en esa época necesariamente exterior y superior a las cosas y a los actos. Como forma de secularización del cristianismo³, los discursos jusnaturalistas contienen una justificación conveniente y legítima para fundar derechos de los individuos frente a los gobiernos. La fuerza de la referencia al derecho natural consiste, entonces, en ofrecer una oposición al poder temporal, histórico y contingente, refiriéndose a verdades

³ N. Bobbio, *Teoria generale della politica, op. cit.*, p. 433.

eternas y objetivas pero liberándose de cualquier referencia divina. Mucho más: progresivamente la ley natural se emancipa de la ley divina, hasta oponerse a ella.

5. Un tal reconocimiento de la necesidad de pasar por el jusnaturalismo para dar cuenta de la historia de los DH suscita dos observaciones que permiten aclarar las relaciones entre los diferentes niveles de positivismo y de jusnaturalismo.

En primer lugar, la necesidad histórica mencionada no debilita la teoría positivista de las fuentes del derecho, porque no se sitúa en el mismo nivel de análisis. La afirmación de la necesidad del jusnaturalismo vale para un momento histórico dado. No prohíbe afirmar de manera concomitante la necesidad del positivismo como teoría del Estado y de las fuentes del derecho en la formación de los estados modernos. En otras palabras, el positivismo epistemológico analiza el jusnaturalismo y el positivismo, entendidos como teorías de las fuentes del derecho, como dos teorías competidoras, cualquiera sea la preferencia por la primera o la segunda del que realiza la análisis en el nivel epistemológico.

En consecuencia, en segundo lugar, describir la necesidad del jusnaturalismo en la formación de los DH no implica adherir a él. Se trata de una necesidad relativa a la descripción de un contexto socio-ideológico dado, pero no de una necesidad absoluta o lógica que cualquiera tenga que compartir; al contrario, por lo demás, de lo que puede pretender los jusnaturalistas. El jusnaturalismo aparece entonces como una justificación entre muchas otras, cuya necesidad oscila en función de los contextos socio-históricos.

6. Afirmando eso, es claro que tanto el positivismo teórico como el positivismo epistemológico se imponen como discursos críticos de la presupuesta naturalidad de los DH.

Como se sabe, el positivismo teórico lo hace en calidad de una teoría de las fuentes del derecho que identifica el derecho como el derecho positivo. Por lo tanto, los DH sólo son “derechos” si integran los órdenes jurídicos de conformidad con los procesos de producción de las normas definidos por el orden o aceptados por ese orden. En el caso contrario, no son “derecho”, sino sólo presunciones morales sin efectos obligatorios desde el punto de vista jurídico. La naturaleza nada puede hacer.

Del mismo modo, el positivismo epistemológico cumple una función crítica demostrando el carácter a la vez socio-histórico, relativo y contradictorio de las referencias a la naturaleza. El hecho de que se pueden identificar varias formas de jusnaturalismo atribuyendo a la naturaleza diferentes objetivos y proponiendo dentro de ella diferentes órdenes jerárquicos revela el fracaso de los jusnaturalistas en establecer la verdad misma del derecho natural como fundamento absoluto e irrefutable de los derechos humanos. Como se preguntaba N. Bobbio, ¿qué es más conforme a la naturaleza? ¿Que la sucesión de los bienes beneficie a la comunidad a la que el individuo pertenece por naturaleza? ¿Al hijo, para satisfacer el instinto natural del padre? ¿O a una persona elegida libremente por un humano naturalmente libre?⁴

⁴ N. Bobbio, « Sull fondamento dei diritti dell'uomo », in *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, p. 7.

Así, no hay un jusnaturalismo, sino varias formas de jusnaturalismo y las referencias a la naturaleza aparecen sólo como uno de los fundamentos posibles del derecho en general y los derechos humanos en particular.

7. Al admitir una tal historicidad del jusnaturalismo, se abre conceptualmente la posibilidad de fundamentos no naturalistas de los derechos, tales como la tradición o la costumbre histórica (para Burke o la Escuela histórica alemana, por ejemplo), el principio de utilidad o la justicia social. Sin embargo, muchas de las teorías modernas relativas al fundamento del derecho, aun expurgadas de referencias a la naturaleza, quedan en el marco de un cognitivismo ético. Siguen presuponiendo que los valores fundadores pueden ser conocidos en términos de verdad, y dibujan un orden social o moral objetivo.

8. No obstante, queda abierto, hasta cierto punto al menos, el camino de afirmar la necesidad de los derechos humanos desde presupuestos no cognitivistas, es decir sin creer a la objetividad de los valores ni en la posibilidad de conocerlos. Es posible recorrerlo, no tratando de justificar o fundar racionalmente los valores, sino defendiendo que los valores que expresan los derechos humanos (o que los presuponen) son sencillamente emociones que hacen que valga más la pena vivir que otras, para uno mismo y, por compasión, para los demás. Sin apoyarse sobre una justificación objetiva o esencialista, se puede sostener que la muerte, la tortura, el rendimiento a los caprichos de algunos vale menos la pena que la vida, el respeto de la integridad física o de la autonomía del individuo. El argumento no es verdadero ni falso y se puede también defender lo contrario. No existe prueba racional, sino sólo una convicción emocional que expresa preferencias éticas o compromisos políticos. La validez última del argumento no remite a criterios de verdad; se defiende en términos de relación de fuerza respecto de proyectos políticos o éticos contrapuestos.

N. Bobbio propone ir más adelante al sostener que el pluralismo y el relativismo de los valores permiten defender el ámbito más amplio de aplicación de los derechos. En efecto, para el autor, si se concibieran las proposiciones religiosas, éticas o políticas como teoremas demostrables, la libertad religiosa no implicaría el derecho de creer en cualquier dios, o de no creer, sino sólo el derecho de no estar sometido a la obligación forzada de creer en una verdad única. Del mismo modo, la libertad de pensar no consistiría en pensar lo que se quiere, sino en el derecho de no ser sometido a la obligación forzada de adherir a un pensamiento político único u oficial⁵.

9. Poniendo así a la vista la pluralidad de las justificaciones de los derechos humanos, el positivismo epistemológico se abre sobre una posible reconstrucción científica de las condiciones socio-históricas del surgimiento de los derechos humanos. Los derechos humanos se imponen como un producto de la historia. En efecto, si rechazamos los fundamentos jusnaturalistas o cognitivistas de los derechos humanos, tenemos que explicar las razones o las condiciones de la consagración de las emociones bajo la forma de derechos en un orden jurídico particular. Ahora bien, tales explicaciones dependen de análisis histórico-sociales. Como lo resume N. Bobbio, “los derechos humanos, por fundamentales que sean, son derechos históricos, nacidos en circunstancias determinadas, producto de las luchas de defensa de nuevas libertades frente a los

⁵ N. Bobbio, « Sull fondamento dei diritti dell'uomo », *op. cit.*, p. 13.

viejos poderes, progresivamente, no todos juntos, tampoco de una vez para siempre”⁶. Añade que “hoy sabemos que los derechos humanos no son el producto de la naturaleza sino de la civilización humana”⁷. Oponiéndose a los jusnaturalistas, N. Bobbio invita entonces a concebir los derechos humanos como “exigencias éticas históricamente determinadas”⁸. Cada contexto socio-histórico produce sus generaciones de derechos. Por ejemplo, la libertad de creencia nació de las guerras de religión; los derechos políticos y sociales provienen de las reivindicaciones burguesas y más tarde de las luchas obreras; el derecho del medio ambiente es vinculado a la necesidad de responder a ciertos efectos de la producción industrial⁹. Al término de este balance, N. Bobbio concluye que, tratándose de derechos humanos, el desafío no es “encontrar un fundamento absoluto” que exprese verdades inmutables y absolutas, sino, para cada uno de los derechos, “los diferentes fundamentos posibles”, lo que es posible interrogando “las condiciones, los medios y las situaciones” sociales, económicas, históricas o psicológicas que permiten sus respectivas emergencias y reconocimientos¹⁰.

De un punto de vista ético, el relativismo y el escepticismo al que se inclina el positivismo epistemológico conduce, tal vez, al desencanto del mundo; pero se trata de un desencanto portador de un proyecto político. El reconocimiento y la protección de los derechos humanos se ponen al alcance de la mano, a condición de ser sostenidos por una voluntad y un combate socio-políticos¹¹.

De un punto de vista científico, el positivismo epistemológico es portador de un programa de análisis acerca de los derechos humanos. Este programa tiene por objeto: a) la diversidad histórica de los fundamentos de los derechos humanos; b) las terminologías empleadas; c) el significado atribuido a cada uno de los derechos, lo que permite poner en perspectiva las elecciones operadas y su evolución en manos de tales o cuales actores o autores del derecho; d) los modos de garantía y de efectividad de los derechos humanos; e) las funciones argumentativas que cumplen las referencias a los derechos humanos en los discursos jurídicos, particularmente las que conducen a la justificación de las diferentes formas de ejercicio del poder.

⁶ *op. cit.*, p. XIII.

⁷ N. Bobbio, « Presente e avvenire dei diritti dell’uomo », *L’Età dei diritti*, *op. cit.*, p. 26

⁸ A Greppi, *Teoria e ideologia en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 272

⁹ N. Bobbio, « Diritti dell’uomo e società », *L’Età dei diritti*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰ N. Bobbio, « Sull fondamento dei diritti dell’uomo », *op. cit.*, p. 14

¹¹ D. Lochak, *Les droits de l’homme*, Editions La Découverte, Collection Repères, 2002, p. 6.