



HAL
open science

Positivismo y derechos humanos

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Positivismo y derechos humanos. Revista Juridica, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Mar del Plata, 2008, 3 (3), pp.329-340. halshs-00360397

HAL Id: halshs-00360397

<https://shs.hal.science/halshs-00360397v1>

Submitted on 11 Feb 2009

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.

Mesa Redonda del 21 de mayo de 2008 en la Universidad Nacional de Mar del Plata
Participan: Eric Millard, Carla Huerta, Véronique Champeil-Desplats, Ricardo Guibourg. MESA REDONDA DE MAR DEL PLATA – 21/5/08

POSITIVISMO Y DERECHOS HUMANOS

Eric Millard

Universidad de París X

Trad. R. Guibourg

1.- Generalmente el positivismo y los derechos humanos se mencionan juntos para subrayar una pretendida contradicción: el positivismo sería, si no siempre un adversario resuelto de la filosofía de los derechos del hombre, al menos una teoría peligrosa que opondría un obstáculo a la filosofía de los derechos del hombre. Esta contradicción es sólo aparente y su existencia no se sostiene sino al precio de varias confusiones, dos de las cuales constituyen sofismas (falacias) que niegan toda distinción entre positivismo metodológico y positivismo ideológico, así como todo parentesco entre derechos del hombre y democracia de procedimientos.

Ross pedía (hará pronto medio siglo, y no lejos de aquí) que se comprendiera que *“es completamente posible, sin contradecirse, negar la objetividad de los valores y de la moral – objetividad sobre la cual se funda la filosofía dominante que afirma la esencia de los derechos del hombre –, y ser al mismo tiempo un hombre honesto, en quien se puede confiar para luchar contra un régimen de terror, corrupto e inhumano. La creencia de que los juicios morales no son verdaderos (ni falsos), que no resultan de un proceso cognitivo, que no permiten una percepción comparable a una cognición lógica ni empírica, no es para nada incompatible con la formulación de tales juicios a partir de fuertes convicciones morales. La posición positivista no concierne a la moral, sino a la lógica del discurso moral; no tiene relación con la ética, sino con la metaética”*.

Los derechos del hombre son, para el positivismo metodológico, uno de los objetos de la ciencia del derecho, en la medida en que no son *derechos* del hombre si no son *derechos*. Pero los positivistas pueden afirmar por otra parte, claro está que en función de sus preferencias, toda clase de juicios políticos y de valoración acerca de cada sistema jurídico, incluidos los que se refieren a la protección, por parte de un sistema positivo, de los valores defendidos por la filosofía de los derechos del hombre.

No es necesario repetir esta demostración, por lo que prefiero insistir sobre el otro aspecto de la crítica: el positivismo, en tanto metaética, sería peligroso para la filosofía de los derechos del hombre. Creo que en realidad, para los derechos humanos, el sofisma es más peligroso que el positivismo, porque constituye una mala estrategia para un verdadero defensor de los derechos del hombre.

2.- Como filosofía política, la filosofía de los derechos humanos, en su concepción inicial del liberalismo político, o en sus evoluciones ulteriores, es ante todo una reivindicación. Aunque empieza por afirmar la existencia de derechos naturales, inalienables y sagrados, consustanciales con la calidad de ser humano, no se contentaría con esta simple afirmación, aun si se la presenta como una comprobación. Como filosofía política, la filosofía de los derechos del hombre apunta también, y

especialmente, a la consagración de esos derechos por los sistemas de derecho positivo, e incluso contra los sistemas de derecho positivo: en otras palabras, a hacer de los “derechos del hombre” derechos de los hombres y de las mujeres; derechos en el sentido de los positivistas.

Sin eso, el discurso de los derechos humanos no es más que metafísica o un juego intelectual, un puro trámite estético. Tropieza con el problema inmemorial del iusnaturalismo: aun cuando esos pretendidos derechos fueran justos o evidentes, si carecen de eficacia no son más que palabras, aunque mantengan todo el alcance político y simbólico del discurso.

El positivismo metodológico permite concebir la eficacia de los derechos del hombre por lo menos en tres sentidos.

3.- La búsqueda de eficacia se traduce ante todo de manera positiva, y en primer lugar por la búsqueda de una consagración en los textos de derecho positivo. Las grandes declaraciones de la época moderna (desde el Bil of Rights hasta las declaraciones revolucionarias norteamericanas y francesas) expresan el pensamiento político del liberalismo y dan a la afirmación de los derechos del hombre un alcance oficial en el corazón del poder político. Se sabe sin embargo que esto ocurrió con un alcance jurídico limitado o controvertido, que no garantizaba la eficacia de los derechos afirmados: a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se negó durante mucho tiempo todo efecto jurídico.

Al surgir la concepción moderna de una democracia procesal fundada en una estructura jerarquizada de las normas jurídicas, la reivindicación de eficacia obtuvo medios más poderosos: la inscripción de los derechos del hombre en los documentos normativos jerárquicamente más elevados y el establecimiento de sistemas jurisdiccionales para el control del respeto de las normas por las autoridades públicas, administrativas y legislativas.

Esas herramientas jurídicas que proporcionaban a la reivindicación política de los derechos del hombre una forma de eficacia pueden aparecer como insuficientes desde dos puntos de vista, al menos respecto de la filosofía de los derechos del hombre y de su vocación de universalidad.

Ante todo, aquellas herramientas hacen reposar la eficacia de los derechos del hombre sobre una doble opción política: la elección de dar valor constitucional al todo o a parte del corpus político de una filosofía de los derechos humanos que no es necesariamente uniforme, y en este sentido puede aparecer una jerarquización entre derechos constitucionalmente reconocidos y derechos que no reposan sino sobre una afirmación infraconstitucional; la elección de interpretar y conciliar los derechos del hombre con otros principios consagrados por normas del mismo nivel (incluso otros derechos humanos), que en la práctica pueden frecuentemente hallarse en competencia (libertad de comunicación y derecho de propiedad de los medios, por ejemplo).

Por otra parte, hacen depender la eficacia de los derechos humanos del sistema de derecho positivo de los estados en primer lugar, y por lo tanto de una forma de voluntad política que se ejerce dentro de los estados. En este contexto, ni la consagración constitucional, ni la existencia de procedimientos de control jurisdiccional

garantizan de manera absoluta contra un cambio político del Estado, incluso por vías ajustadas al sistema jurídico positivo (reforma constitucional). La idea de una supra constitucionalidad de los derechos del hombre, desde este punto de vista, es un lamentable retroceso, que tiende a ocultar el problema jurídico ligado a una forma (imperfecta) de eficacia de los derechos mediante el recurso a procedimientos simplemente afirmativos, que no aseguran la menor eficacia. El recurso a un derecho internacional de los derechos humanos tropieza con el hecho de la soberanía de los estados, lo que implica recurrir al instrumento convencional (la voluntad de obligarse por parte de los estados) y encuentra grandes dificultades para establecer, en ese marco limitado, una justicia internacional.

Pero lo que puede parecer una insuficiencia no es en realidad sino la demostración de un elemento esencial de la filosofía de los derechos del hombre: constituye un proyecto político fuerte. En competencia con otros proyectos políticos, sólo puede llevarse adelante si sus partidarios cobran conciencia de su dimensión política, y de lo que ella implica en términos de reivindicación constante de eficacia. En calidad de hipótesis, la afirmación filosófica de los derechos humanos es insuficiente para su realización.

Desde un punto de vista negativo, la eficacia sólo puede obtenerse por una acción igualmente política, en presencia de sistemas que no permitan la eficacia de los derechos del hombre, ya sea en el interior de esos sistemas por la acción política legal (permitida por esos sistemas) o en conflicto con esos sistemas, por vías contrarias al derecho: desobediencia cívica, injerencia, etc.; pero en este último caso se plantea seguramente la pregunta por la justificación, que no puede ser en absoluto jurídica y depende exclusivamente de una coherencia política.

Esas dos afirmaciones no son incompatibles con los fundamentos del positivismo metodológico. Por el contrario, sólo la aceptación de esos fundamentos conduce a aceptarlas inmediata y plenamente.

4.- En los sistemas jurídicos que, al adherirse a la filosofía política de los derechos del hombre, proporcionan eficacia a sus reivindicaciones, y que por lo tanto consagran por una parte los derechos humanos en textos normativos al tope de la jerarquía de las normas, y por la otra establecen garantías jurisdiccionales para esos derechos consagrados, es posible encarar la eficacia en un segundo sentido, tan esencial como el anterior.

Ante todo, se trata de registrar una mutación en la concepción filosófica de los derechos del hombre, y especialmente en la tarea que se devuelve al Estado frente a las prerrogativas individuales: primero derechos contra el Estado u oponibles al Estado, los derechos del hombre han invadido un campo más amplio. Para empezar, se puede encarar un agregado (la integración de derechos económicos y sociales, por ejemplo, al lado de las libertades tradicionales) o un acondicionamiento (reivindicación de políticas de acción positiva) proponiendo un crédito contra el Estado, a partir de la reivindicación renovada de derechos reales, garantes de la eficacia de los derechos formalmente declarados. Pero en hipótesis, incluso dentro del marco de una estricta ortodoxia liberal, el Estado puede verse también requerido a exceder el simple respeto por los órganos y los textos de los derechos del hombre, para ser invitado a protegerlos efectivamente y promoverlos activamente por medio de sus políticas y sus órganos: protección mediante

el establecimiento de técnicas jurídicas como la consideración del efecto horizontal de los derechos humanos (*Drittwirkung der Grundrechte*) en las relaciones entre particulares, que va más allá de la simple conversión de las violaciones en infracciones penales; promoción por medio de políticas activas de concientización y de educación en la problemática de los derechos del hombre.

Además, los sistemas democráticos vinculados con los derechos del hombre registran cada vez más la idea del derecho al recurso como elemento de eficacia, incluso contra las autoridades públicas, desde que estén en juego cuestiones relativas a esos derechos; especialmente en materia civil y penal, ese recurso debe permitir un proceso equitativo, ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley. No es bastante que el Estado reconozca los derechos del hombre y se abstenga de vulnerarlos: es preciso que las pretendidas víctimas de la violación de esos derechos tengan una vía jurídica para probar la violación y obtener que se extraigan las consecuencias.

Esta necesaria judicialización de los derechos del hombre es particularmente clara en el sistema europeo de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (convención de Roma del 4 de noviembre de 1950), que no sólo requiere esas modalidades para hacer efectivos los derechos consagrados por la convención, sino además establece su propio sistema de control, al permitir el acceso de los requirentes a una jurisdicción supranacional.

La jurisprudencia emanada de ese sistema ha tenido notables consecuencias en términos de eficacia de los derechos. Ante todo, generó (con el acuerdo de los Estados que la implantaron) una visión común de las exigencias jurídicas vinculadas con la adhesión a la filosofía política de los derechos humanos, ya que los Estados ya no pueden decidir por sí mismos acerca de aquellas exigencias. Esto condujo a la Corte a ampliar considerablemente el campo interpretativo de los derechos, pero también a verificar prácticamente en cada supuesto los marcos y las consecuencias del caso.

La eficacia se vuelve entonces el criterio esencial del respeto a los derechos humanos en acción, al menos en relación con los reconocidos por la convención como principios y cuya protección se confía a los órganos convencionales. La técnica jurídica alcanza aquí los objetivos de la filosofía política, porque esta filosofía política está en el centro del proyecto común.

5.- Si el positivismo metodológico, lejos de constituir un peligro para los derechos del hombre, conduce por el contrario a una mejor protección al permitir el análisis de las condiciones técnicas necesarias para su real consagración, esto sucede también porque el positivismo pone de resalto que no puede haber una teoría política de los derechos humanos que no sea una teoría de la efectividad de los derechos humanos y no encare las modalidades jurídicas como dirigidas esencialmente a prevenir las violaciones a tales derechos. En materia de derechos del hombre, la reparación no es jamás una alternativa equivalente a la prevención de las violaciones, porque no opera conceptualmente en el mismo campo.

En este tercer sentido, aun desde un punto de vista cognitivista, no puede haber derechos humanos que no sean derechos positivos.

6.- Para terminar, es preciso recordar que el vínculo entre positivismo metodológico y teoría de la democracia, en el marco de una metaética no cognitivista, tiene cierto efecto sobre la concepción de los derechos del hombre.

Para Kelsen, la defensa de la democracia está vinculada con el relativismo ético: como no podemos saber *a priori* cuál es la decisión verdadera, hay que elegir un procedimiento de decisión que se considere legítimo y eficaz. Ahora bien, la selección de la democracia procesal como legítima supone la previa adhesión a valores que son los mismos de los derechos humanos: los valores de autonomía del individuo y de igualdad de tratamiento jurídico para todos.

El funcionamiento leal de la democracia supone que esas ideas de autonomía y de igualdad no quedan limitadas a su condición de simples procedimientos retóricos (justificativos o legitimantes), y que todas las libertades que tengan efectos sobre el juego democrático han de estar constitucionalmente protegidas.

Podría encontrarse un razonamiento semejante en Bobbio, a pesar de una concepción aparentemente más sustancial de la democracia. Es el mismo punto de vista de Bentham (que sin embargo se oponía a la Declaración de los Derechos del Hombre), en su resuelta defensa de todas las libertades que permiten un juego democrático no falseado, es decir una búsqueda transparente de la utilidad.

8.- He aquí el exacto significado de *esta* pretendida oposición del positivismo metodológico frente a los derechos humanos: afirmar como convicción, no que la democracia es la mejor garantía de los derechos del hombre, sino que la democracia es lo principal, y que la justificación de los derechos del hombre toma en cuenta que su aseguramiento es necesario para que la democracia funcione.