



HAL
open science

Derechos humanos y positivismo: planteamiento del problema a partir de dos autores emblemáticos, Kelsen y Bobbio

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Derechos humanos y positivismo: planteamiento del problema a partir de dos autores emblemáticos, Kelsen y Bobbio. *Revista Cubana de Derecho*, 2021, julio-diciembre 2021, 1 (2), pp.138-159. halshs-03461424

HAL Id: halshs-03461424

<https://shs.hal.science/halshs-03461424>

Submitted on 1 Dec 2021

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

DERECHOS HUMANOS Y POSITIVISMO: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A PARTIR DE DOS AUTORES EMBLEMÁTICOS, KELSEN Y BOBBIO

Human rights and positivism: consideration of the problem from two emblematic authors, Kelsen y Bobbio

Dra. Véronique Champeil-Desplats

Catedrática de Teoría del Derecho
Universidad de Paris X, Nanterre, Francia
<https://orcid.org/0000-0002-3477-902X>
vchd@parisnanterre.fr

Resumen

Aunque, *prima facie*, el positivismo y los derechos humanos parecen antinómicos, una lectura atenta de la obra de las dos figuras emblemáticas del positivismo, Hans Kelsen y Norberto Bobbio, revela una situación más rica. Si ambos autores presentan críticas comunes a los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos, demuestran atenciones diversas a estos derechos en sus construcciones teóricas. Para Kelsen, los derechos humanos aparecen como elementos indiferentes en su teoría general del derecho, y como exigencias mínimas, aunque insuperables, en su teoría de la democracia. Para Bobbio, los derechos humanos son elementos esenciales de su teoría política y les dedica largos desarrollos.

Palabras clave: Bobbio; Kelsen; derechos humanos; democracia; derecho natural; positivismo.

Abstract

Although positivism and human rights seem *prima facie* antinomial, a close reading of works of the two most emblematic figures of positivism, Hans Kelsen and Norberto Bobbio, reveals more complex relations. If both authors present common criticisms of the iusnaturalist foundations of human rights, they show different attentions to these rights in their theoretical constructions. For Kelsen, human rights appear as indifferent elements in his general theory of law, and as

minimal but insuperable requirements of his theory of democracy. For Bobbio, human rights are essential elements of his political theory and he devotes lengthy developments to them.

Keywords: Bobbio; Kelsen; human rights; democracy; natural law; positivism.

Sumario

1. Introducción. 2. Una crítica común a los fundamentos jusnaturalistas de los derechos humanos. 2.1. El ataque kelseniano al jusnaturalismo. a) Oposiciones ontológicas: el relativismo de los valores. b) Diferencias teóricas: la separación del derecho y de la moral y sus consecuencias. 2.2. El desarrollo bobbio de la investigación de la base absoluta. a) La refutación del fundamento absoluto de los derechos humanos. b) Condiciones para una afirmación positivista de la existencia de los derechos humanos. 3. Una teorización distinta de la función de los derechos humanos. 3.1 Los derechos humanos en el hueco de la teoría general kelseniana. a) Las exigencias liberales de la mente científica. 3.1.1. La garantía de los derechos y las libertades por el derecho. a) Las libertades políticas e intelectuales por y para la democracia. b) Los derechos humanos en el control de constitucionalidad. 3.2. Los derechos humanos al centro de la teoría política de la democracia de Bobbio. a) La indivisibilidad de los derechos humanos y la democracia. b) Derechos humanos, fundamentos y límites del poder político. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Para varias razones, los vínculos entre los derechos humanos y el positivismo aparecen complejos, conflictivos, incluso antagónicos.¹

En primer lugar, 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”²

En segundo lugar, es difícil poner en duda que el pensamiento de los derechos humanos se construyó desde el jusnaturalismo. Bien si se refieren a un orden objetivo de la naturaleza para los antiguos, o integren el individualismo de los modernos refiriéndose a la naturaleza humana, históricamente, los

¹ TROPER, Michel, “Le positivisme et les droits de l’Homme”, in B. Binoche et J.-P. Cléro (dirs.), *Bentham contre les droits de l’Homme*, p. 233.

² *Ibidem*.

fundamentos de los derechos humanos se inscriben en un marco naturalista. La formación histórica del concepto de derechos humanos queda vinculada a una referencia a un orden natural, aun para quien no cree en este orden. El art. 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”, lo ilustra perfectamente.

En tercer lugar, el positivismo, como teoría del derecho, estuvo durante mucho tiempo más interesado en la estructura del derecho o la argumentación jurídica que en el contenido y los valores que expresan las normas de los sistemas jurídicos. Ahora bien, tal “indiferencia de los positivistas es a veces percibida como una verdadera hostilidad hacia los derechos humanos”.³

En cuarto lugar, contentarse, como lo preconizan los positivistas, con una pura descripción de las normas, sin expresar juicios críticos, puede finalmente tener como consecuencia justificarlos. Frente a un derecho injusto, inicuo, como lo fue, por ejemplo, el derecho nazi o el derecho del régimen de Vichy en Francia durante la segunda guerra mundial, un trabajo puramente descriptivo tiende “a confirmar, banalizando, el régimen jurídico vigente”.⁴ Por cierto, Kelsen no está lejos de admitirlo, aunque nunca quiso renunciar a la separación de la ley y la moral. En el “Prefacio” de 1934 a la *Teoría pura del derecho* puso en relieve que “el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado tendría posibilidades de verse generalmente aceptado en un período de equilibrio social. También no parece nada hoy más poco actual que una teoría del derecho deseosa de salvaguardar su ‘pureza’”.⁵

En último lugar, y por fin, limitándose a un análisis formal o estructural de las normas jurídicas, el positivismo tendrá una visión parcial de los fenómenos jurídicos, particularmente dañosa en el caso de los derechos humanos. Nos enfrentamos aquí a la crítica que R. Dworkin dirige al positivismo. El positivismo no podría dar cuenta de lo que es, a su parecer, un componente esencial del derecho como son los principios que expresan valores morales o sociales implícitos en los sistemas jurídicos. Ahora bien, los derechos humanos son típica-

³ *Idem*, p. 232.

⁴ LOCHAK, Danièle, “La doctrine du positivisme sous Vichy ou les mésaventures du positivisme”, en *Les usages sociaux du droit*.

⁵ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, p. XIII.

mente expresados en la forma de principios. G. PECES-BARBA⁶ propone también una variante de esta crítica, subrayando el reduccionismo del positivismo respecto a los derechos fundamentales. Este reduccionismo consistiría en excluir “la dimensión ética” y el carácter de “exigencias morales justificadas” de los derechos humanos y libertades. El positivismo se limitaría a pensar los derechos en su calidad de norma formal, lo que conduce también a excluir del campo de los análisis jurídicos el problema de los fundamentos de los derechos humanos. Pierde entonces de vista la “razón de ser” de “las técnicas jurídicas”.⁷

Este cuadro general corresponde a una visión bastante común del positivismo y de su relación con los derechos humanos. Sin embargo, resulta limitada cuando se profundiza un poco más en la obra de autores clásicamente considerados como positivistas y, entre todas, en la de dos figuras emblemáticas como Hans KELSEN y Norberto BOBBIO. Una lectura cuidadosa de sus trabajos revela, respecto a los derechos humanos, una atención más rica y compleja de lo que parece.

Una primera manera de medirlo es retomar la esclarecedora distinción propuesta por BOBBIO de tres expresiones o concepciones del positivismo. 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.

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, por la cual tenemos que obedecer solo 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 a los derechos humanos solo si ellos están consagrados por el derecho positivo de un sistema dado. Entonces, la ideología positivista es 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.

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

⁶ PECES-BARBA, Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, p. 49.

⁷ *Ibidem*, p. 52.

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.

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 entonces el positivismo los hechos y los valores, sosteniendo que no es posible conocer objetivamente los valores.

Estas distinciones llevan a dos observaciones. Por un lado, las tensiones identificadas entre el positivismo y los derechos humanos se manifiestan con diferentes grados y formas según la concepción del positivismo adoptada. Por otro lado, adherirse a una de las tres concepciones del positivismo no implica necesariamente adherirse a las otras. El propio BOBBIO se considera positivista solo en el sentido metodológico y epistemológico: "En cuanto a la ideología, no es posible la tergiversación, yo soy jusnaturalista; en cuanto al método, también soy, con convicción, positivista; en cuanto a la teoría del derecho, no soy ni el uno ni el otro".⁸ KELSEN, por su parte, nunca ha participado en este ejercicio de autocalificación. Nos arriesgamos entonces a una comparación entre los dos autores.

BOBBIO afirma ser un jusnaturalista en el sentido ideológico, se reserva el derecho de desobedecer las normas jurídicas que considere injustas a la luz de sus valores últimos. Sin embargo, esta autocalificación como jusnaturalista merece algunos matices. En primer lugar, BOBBIO no formula juicios de valor sobre el derecho positivo en nombre de la ciencia, sino como ciudadano y con la ideología a la que se adhiere en esa capacidad. En segundo lugar, la afirmación de ser jusnaturalista en este nivel solo puede explicarse porque BOBBIO tiene una concepción dicotómica de las clasificaciones y su clasificación se construye aquí sobre la base del criterio del mandato de obedecer la ley. La oposición es simple: si se obedece a la ley, sea lo que sea, entonces somos positivistas; si se obedece solo la ley justa, entonces somos naturalistas. Pero es posible prescribir desobedecer la ley en el fundamento de otros valores que el derecho natural: puede ser, por ejemplo, una ideología socialista. BOBBIO ofrece una de las mejores ilustraciones. Su aparato crítico no se basa en el derecho natural, sino

⁸ BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, p. 146.

en una ideología social-liberal. Estas observaciones pueden también aplicarse a KELSEN. Al contrario de la acusación a la que puede haber sido sometido, KELSEN nunca preconizó la obediencia al derecho; solo afirmaba que los sistemas jurídicos presuponen una obligación de obediencia. A este respecto, distingue escrupulosamente entre la "obligación moral absoluta" y la "obligación jurídica o relativa" de obediencia. La primera sería precisamente la que defienden los positivistas en el sentido ideológico: debemos obedecer a la ley porque "*Gesetz ist Gesetz*", mientras que KELSEN considera la obligación de manera relativa, es decir, como un principio de eficacia del orden jurídico. Además, como veremos, KELSEN compartía una ética relativista mínima, fundada sobre un principio de libertad.

En el sentido teórico, BOBBIO no se considera ni jusnaturalista ni positivista. Es obvio que el autor no es jusnaturalista desde este punto de vista, porque no cree en la existencia de un derecho natural previo, externo y superior al Estado. Pero tampoco se considera positivista –se supone– en razón de su apertura al pluralismo jurídico, lo que le lleva a admitir que los grupos sociales o las instituciones no estatales pueden producir normas jurídicas. La obra de KELSEN, por su parte, está más claramente integrada en el positivismo teórico. Por una parte, el Estado no es más que un conjunto de normas jurídicas relativamente centralizado. En consecuencia, el concepto de Estado de derecho es una tautología. Cualquier Estado es necesariamente un Estado de derecho. Por otra parte, en un Estado, el derecho positivo es necesariamente producido por autoridades habilitadas por el Estado mismo. Las normas emitidas por grupos y organizaciones infra o supraestatales solo pueden considerarse jurídicas si estas autoridades reconocen su validez. Sin embargo, KELSEN no excluye totalmente la hipótesis de la existencia de sistemas jurídicos no estatales, producidos, por ejemplo, por la Iglesia.

Es finalmente a nivel epistemológico y metodológico que los dos autores se encuentran más claramente bajo la etiqueta común de positivismo. Comparten las mismas concepciones de la ciencia jurídica, las que evocamos antes, aunque no comparten una concepción idéntica de la ontología del objeto "derecho".

Una vez hechas estas aclaraciones, resulta más fácil identificar cómo pueden manifestarse las áreas de conflicto entre el positivismo y los derechos humanos, pero también la forma en que se pueden articular estos dos conceptos. La comparación de las obras de KELSEN y BOBBIO respecto a este tema presenta el interés de poner en perspectiva planteamientos bastante diferentes del

problema. En KELSEN, las referencias a los derechos humanos se encuentran esencialmente en el contexto de cuestiones teóricas generales, pero son breves. Esta falta de consideración de los derechos humanos puede entenderse como la doble consecuencia de su enfoque formal del derecho y de su definición procesal de la democracia. En ambos casos, los derechos humanos son solo elementos contingentes. BOBBIO, por el contrario, hace largas reflexiones sobre los derechos humanos. No solo recoge y amplía la crítica de los fundamentos jusnaturalistas del derecho iniciada por KELSEN, sino que también, y sobre todo, establece los derechos humanos como un elemento central de su teoría política, en particular su teoría de la democracia.

En otras palabras, mientras KELSEN y BOBBIO formulan críticas comunes de los fundamentos jusnaturalistas de los derechos humanos, que son típicas de las posiciones teóricas y epistemológicas del positivismo, ofrecen consideraciones diversas de estos derechos en el marco de sus teorías políticas y jurídicas.

2. UNA CRÍTICA COMÚN A LOS FUNDAMENTOS JUSNATURALISTAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

KELSEN fórmula uno de los ataques más virulentos contra la empresa jusnaturalista de fundamentación del derecho. BOBBIO hizo lo mismo, proponiendo una reformulación de la cuestión sobre una base relativista y no cognitivista.

2.1. EL ATAQUE KELSENIANO AL JUSNATURALISMO

KELSEN raramente se refiere a la noción general de derechos humanos, pero dirige críticas fuertes a las doctrinas del derecho natural en las que se basan. Su oposición es, por un lado, ontológica: a diferencia de los jusnaturalistas que buscan el fundamento moral absoluto del derecho, KELSEN está convencido de que los valores son relativos (a). Su oposición es, por otro lado, teórica. KELSEN, al contrario de las doctrinas jusnaturalistas, separa el derecho de la moral, e identifica el derecho y el Estado (b).

a) Oposiciones ontológicas: el relativismo de los valores

Es muy conocido, para KELSEN, que a diferencia de los hechos, los valores no pueden ser objeto de un conocimiento objetivo y racional. No son ni verdaderos ni falsos, no se demuestran; expresan emociones más o menos compartidas que se defienden:

*"These values are, in truth, determined, in the last analysis, by the emotional elements of their minds. The determination of these absolute values, and in particular the definition of the idea of justice, achieved in this way are but empty formulas by which any social order whatever may be justified as just. Hence the many doctrines of justice that have been expounded from the oldest times of the past until today may easily be reduced to two basic types: a metaphysical-religious and a rationalistic or—more exactly formulated—apseudorationalistic one."*⁹

Esta reducción de los valores a la expresión de convicciones, emociones, preferencias o intereses individuales y subjetivos hace inútil, según KELSEN, cualquier intento de determinación racional de un fundamento absoluto del derecho. Apoyar la existencia de "valores absolutos en general", y de un "valor moral absoluto" en particular, solo puede "basarse en una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de la divinidad."¹⁰ Esta convicción es reforzada por una lectura de la historia del pensamiento. Para KELSEN, "si la historia del pensamiento humano prueba algo, es la inutilidad de los intentos de establecer, sobre la base de consideraciones racionales, un estándar absolutamente correcto de comportamiento humano";¹¹ que se supone que es el único válido. El autor subraya "que en diferentes momentos, entre diferentes pueblos, e incluso dentro de un mismo pueblo, en diferentes clases, órdenes y profesiones, prevalecen sistemas morales muy diferentes y contradictorios [...]. Desde este punto de vista, todos los valores morales son relativos"; cada sistema moral crea sus propias jerarquías. En consecuencia, hay una pluralidad de concepciones del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto... No es posible decidir entre ellos sobre la base de criterios científicos, sino solo sobre la base de propuestas metafísicas o juicios de valor, todos los cuales están sujetos a discusión.

KELSEN hace la misma observación con respecto a las referencias generales al derecho natural. Esta incapacidad de los jusnaturalistas para ponerse de acuerdo sobre una base común constituye para KELSEN la manifestación más convincente de sus contradicciones internas.

b) Diferencias teóricas: la separación del derecho y de la moral y sus consecuencias

Incluso si pudiéramos ponernos de acuerdo sobre la existencia y la superioridad de un valor absoluto o de la moral, establecerlo como base del derecho

⁹ KELSEN, Hans, *What is Justice?*, p. 11.

¹⁰ KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, cit., p. 87.

¹¹ KELSEN, Hans, *What is Justice?*, cit., p. 21.

conduciría, desde una perspectiva kelseniana, a una reducción del conocimiento de los fenómenos normativos, en la medida en que no sería posible distinguir el derecho de la moral. De hecho, el derecho siempre será moral; el derecho y la moral se fusionarán. KELSEN sitúa entonces en el centro del programa positivista la separación de los dos órdenes normativos, con el objetivo específico de establecer la autonomía de los primeros con respecto a los segundos y de construir una verdadera ciencia del derecho, es decir, una ciencia que corta con la moral tanto en la etapa de identificación como de análisis de su objeto.

“Cuando una teoría del derecho positivo postula que hay que distinguir el derecho y la moral en general, el derecho y la justicia en particular, que uno no debe mezclarse con el otro –dice KELSEN–, se opone a la idea tradicional, considerada obvia, que supone que sólo hay una moral válida, es decir, una moral absoluta, y por lo tanto una justicia absoluta”¹²

Esta estricta separación del derecho y la moral tiene importantes consecuencias teóricas. A diferencia de las doctrinas jusnaturalistas, la teoría general del derecho propuesta por KELSEN es indiferente al contenido de las normas jurídicas, y a su índole moral. Este último no es un criterio de identificación ni tampoco de validez del derecho. Desde este punto de vista, los derechos humanos no tienen un peso o valor intrínseco específico en los sistemas jurídicos. Su valor jurídico depende del nivel jerárquico de las normas que le expresan.

2.2. EL DESARROLLO BOBBIANO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA BASE ABSOLUTA

BOBBIO asume todas las críticas de KELSEN al jusnaturalismo. Sin embargo, a diferencia de su maestro austriaco, los integra en obras que se centran específicamente en los derechos humanos. No se trata aquí de volver a todas las críticas kelsenianas que BOBBIO hace suyas, sino de ver cómo las completa y las extiende. BOBBIO presenta así la originalidad de cuestionar la significación misma del acto de fundar los derechos humanos. Aísla tres tipos posibles de fundación: a) la fundación por la deducción de un orden objetivo (un camino seguido clásicamente por las doctrinas jusnaturalistas o por las teorías contemporáneas de la justicia); b) la fundación por la identificación de los derechos a “verdades obvias” (la actitud de algunos revolucionarios franceses o americanos); c) la fundación por el acuerdo (lo que es el caso por excelencia para BOBBIO de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). Esta última modalidad de fundamentación es la preferencia del no cognitivista ético que, como KELSEN,

¹² KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, cit., p. 90.

es BOBBIO. En el plano teórico, esta perspectiva le permite desplazar la investigación ilusoria de un fundamento absoluto de los derechos humanos a la cual conduce las dos primeras vías (a), en la vía de un análisis de las condiciones sociohistóricas de la afirmación de los derechos humanos (b).

a) La refutación del fundamento absoluto de los derechos humanos

El libro *La era de derechos* empieza con un artículo de una conferencia que BOBBIO presentó en un congreso multidisciplinar en 1964, intitulado: "Sobre la base de los derechos humanos". Conforme con su habitual enfoque analítico, BOBBIO divide el problema general del fundamento de los derechos humanos en tres preguntas: "¿Cuál es la significación del problema planteado por el fundamento de los derechos humanos? ¿Es posible el fundamento absoluto? Asumiendo que sea posible, ¿es deseable?".

Observando que la primera pregunta ha recibido hasta ahora poca atención de los teóricos y filósofos jurídicos, BOBBIO se concentra en el análisis de las respuestas dadas a las dos últimas. A la pregunta, ¿es posible el fundamento absoluto?, BOBBIO presenta no menos de cinco razones para concluir negativamente.

La primera son las contradicciones que presentan las diferentes doctrinas jusnaturalistas entre sí. BOBBIO recuerda, en la tradición de KELSEN, que durante la historia del jusnaturalismo, la naturaleza humana ha sido interpretada de las más diversas maneras y que la llamada a la naturaleza ha permitido justificar sistemas de valores opuestos. BOBBIO toma el ejemplo esclarecedor de la sucesión de propiedades. Tres vías de herencia pueden considerarse perfectamente conformes con la naturaleza humana: retorno a la comunidad, transmisión de la familia de padre a hijo, libre disposición del propietario.

La segunda razón es la indeterminación de lo que debe fundarse, es decir, los "derechos humanos" por sí mismos. La generalidad de la expresión se basa en varios fundamentos posibles sin poder determinar el mejor: dignidad, libertad, justicia, entre otros.

La tercera razón está relacionada con la contingencia histórica de los derechos humanos. Su reivindicación varía a lo largo de la historia y en función de los Estados considerados. Los derechos declarados absolutos o inviolables y sagrados a finales del siglo XVIII han conocido después limitaciones sustanciales. Por el contrario, los derechos que no se mencionaban en las declaraciones del siglo XVIII, tal como los derechos sociales, se proclaman ahora en muchas declaraciones. BOBBIO concluye que ningún derecho es fundamental en la naturaleza.

Lo que se considera fundamental para un periodo histórico y en una “civilización determinada, no es fundamental para otro tiempo y cultura”. Por lo tanto, el autor duda de la posibilidad de “dar un fundamento absoluto a los derechos relacionados con la historia”.¹³

La cuarta razón para rechazar la posibilidad de una fundación absoluta viene de la heterogeneidad ideológica de los derechos humanos. Entre los derechos enunciados, a veces en la misma declaración, hay distintos valores e intereses que pueden ser incompatibles entre sí. Los fundamentos que han llevado a la promoción de las libertades individuales, en particular, no se aplican necesariamente a los derechos colectivos y sociales.

La última razón por la que se rechaza cualquier base absoluta es que cada derecho humano no solo puede expresar valores antinómicos y antagónicos con otros derechos, sino que también es probable que esos valores sean invocados en diferentes momentos o simultáneamente por una misma persona. Cada uno puede defender los derechos sociales o colectivos y también afirmar su compromiso con la propiedad privada y las libertades individuales.

Ya que un fundamento absoluto no es posible, tampoco es para BOBBIO deseable. BOBBIO propone aquí una demostración muy cercana a KELSEN (*infra*) de que el mejor fundamento para los derechos y las libertades, especialmente las libertades intelectuales o del espíritu, radica en el relativismo. Para el autor, considerar que “las declaraciones religiosas, éticas y políticas son demostrables como teoremas” restringe la amplitud de los “derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político”. En efecto, con un fundamento absoluto, “la libertad de religión no sería el derecho a profesar la propia religión personal o a no ser creyente, sino el derecho a no ser obligado a buscar una única verdad religiosa”; “la libertad de pensamiento no consistiría en poder pensar lo que se quiere, sino que se convertiría en el derecho a no ser obligado a adherirse a un único pensamiento político”.¹⁴

Al final, BOBBIO concluye que, con respecto a los derechos humanos, el reto no es “encontrar un fundamento absoluto –una empresa sublime pero sin esperanza–, sino, en cada ocasión, los diferentes fundamentos posibles” de cada

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Idem.*

uno de los derechos. Esta conclusión le lleva a trasladar la investigación del fundamento de los derechos y las libertades a la de sus condiciones sociohistóricas de emergencia.

b) Condiciones para una afirmación positivista de la existencia de los derechos humanos

Una afirmación de los derechos humanos por el positivista que es BOBBIO es posible de dos maneras.

La primera es prescriptiva y subjetiva; conduce a una comprensión de la defensa de los derechos como una expresión de preferencias éticas. Como no-cognitivista, BOBBIO está convencido, como KELSEN, de que los valores no pueden justificarse racionalmente. Entonces BOBBIO analiza la reivindicación de los derechos humanos como expresión de preferencias éticas. En esta perspectiva, BOBBIO afirma su adhesión a los valores expresados en los derechos humanos. La democracia, la paz y el respeto de los derechos humanos parecen valer más la pena para él que la autocracia, el abuso de poder, la arbitrariedad, la negación del individuo o el nihilismo. En este sentido, ha apoyado personalmente muchas iniciativas pacifistas (marchas de paz, Tribunal Russell...) y ha participado en sociedades humanistas eruditas, como la Sociedad Europea de Cultura.

La segunda manera de considerar el fundamento de los derechos humanos desde un punto de vista positivista es recentrar la investigación de este en las condiciones sociohistóricas de su reconocimiento en los órdenes jurídicos. La reducción de los derechos humanos a preferencias éticas no impide tratar de entender las condiciones que favorecen su formulación como normas jurídicas. Se exige entonces investigar por qué y con cuáles condiciones ciertas emociones o preferencias éticas integran los ordenamientos jurídicos en forma de derechos.

Para hacerlo, BOBBIO nos invita a interesarnos por los contextos históricos: "Hoy sabemos que los llamados derechos humanos no son producto de la naturaleza sino de la civilización humana". El autor analiza los derechos humanos como "exigencias éticas históricamente determinadas". Explica: "Los derechos humanos, tan fundamentales que sean, son derechos históricos, nacidos en determinadas circunstancias, producidos por las luchas por defender nuevas libertades frente a las viejas potencias, poco a poco, ni todos a la vez ni una

sola vez para siempre”.¹⁵ En otras palabras, cada contexto sociohistórico produce sus propias necesidades, que requieren la formulación de derechos específicos para satisfacerlas.

BOBBIO propuso entonces una reconstrucción de las condiciones para la afirmación de los derechos humanos en la forma de una historia progresiva que ahora se encuentra comúnmente en las clasificaciones de los derechos y las libertades por generación. Para BOBBIO, la libertad, inicialmente concebida negativamente como un deber de no obstaculizar la acción individual, surgiría del deseo de luchar contra la propensión del poder político a controlar los medios de expresión, a limitar la libertad de movimiento o a imponer una religión estatal. La reivindicación de los derechos políticos daría forma concreta a las reivindicaciones de las clases burguesas, cada vez más poderosas económicamente, de participar en el ejercicio del poder político del que fueron excluidas por las clases aristocráticas. El reconocimiento de los derechos sociales sellaría la victoria de las luchas de los trabajadores y la aspiración de las clases trabajadoras a lograr una mayor igualdad. Más tarde, el derecho ambiental o las leyes sobre la bioética responderían a la necesidad de controlar los efectos de dos siglos de industrialización, de avances científicos y de la aparición de nuevas tecnologías. Por fin, a BOBBIO le gusta especialmente señalar que la investigación actual de una mejor protección para las personas mayores no habría sido posible sin un aumento de su número y longevidad a través de “los efectos combinados de las relaciones sociales cambiantes y el progreso médico”.¹⁶

3. UNA TEORIZACIÓN DISTINTA DE LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si proponen una crítica común de los fundamentos clásicos y jusnaturalistas de los derechos humanos, KELSEN y BOBBIO difieren en el lugar y la función que les dan en sus construcciones teóricas respectivas. KELSEN no consagra desarrollos sustanciales específicos en los derechos humanos. Estas últimas solo aparecen en el hueco de sus construcciones teóricas. Al revés, los derechos humanos están en la vanguardia de los escritos de la teoría política de BOBBIO. Desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de su teoría de la democracia.

¹⁵ *Idem*, p. XIII.

¹⁶ *Idem*, p. 66.

3.1. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL HUECO DE LA TEORÍA GENERAL KELSENIANA

Para el ético no cognitivista y relativista que es KELSEN, la adhesión a los valores de los derechos humanos es el resultado de las preferencias personales. La originalidad de KELSEN es justificar la suya no desde un punto de vista ético general, sino vinculándola a las condiciones de ejercicio de su profesión de científico. La defensa kelseniana de las libertades y de la democracia está, por tanto, estrechamente vinculada a consideraciones epistemológicas (a). Además, KELSEN también se enfrenta a la cuestión de los derechos humanos insistiendo en las funciones generales del derecho y, en particular, en la idea de que el derecho es solo un medio para alcanzar fines, particularmente la paz (b).

a) Las exigencias liberales de la mente científica

El esfuerzo de neutralidad axiológica que KELSEN requiere en el contexto de la actividad científica prohíbe la expresión de cualquier juicio de valor en nombre de la ciencia. Sin embargo, hay otras dos vías para el científico expresar sus preferencias éticas o ideológicas. La primera es hacerlo fuera del campo del discurso científico. Esto supone poder distinguir claramente entre la figura del ciudadano o del moralista y la del científico. La segunda forma es demostrar que el respeto de ciertos valores es la mejor garantía para alcanzar los objetivos e ideales de la ciencia. Esto es lo que KELSEN ha hecho en algunos escritos al establecer que a nivel ético, el relativismo, y a nivel político, la democracia, ofrecen la mejor protección de las libertades necesarias para el desarrollo de la actividad científica.

Así, a diferencia del absolutismo moral, que tiende a imponer una verdad sin permitir que sea cuestionada (*supra*), el relativismo favorece, para KELSEN, una cultura de la discusión. Lejos de negar la existencia de los valores, como a veces se argumenta, permite la expresión de una pluralidad de entre ellos: “contrariamente a un malentendido demasiado frecuente, una teoría relativista de los valores no afirma que no hay valores y, en particular, que no hay justicia; sólo implica que no hay valores absolutos, sino sólo valores relativos [...] los valores que ponemos en la base de nuestros juicios de valor no pueden pretender excluir la posibilidad de la existencia de valores opuestos”.¹⁷ Por lo tanto, el relativismo es una postura ética que respeta mejor la libertad de pensamiento y, en consecuencia, los requisitos previos de la actividad científica. KELSEN está convencido de que la ciencia solo puede desarrollarse en un contexto

¹⁷ KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, cit., p. 91.

de libertad y tolerancia, que es la única manera de permitir la discusión y el cuestionamiento de las verdades establecidas.

Esta oposición tiene implicaciones políticas. KELSEN vincula el relativismo de los valores a la democracia y el absolutismo moral a la autocracia: “Hay –nos dice– una cierta conexión entre la concepción metafísico-absolutista del mundo y una actitud favorable a la autocracia por un lado, y entre una actitud favorable a la democracia y la concepción crítico-relativista del mundo por otro”.¹⁸ El absolutismo y la autocracia comparten la creencia de que existe una única verdad válida que se impone a todos. Por el contrario, la democracia y el relativismo se basan en los valores fundamentales comunes de la libertad y la igualdad. Estos dos conceptos integran la posibilidad de comparar propuestas contrapuestas para adoptar decisiones y, en el contexto científico, de formular conclusiones. Con esta analogía en mente, KELSEN le da a la democracia varias ventajas en el desarrollo de una cultura de libertad.

En primer lugar, como explica Michel TROPER, en la medida en que KELSEN define la democracia como un sistema en el que “no hay valores absolutos” y en el que los humanos “deben ser capaces de ajustarse a las normas de acuerdo con sus propios valores”, la democracia constituye sobre todo “un sistema de autonomía”.¹⁹

En segundo lugar, porque conduce a decisiones que respetan la expresión de opiniones contrapuestas, la democracia presupone el respeto del derecho de la minoría política a expresarse. Para KELSEN, la “protección de la minoría” es, por tanto, la “función esencial” que cumplen los “derechos y libertades fundamentales garantizados en todas las constituciones modernas de las democracias parlamentarias”. Y la minoría sólo puede expresarse cuando se garantizan la libertad intelectual y la libertad de expresión, de prensa y de culto.

Finalmente, KELSEN concluye muy claramente:

“Because democracy, but its very nature, means freedom, and freedom means tolerance, there is no other form of government which is favourable to science. Science can prosper only if it is free and it is free if there is not external freedom, that is independence from political influence, but if there is also freedom within science, the free play of arguments and counter arguments. [...] Since science

¹⁸ KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature-Sa valeur*, p. 111.

¹⁹ TROPER, Michel, “Le positivisme...”, *cit.*, p. 243.

is my profession, and hence the most important thing in my life, justice, to me, is that social order under whose protection the search for truth prosper. 'My' justice, then, is the justice of freedom the justice of peace, the justice of democracy –the justice of tolerance”²⁰

3.1.1. La garantía de los derechos y las libertades por el derecho

Para KELSEN, el derecho es un medio que permite la expresión de una pluralidad de opciones políticas e ideológicas. Sin embargo, el derecho no es un instrumento como otros. Para KELSEN, es un medio pacífico –el mejor– de resolución de conflictos. Dentro de los Estados, al igual que entre ellos en la construcción de las relaciones internacionales, la paz se logra a través del derecho. En este sentido, el autor se hace representativo de una corriente de pacifismo jurídico. Más específicamente con respecto a los derechos humanos, por una parte, KELSEN los concibe en una relación dialéctica con el concepto de democracia (a); por otra, pueden ser protegidos por los tribunales constitucionales, pero –al revés del constitucionalismo contemporáneo– no todos en general, sino solo aquellos que permiten que las minorías políticas se expresen (b).

a) Las libertades políticas e intelectuales por y para la democracia

Los derechos humanos y la democracia forman parte de una relación dialéctica. Por una parte, la democracia ofrece la configuración específica de normas jurídicas que garantizan el mejor respeto de los derechos y las libertades; pero por otra, esta configuración está determinada por algunos derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, los conceptos de democracia y derechos humanos están estrechamente vinculados, pero en un grado estricto.

Para entenderlo hay que recordar que, a diferencia de la mayoría de los autores hasta ahora, el vínculo establecido por KELSEN entre democracia y derechos humanos no se basa en consideraciones metafísicas o esencialistas; el autor expresa solo un punto de vista funcional, según el cual la democracia es solo un medio técnico. En este sentido, KELSEN propone una definición que reduce la democracia a un conjunto específico de procedimientos y reglas – “reglas de juego”, dirá BOBBIO (*infra*)– establecidas por un ordenamiento jurídico. Estas reglas no expresan ni determinan opciones morales, políticas o económicas previas. Se limitan a garantizar la expresión libre y regular de la voluntad del pueblo y a dar a la minoría política las libertades indispensables para su existencia y su capacidad de convertirse un día en mayoría, a saber, las libertades de pensamiento, opinión y expresión.

²⁰ KELSEN, Hans, *What is Justice?*, cit., pp. 24, 198.

Siguiendo un razonamiento típicamente teleológico, KELSEN considera que la democracia es la mejor forma de garantizar los derechos y las libertades, no por su esencia ontológica, sino por las reglas de procedimiento que la conforman. Si el pueblo quiere poder elegir libremente a quienes lo gobiernan, entonces el mejor régimen es el que resulta de la configuración específica de las normas jurídicas que convencionalmente se denominan democracia. Entonces, KELSEN admite, éticamente, que la democracia puede describirse como una “forma justa de gobierno”, no en sí misma, sino en la medida en que preserva la libertad individual; lo que es sinónimo para él de tolerancia.

b) Los derechos humanos en el control de constitucionalidad

Aunque es considerado como el padre del control de la constitucionalidad contemporánea, KELSEN no promovió una revisión exhaustiva; limitó a los tribunales constitucionales a una función legislativa negativa, es decir, la facultad de pronunciarse sobre la validez de las normas examinadas a la luz de normas de competencia. Mucho más, KELSEN sospechaba mucho un control de las leyes respecto a proposiciones generales y abstractas, tal como son los derechos humanos. Pensó que tal control llevaría a los tribunales a “desempeñar un papel extremadamente peligroso” y a transformar gradualmente su competencia de “legislador negativo” en “legislador positivo”. Esto resultaría en una transferencia “insostenible” del poder deliberativo del Parlamento al juez constitucional.²¹ Por esta razón, KELSEN recomendó que no se utilizaran términos vagos y poco claros en textos constitucionales, como “libertad”, “igualdad”, “equidad” o “moralidad”. Como mínimo, se debería excluirlos del control de constitucionalidad.²²

Se podría finalmente pensar que KELSEN no confiere a la justicia constitucional una función de protección de los derechos y las libertades. Sin embargo, esta conclusión parece demasiado brutal. En efecto, el control de la constitucionalidad desempeña bien un papel de garantía de los derechos y las libertades de KELSEN, pero de manera indirecta y limitada. Se reduce, en efecto, a la protección de las libertades que garantizan el funcionamiento de la democracia, en particular de las que protegen a las minorías políticas. Para KELSEN, la posibilidad para las minorías políticas de formar una demanda ante el Tribunal Constitucional anima a la mayoría a favorecer la paz social. El concepto de control de la constitucionalidad que surge es, en última instancia, muy coherente con

²¹ KELSEN, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, *RDP*, 1928, pp. 240-242. Ver también, *Qui doit être le gardien de la constitution?*, p. 126.

²² KELSEN, Hans, *Qui doit...?*, *cit.*, p. 126.

la concepción procedural kelseniana de la democracia. El control de constitucionalidad es, ante todo, un mecanismo estructural para regular el ejercicio de competencias entre las autoridades normativas y garantizar que sea posible una alternancia de poderes.

3.2. LOS DERECHOS HUMANOS AL CENTRO DE LA TEORÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA DE BOBBIO

BOBBIO se refiere a menudo a la concepción kelseniana de la democracia. Al igual que KELSEN, reivindica una definición procesal de la democracia, que la presenta como un conjunto de reglas de juego. A menudo enumera seis reglas: 1) la igualdad antes de la votación (todos los ciudadanos deben gozar de los mismos derechos políticos); 2) la igualdad en el ejercicio del sufragio (“una cabeza, un voto”); 3) la libertad de voto (todos los votantes deben ser libres de votar según su propia opinión); 4) el pluralismo (todos los electores deben tener la capacidad elegir entre partidos políticos que ofrezcan programas distintos y alternativos); 5) una toma de decisiones por mayoría (el candidato se considera elegido, o se adopta la decisión que reúne el mayor número de votos); 6) posibilidad de alternancia (la minoría de hoy debe poder convertirse en la mayoría de mañana).

Pero no basta con atenerse a la redacción de estas normas para comprender la concepción bobbiana de la democracia. Estas normas siguen siendo inseparables de un conjunto de valores, los de la paz y de los derechos humanos. Aquí, a diferencia de KELSEN, BOBBIO sitúa los derechos humanos en el centro de su teoría de la democracia:

“Los derechos humanos, la democracia y la paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y efectivamente protegidos, no hay democracia; sin democracia, no hay condiciones mínimas para la resolución pacífica de los conflictos que surgen entre individuos, entre grupos y entre estos grandes grupos que son Estados”.²³

El autor añade: “La democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los sujetos se convierten en ciudadanos cuando se les conceden derechos fundamentales”.²⁴ Mientras que BOBBIO concibe que los derechos y las libertades pueden ser

²³ BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, cit., pp. IX-X.

²⁴ *Ibidem*, pp. IX-X.

reconocidos fuera del marco democrático, cree que la democracia es impensable sin el reconocimiento y la protección de los derechos humanos (a). Tales derechos constituyen tanto el fundamento como los límites del poder ejercido en un marco democrático (b).

a) La indivisibilidad de los derechos humanos y la democracia

Para BOBBIO, “el reconocimiento y la protección de los derechos humanos son la base de las constituciones democráticas modernas”.²⁵ El autor establece un estrecho vínculo entre los derechos humanos y la democracia en tres niveles: histórico, conceptual y pragmático.

Desde la perspectiva histórica, a BOBBIO le gusta señalar que, con la excepción de Estados no democráticos sino liberales (por ejemplo, las monarquías constitucionales), que han concedido algunos derechos y libertades a los individuos, todos los Estados autocráticos han sido regímenes que limitan o niegan los derechos humanos. La experiencia del fascismo da un ejemplo perfecto. Tan pronto como llegaron al poder, los fascistas disolvieron los partidos políticos y los sindicatos, y luego abolieron la libertad de asociación, la libertad de prensa y las elecciones libres. Además, BOBBIO señala que el reconocimiento de los derechos y las libertades en Cartas o Declaraciones ha sido a menudo un preludio de la aparición de regímenes democráticos. La Declaración de Independencia de los Estados Americanos de 1776 precedió a la redacción de la Constitución Americana durante una década. La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789 precedió, en Francia, a la institución de una monarquía constitucional, y luego a la proclamación de la República y de la democracia. Este patrón también caracterizaría los procesos de democratización de los Estados que en el siglo XX se levantaron contra las dictaduras. BOBBIO también quiere creer que esto podría suceder al nivel internacional: “Así como las declaraciones nacionales fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, ¿por qué la Declaración Universal de los Derechos Humanos no debería ser el preludio de la democratización del sistema internacional?”²⁶ se preguntaba.

Desde el punto de vista conceptual, la inseparabilidad de los vínculos entre los derechos humanos y la democracia puede apoyarse en dos elementos principales. Por una parte, ambos conceptos se basan en el mismo principio de libertad. BOBBIO argumenta que, tanto en la tradición de los derechos huma-

²⁵ *Idem*, p. VII.

²⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoria generale della politica*, p. 44.

nos como en el pensamiento democrático, la libertad significa autonomía. El pensamiento humanista y democrático concibe la libertad como la capacidad del individuo de someterse únicamente a las normas que ha consentido y que contribuye a producir por sí mismo o a través de sus representantes. Por otra parte, en términos más generales, los derechos humanos y la democracia (al menos la de los modernos) comparten un fundamento individualista común, en virtud del cual el ser humano tiene un fin en sí mismo. Ambos conceptos, según BOBBIO, se han estructurado en torno a la idea de que la consideración del individuo tiene prioridad sobre los intereses del Estado o de cualquier comunidad. Para BOBBIO, el individualismo impulsado por los derechos humanos y el ideal democrático consagra la prevalencia de los derechos sobre los deberes y, por lo tanto, protege a los individuos contra la inclinación de los grupos, desde la microcomunidad hasta la sociedad entera de un Estado, a oprimirlos.

Finalmente, a nivel pragmático, BOBBIO pone en relieve una relación dialéctica entre democracia y derechos humanos. El reconocimiento de los derechos humanos es esencial para el buen funcionamiento de la democracia, que a su vez es el único régimen capaz de protegerlos. Nada sirve mejor a la democracia que el reconocimiento de los derechos y las libertades, que permiten a los ciudadanos expresarse y a los partidos políticos formarse.

b) Derechos humanos, fundamentos y límites del poder político

Para BOBBIO, los derechos humanos son tanto los fundamentos como los límites del poder político en una democracia. Es una de las expresiones modernas del "gobierno de las leyes" frente al "gobierno de los hombres".²⁷ Las decisiones adoptadas por las autoridades del Estado no pueden, en consecuencia, tener cualquier contenido; deben respetar los derechos y las libertades de las personas. En palabras de KELSEN, los derechos humanos son límites a la validez material del poder normativo de los órganos estatales.

Pero aquí el pensamiento de BOBBIO se desvía de dos características sobresalientes de las posiciones teóricas de KELSEN. Por un lado, el concepto de Estado de derecho, precisamente en la medida en que expresa una limitación material del ejercicio del poder estatal tiene sentido para BOBBIO. No es, como lo era para KELSEN (*supra*), una sencilla tautología. Por otro lado, BOBBIO no excluye la idea de que el control de constitucionalidad puede cumplir una función general de protección de los derechos humanos. Sin embargo, BOBBIO nunca lo formuló explícitamente. Sea lo que sea, su silencio puede ser interpretado más como

²⁷ BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, pp. 131-132.

una posibilidad abierta que como un rechazo de principio. BOBBIO, al igual que KELSEN, asocia la democracia sobre todo al voto por mayoría, pero admite procesos de toma de decisiones alternativos, complementarios o correctivos, como el sorteo, el consenso o la unanimidad. El control de constitucionalidad, como el ejercido por un pequeño grupo de individuos debidamente diseñados, puede cumplir una función correctiva frente a las decisiones políticas que ignoran los derechos humanos o que deriven hacia una tiranía de la mayoría.

El estudio en profundidad del tratamiento de la cuestión de los derechos humanos en las obras de dos figuras emblemáticas del positivismo revela una diversidad de consideración de estos derechos. Al permanecer dentro de los cánones del positivismo epistemológico y teórico, al concebir la democracia como un conjunto reglas procedurales, cuyo papel es hacer posible la alternancia política, y al abordar el derecho esencialmente desde un punto de vista formal y estructural, KELSEN no abre una gran vía a desarrollos teóricos sobre los derechos humanos. Los aborda principalmente en sus escritos de teorías constitucionales y en la forma reducida de derechos y libertades políticas. Por lo demás, los derechos humanos son solo elementos contingentes del sistema jurídico y, por lo tanto, del objeto de la ciencia jurídica kelseniana.

Si en la obra de KELSEN, los derechos humanos no aparecen en la teoría general del derecho como elementos de atención, a diferencia de su maestro austriaco, el profesor de Turín les confiere un papel central en su teoría política. Además, a diferencia de KELSEN, que deja muy ocasionalmente su neutralidad axiológica para expresar sus preferencias éticas (libertad, tolerancia, etc.), BOBBIO es más expresivo respecto a ellas. Los derechos humanos no solo son un objeto científico, sino también preferencias éticas por las cuales BOBBIO se compromete en la esfera pública. Finalmente, BOBBIO enfrenta en su obra, mucho más que KELSEN, uno de los desafíos que plantea a los teóricos que reivindican un ideal de neutralidad axiológica, los conceptos que expresan valores tal como el de derecho humano o de democracia, a saber, tomar una distancia crítica con un objeto que expresa valores a los cuales se suscribe.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, rééd. 1972.
- BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria generale della politica*, Giappichelli, Torino, 1993.

KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *RDP*, 1928.

KELSEN, Hans, *La démocratie. Sa nature-Sa valeur*, Dalloz, Paris, 2004 (réed.).

KELSEN, Hans, *What is Justice?*, University of California, Berkeley, 1957.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962.

KELSEN, Hans, *Qui doit être le gardien de la constitution?*, Michel Houdiard éditeur, Paris, 2006.

LOCHAK, Danièle, "La doctrine du positivisme sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", en *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989.

PECES-BARBA, Gregorio, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2003.

TROPER, Michel, "Le positivisme et les droits de l'Homme", in B. Binoche et J.-P. Cléro (dirs.), *Bentham contre les droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2007.

Recibido: 28/3/2021
Aprobado: 25/6/2021