

LOS "DERECHOS HUMANOS" Y LA POLÉMICA ENTRE IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO

J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *La diferencia central entre iusnaturalismo y iuspositivismo*; 3. *"Derechos humanos" y teoría jurídica*; 4. *Los "derechos humanos" como derechos públicos subjetivos.*

1. *Introducción*

El propósito primordial de este trabajo¹ consiste en puntualizar la diferencia fundamental entre la doctrina del derecho natural y la del positivismo jurídico con respecto a los llamados "derechos humanos".

Cabe advertir que, por obvias razones, no pretendo analizar aquí cada uno de los postulados sustentados por los distintos autores considerados iusnaturalistas o iuspositivistas, sino establecer, sencillamente, cuál es la tesis —o las tesis— compartidas por los diversos autores partidarios de la doctrina del derecho natural, por un lado, y los del positivismo jurídico, por el otro, cuya sustentación por tales autores nos permite clasificarlos en una u otra corriente. Una vez que, analíticamente, se establezca lo anterior, me permitiré exponer cuál de los dos enfoques metodológicos sobre los llamados "derechos humanos" me parece más satisfactorio, esgrimiendo algunos argumentos en favor de tal elección.

Pues bien, como se sabe, en la historia de la teoría general del derecho y de la filosofía jurídica ha sido habitual distinguir entre los partidarios de la doctrina del derecho natural y los del positivismo jurídico, mismos que han protagonizado una milenaria y apasionada polémica.² En términos muy generales y con respecto a la época moderna, se puede

¹ El cual forma parte de una investigación más amplia y en proceso sobre *Las libertades públicas en el orden jurídico mexicano*, cuya primera parte está integrada por la conceptualización del "derecho a la libertad" y, previamente a ello, por la elucidación del significado de los "derechos humanos", en donde encuadraría el presente artículo.

² Para un panorama sobre los principales postulados de los diversos partidarios de cada una de estas corrientes, puede consultarse a VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, (traducción de Mario de la Cueva), 2a. ed., México, UNAM, 1983.

afirmar, por ejemplo, que la doctrina iusnaturalista dominó durante los siglos XVII y XVIII; esta última, caracterizada por postular la existencia de ciertos "derechos" innatos al hombre cuya validez era independiente de lo dispuesto por los sistemas positivos, alcanzó sin duda su mayor expresión en esa época a través de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.³ Después de los severos ataques formulados, principalmente, por Bentham con respecto al alcance jurídico normativo de este tipo de "declaraciones", así como de sus objeciones a la pretensión doctrinal de que hubiera ciertos "derechos naturales" ajenos a los derechos de carácter positivo,⁴ el siglo XIX presenció un paulatino retroceso del iusnaturalismo en favor del positivismo jurídico; típico de esta época, entre la teoría jurídica inglesa, fue el pronunciamiento de Austin: "La existencia del derecho es una cosa, sus méritos o deméritos son otra. Si una norma (*a law*) es, se trata de una cuestión; si ella *debiera* ser o si se adecua a ciertos patrones dados o supuestos, se refiere a otra distinta".⁵ Asimismo, el predominio doctrinal del positivismo jurídico perduró buena parte del siglo XX, donde destaca la influencia de Kelsen —especialmente entre los juristas de los sistemas de tradición romanista—, quien objetaba el carácter científico del iusnaturalismo.⁶

Sin embargo, después de la última guerra mundial, se apreció un resurgimiento de la doctrina del derecho natural, primordialmente como reacción contra las iniquidades morales que, bajo la tutela del derecho positivo, fueron cometidas por los ciudadanos y funcionarios del régimen de la Alemania nazi. Célebre fue la crítica dirigida, principalmente por Radbruch, a la doctrina del positivismo jurídico en el sentido de que, algunos de sus principios —como el de que "la ley es la ley" y "ante todo hay que aplicar la ley"—, reflejaban una actitud

³ Cuyo artículo 16 establece: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".

⁴ *Vid.*, BENTHAM, Jeremy, "Anarchical Fallacies: Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution", en *The Works of Jeremy Bentham*, vol. II, Ed. por J. Bowring, 1969, pp. 489-534; citado por HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, especialmente el capítulo IV.

⁵ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2a. ed., New York, Burt Franklin, 1970, Lecture VI, p. 233.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, (traducción de Luis Legaz Lacambra), México, Editorial Nacional, 1974; *Idem*, *Teoría pura del derecho* (traducción de Moisés Nilve), Buenos Aires, EUDEBA, 1971; *Idem*, *Teoría pura del derecho* (traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Ver-nengo), México, UNAM, 1979; cada una de estas obras publicadas originalmente en alemán, respectivamente, en los años de 1925, 1934 y 1960.

sin moral y parcialmente responsable del régimen de Hitler, ya que al justificar una legislación como la nacional-socialista, según dicho autor, el iuspositivismo había impedido que se combatiera el contenido arbitrario e injusto de la misma.⁷

Es necesario advertir que, como se pretenderá demostrar más adelante, la posición atribuida por Radbruch a la doctrina iuspositivista nada tiene que ver con el positivismo jurídico entendido correctamente, sino que en realidad tal posición —denominada por Ross cuasipositivismo— refleja una controversia entre dos escuelas iusnaturalistas divergentes.⁸

Por lo pronto, cabe señalar que lo anterior hace patente que uno de los problemas más importantes para abordar la polémica entre iusnaturalismo e iuspositivismo es el carácter marcadamente ambiguo de ambos términos —en especial de la expresión "positivismo jurídico"—, por lo que se hace indispensable establecer, claramente, qué es lo que cada uno de esos términos denota para centrar la discusión.

Uno de los primeros intentos fructíferos para identificar y distinguir las diversas actitudes, tesis, concepciones y doctrinas ocultas bajo los rótulos "iusnaturalismo", o bien, "positivismo jurídico", atribuidas a, y/o sostenidas por pensadores considerados iusnaturalistas, por un lado, o iuspositivistas, por otro, fue sin duda el realizado por Hart en 1958, bajo el título "Positivism and the Separation of Law and Morals".⁹ En esa misma dirección, en el año de 1961, se publicaron dos artículos esclarecedores: "Sul positivismo giuridico", de Norberto Bobbio (el cual se incluyó en el libro de dicho autor *El problema del positivismo jurídico*, traducido al español por Ernesto Garzón Valdés y publicado en 1965),¹⁰ así como "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", de Alf Ross.¹¹

Así pues, gracias a estos autores, entre otros, se vieron con claridad cuestiones que hasta entonces se habían sometido a un tratamiento

⁷ Cfr., RADBRUCH, Gustav, "Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", en *Derecho injusto y derecho nulo* (traducción de J. M. Rodríguez Paniagua), Madrid, Aguilar, 1971, pp. 3-22; en este mismo sentido, véase, FULLER, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart", en *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., February 1958, vol. 71, núm. 4, pp. 630, 657 y ss.

⁸ Cfr., Ross, Alf, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, núm. IV, octubre diciembre de 1961, pp. 68 y ss.

⁹ *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., February 1958, vol. 71, núm. 4, pp. 593-629.

¹⁰ Buenos Aires, EUDEBA, 1965, el capítulo II, pp. 37-66.

¹¹ Cfr., *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 46-88.

confuso e inadecuado, con lo cual se pudieron deslindar diversos problemas como independientes, tornando así inteligibles muchas de las cosas encubiertas por un uso poco cuidadoso de los rótulos "iusnaturalismo" y "positivismo jurídico".

Entre nosotros, una contribución significativa al esclarecimiento de los términos de la polémica fue la del maestro García Máynez en el cursillo impartido en 1967 en el Colegio Nacional y que se publicó al año siguiente bajo el título *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*.¹²

Por otra parte, a partir de esa misma época, se observó un recrudescimiento de las objeciones contra el positivismo jurídico, formuladas por el jurista y filósofo norteamericano Ronald Dworkin, las cuales se encuentran reunidas en su libro *Taking Rights Seriously*, publicado en 1977,¹³ reanudándose así el debate, particularmente entre los iusfilósofos del mundo angloamericano. Asimismo, cabe mencionar las importantes aportaciones que, con respecto al mismo, han formulado Genaro R. Carrió, en su artículo "Dworkin y el positivismo jurídico" (aparecido en español en 1981),¹⁴ así como Carlos S. Nino, en la segunda edición de su libro *Introducción al análisis del derecho*, de 1980.¹⁵ y Javier Esquivel, en su comunicación al X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, celebrado en esta ciudad en 1981, bajo el título "Positivismo jurídico y iusnaturalismo".¹⁶

A los anteriores, claro está, cabría agregar otros trabajos como instanciaciones relevantes de alguna de las corrientes aquí examinadas, pero los mencionados —a excepción del de Dworkin— se caracterizan porque sus autores se preocuparon, además de establecer su posición, por deslindar a través del método analítico las características fundamentales tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico. De este modo, como se apuntó, se pudieron distinguir problemas que antes, por tratarse en bloque, provocaban confusión y estériles discusiones, en tanto que ahora pueden abordarse con mayor claridad, según correspondan, por ejemplo, a la filosofía moral, a la metodología jurídica o a la filosofía del derecho.

¹² 2a. ed., México, UNAM, 1977.

¹³ LONDON, Ducknorth, 1978, especialmente el capítulo 12, pp. 266-278.

¹⁴ *Cuadernos de crítica*, México, UNAM, 1981, núm. 16.

¹⁵ Buenos Aires, Editorial Astrea, especialmente el capítulo I, pp. 11-50.

¹⁶ *Memoria del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, UNAM, 1982, vol. VI, pp. 129-131.

2. La diferencia central entre iusnaturalismo y iuspositivismo

Para los efectos del tema que nos ocupa, será necesario establecer si hay alguna tesis sobre los llamados "derechos humanos" que sea sustentada y compartida por los partidarios de la doctrina del derecho natural, misma que, por otra parte, sea rechazada por quienes son considerados como iuspositivistas. Si tal fuera el caso, pues, sería razonable admitir la existencia de dicha polémica, lo cual plantearía un problema relevante para la filosofía del derecho.

Pues bien, aun cuando hay gran diversidad de corrientes entre los partidarios de la doctrina del derecho natural, se puede caracterizar a dicha doctrina —siguiendo especialmente a Hart¹⁷ y a Nino¹⁸— porque sostienen la siguiente tesis: "Hay ciertos principios morales y de justicia universalmente válidos, los cuales pueden ser conocidos a través de la razón humana y, en caso de que algún sistema o norma no se adecuen a tales principios universales, los mismos no podrán ser considerados como jurídicos."

Para el iusnaturalismo tradicional, pues, por encima del derecho positivo, imperfecto y mutable, hay un derecho natural de carácter universal, el cual constituye el auténtico derecho; el primero sólo podrá ser considerado como derecho válido en la medida que se adecue a dicho derecho natural.

Para esta doctrina, los llamados hoy "derechos humanos" no representan más que una nueva forma de lo que tradicionalmente se denominaban "derechos naturales", cuya validez se considera independiente de lo que disponen las normas que integran el derecho positivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la conducta humana que es característica del derecho positivo. Así pues, lo único que puede hacer éste con los "derechos humanos" es reconocerlos y reglamentar su ejercicio; incluso, si un sistema positivo no lo hiciera así no podría ser considerado como "derecho".

Si bien todos los iusnaturalistas coinciden sustancialmente en defender la tesis de que las normas jurídicas (o los sistemas jurídicos) inmorales o injustos no son derecho válido, discrepan acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman

¹⁷ Cfr., HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, (traducción de Genaro R. Carrió), 2a. ed., México, Editora Nacional, 1978, p. 230.

¹⁸ Cfr., *op. cit. supra*, nota 15, pp. 27-28.

el llamado "derecho natural" y acerca de cuáles son tales principios. En efecto, la naturaleza de la que se han hecho derivar los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o bien la naturaleza de Dios, o de la sociedad, o de la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre, en particular como ser racional. De este modo, se puede distinguir, cuando menos, entre un derecho natural teológico, otro sociológico, otro historicista y otro racionalista; pero todos ellos se caracterizan por sostener la tesis mencionada que, como señala Bobbio,¹⁹ se pronuncia por una definición valorativa del derecho, esto es, por una concepción que no considera al derecho como un mero hecho, sino como algo que tiene (o realiza) un valor, limitando el uso del término derecho al derecho moral o justo.

Más difícil de caracterizar resulta, sin embargo, la concepción positivista del derecho, debido a su intolerable ambigüedad, ya que ella hace referencia a posiciones diferentes que a veces nada tienen que ver entre sí, las cuales, en muchos casos, fueron incluso rechazadas por algunos juristas considerados positivistas y, en otros, fueron sostenidas por ciertos iuspositivistas, pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido.

La tesis que parece más plausible es la formulada por Hart, sosteniendo que no hay una conexión necesaria entre derecho y moral,²⁰ y por Bobbio, en el sentido de que el derecho, esto es, las normas jurídicas constituyen un fenómeno social condicionado por la experiencia, razón por la cual el concepto de derecho debe estar determinado según propiedades fácticas o descriptivas sin acudir a criterios valorativos.²¹

En cuanto al primer aspecto, Hart señala expresamente que por positivismo jurídico se entiende "la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así".²²

Así pues, es falsa la imputación habitual y simplista a la doctrina iuspositivista en el sentido de que ésta rechaza toda relación entre la moral y el derecho. Es obvio que los hechos jurídicos y morales se encuentran relacionados entre sí de varias maneras. Las ideas morales son, sin duda, uno de los factores causales que determinan el contenido de las normas jurídicas, y éstas, por su parte, frecuentemente influyen

¹⁹ Cfr., *op. cit. supra*, nota 10, pp. 83-86.

²⁰ Cfr., *op. cit. supra*, nota 9, *passim*, especialmente, pp. 622 y 626; asimismo *op. cit. supra*, nota 17, pp. 230 y 256.

²¹ Cfr., *op. cit. supra*, nota 10, pp. 83-86.

²² *Op. cit. supra*, nota 17, p. 230.

a las ideas y actitudes morales predominantes. No hay impedimento alguno para que un positivista admita, por ejemplo, esta mutua dependencia.

Asimismo, es altamente equívoco sostener que lo que caracteriza al iuspositivismo es la negación de que existen principios morales y de justicia universalmente válidos que puedan ser conocidos por medios racionales y objetivos. Cierto es que hay juristas positivistas, como Kelsen²³ y Ross,²⁴ que sostienen esta última tesis, pues consideran que los juicios morales son subjetivos y relativos, en tanto que sólo expresan los estados emocionales de quienes los formulan, y que no se cuenta con procedimientos objetivos para demostrar la verdad o falsedad de tales juicios.

Conocida es la crítica de Kelsen a la pretensión iusnaturalista de hacer coincidir el concepto de derecho con un ideal específico de justicia, como pudiera ser, por ejemplo, la democracia y el liberalismo. Esto es, que se incluya como elemento necesario de la definición de derecho que en la elaboración de éste haya participado directa o indirectamente toda la comunidad y que el respectivo sistema establezca cierto *minimum* de libertad y la posibilidad de la propiedad privada. Desde el punto de vista científico, afirma Kelsen, la democracia y el liberalismo son sólo dos tipos de organización posibles, al igual que la autocracia y el socialismo, por lo que no hay razón científica para excluirlos. Según este autor, tal pretensión no es científica (en tanto que no busca explicar racionalmente la realidad) sino política e ideológica (ya que sólo trata de justificar o rechazar la realidad según criterios subjetivos, valorativos y actitudes emocionales).²⁵ Con el método de la doctrina del derecho natural —señalan Kelsen y Ross— es posible sostener postulados contradictorios; desde un punto de vista político-práctico, las corrientes iusnaturalistas han sido tanto conservadoras como evolucionistas y revolucionarias; se puede afirmar que todos los sistemas políticos, desde el absolutismo extremo hasta la democracia directa, han sido justificados por los diversos partidarios de la doctrina del derecho natural. De este modo, la idea de un derecho natural válido en todo tiempo y lugar se ha modificado, en la vida

²³ Vid., *Teoría general del derecho y del Estado*, (traducción de Eduardo García Maynez), 2a. ed., México, UNAM, 1979, pp. 3-15.

²⁴ Vid., *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1958, pp. 268-275.

²⁵ Cfr., *op. cit. supra*, nota 23, pp. 3-15.

práctica, en un derecho natural variable, según las circunstancias o según la ideología del sustentante.²⁶

Sin embargo, es necesario advertir que el escepticismo ético de los juristas mencionados constituye una tesis de filosofía moral independiente de la tesis de carácter metodológico que, como señalé, permite identificar al iuspositivismo. Al respecto, cabe mencionar que hay autores considerados ampliamente como positivistas que no comparten dicha tesis de filosofía moral; piénsese, por ejemplo, en Bentham²⁷ y Austin,²⁸ de quienes se puede afirmar que son los fundadores del iuspositivismo moderno, pero creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral de validez universal, como el "principio de utilidad", del cual se derivaban todos los juicios valorativos; el propio Hart, uno de los más destacados positivistas contemporáneos, es claro que no es un escéptico en materia ética.²⁹ Incluso Kelsen y Ross, si bien sus postulados sobre el relativismo moral los utilizan como apoyo para defender su posición positivista, ellos no identifican ésta con su escepticismo ético.

Antes de insistir en la tesis que caracteriza al iuspositivismo en tanto enfoque metodológico y a sus efectos con respecto a los llamados "derechos humanos", considero conveniente distinguirlo, siguiendo a Bobbio,³⁰ de otros dos significados habituales de la expresión "positivismo jurídico".

En efecto, hay ocasiones en que la expresión "positivismo jurídico" se utiliza también para designar un conjunto de teorías, concepciones y tesis acerca, por decirlo así, de la "naturaleza" del derecho positivo, o de las normas jurídicas, o de las llamadas "fuentes del derecho", o de las características del orden jurídico, o de los métodos de aplicación del derecho positivo a casos concretos, etcétera, varias de las cuales se identifican con lo que se conoce como formalismo jurídico. A este significado Bobbio lo denomina "positivismo jurídico como teoría".³¹ Sin

²⁶ Cfr., por ejemplo, KELSEN, Hans, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1961, núm. 4, pp. 35-41; asimismo, ROSS, Alf, *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 57-61.

²⁷ Vid. *Fragmento sobre el gobierno*, (traducción de Julián Larios Ramos), Madrid, Aguilar, 1973, pp. 30-31; *Idem*, *The Principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner Press, 1948, pp. 4-7.

²⁸ *Id.*, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 31-37 y 101-104.

²⁹ Vid., por ejemplo, *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, (traducción de Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962; *Idem*, "Entre el principio de utilidad y los derechos humanos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1980, núm. 58, pp. 7-28.

³⁰ *Id.*, *op. cit.*, *supra*, nota 10, pp. 39-62.

³¹ Cfr., *ibidem*, pp. 46-49.

embargo, la adopción del positivismo jurídico como enfoque metodológico —la tesis de que el derecho es un fenómeno social y de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral— no nos compromete a aceptar como verdaderas ninguna de las tesis o concepciones que caracterizan al positivismo jurídico como teoría, por lo que para los efectos de este trabajo no se insistirá en él.

El otro significado, como apunta Bobbio, alude al positivismo jurídico como ideología.³² En efecto, es frecuente que se atribuya al iuspositivismo la adopción de una actitud valorativa frente al derecho positivo, según la cual existe un deber moral de obedecer el derecho positivo independientemente del contenido de sus normas. Sin embargo, esta posición padece una seria incongruencia, ya que combina la tesis de que se debe definir al derecho en términos puramente fácticos, como la que los positivistas propugnan, con la idea iusnaturalista de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral. En realidad, el positivismo ideológico es una posición valorativa que postula que los órganos jurídico-aplicadores deben tener en cuenta un solo principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho positivo. Cabe advertir, al respecto, que no hay un solo positivista importante que sostenga esta posición. Alf Ross llama a esa ideología "cuasi-positivismo" y la desenmascara como una forma perversa de iusnaturalismo.³³

Para ilustrar la controversia podría tomarse como ejemplo el sistema jurídico positivo de la Alemania nazi: los iusnaturalistas (como Radbruch) dirían que eso no era derecho y no debía ser obedecido; los cuasipositivistas afirmarían que eso era derecho y debía ser obedecido; en tanto que los iuspositivistas sostendrían, como Hart, que lo que hay que decir es "Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido."³⁴

De lo anterior se desprende que la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo se centra sobre el método para definir el derecho, esto es, si el concepto de derecho debe estar determinado según criterios valorativos, o bien, de conformidad a propiedades fácticas o descriptivas.

Esta discusión, a diferencia de la controversia sobre la objetividad de los principios morales y de justicia, no es un problema de la ética

³² Cfr., *ibidem*, pp. 51-55.

³³ Cfr., *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 75-79.

³⁴ *Op. cit.*, *supra*, nota 17, p. 256; *idem.*, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 626.

sino de la filosofía del derecho, en tanto que se trata de determinar el concepto mismo de derecho.

3. "Derechos humanos" y teoría jurídica

Una vez establecida la diferencia fundamental entre ambas corrientes, cabe señalar que los partidarios del positivismo jurídico en cuanto tal —es decir, en tanto enfoque metodológico— no se oponen a la idea de que pueda haber ciertos "derechos humanos" con las características que los iusnaturalistas les asignan (es decir, que son inherentes a la persona humana y que su existencia es independiente de su reconocimiento por el Estado); pero sostendrán que tales "derechos" son valores *morales* y no auténticos derechos *jurídicamente* considerados. Los límites y la jerarquía de esos "derechos humanos" dependerán, pues, de su fundamentación en alguna concepción de filosofía moral o política,³⁵ o incluso metafísica,³⁶ pero cuyo desarrollo no representa, estrictamente, una tarea de la filosofía del derecho.

Como apunta el profesor Nino, el significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión 'derecho' implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos, de carácter jurídico, requieren verificarse en términos de lo que determinadas normas jurídicas (positivas) disponen.³⁷ De este modo, no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico respectivo prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial; algunos positivistas sostendrían que, en este caso, el "derecho humano" o, mejor dicho, el valor *moral* de practicar libremente el culto no fue reconocido por el sistema jurídico y, por tanto, no se refleja en un derecho *jurídico* correlativo; tal situación puede afectar negativamente la justi-

³⁵ Piénsese, por ejemplo, en alguna filosofía basada en alguna forma de utilitarismo, como las de John Stuart Mill (*On Liberty*, en *Great Books of the Western World*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1971, vol. 43, pp. 267-323) o de John Rawls (*A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of the Harvard University Press, 1971); o bien, en una doctrina basada directamente en los "derechos humanos fundamentales", como las de Robert Nozick (*Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974) o Ronald Dworkin (*op. cit.*, *supra*, nota 13). Un análisis sobre la plausibilidad, precisamente, de estas doctrinas, puede consultarse en HART, *op. cit.*, *supra*, nota 29.

³⁶ Al respecto, puede consultarse a VILLANUEVA, Enrique, "La fundamentación metafísica de los derechos humanos", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, México, UNAM, 1982, vol. VI, pp. 87-95.

³⁷ *Cfr.*, *op. cit.*, *supra*, nota 15, pp. 195-198.

ficabilidad y fuerza obligatoria moral del sistema en cuestión, pero no impide —a diferencia de lo que sostienen los iusnaturalistas— que el sistema sea considerado como *jurídico*.

Para el positivismo metodológico, pues, los llamados "derechos humanos" tienen un carácter primordialmente *moral*, sin perjuicio de que pueda haber derechos jurídicos correlativos en los sistemas jurídicos positivos, ya sean el de carácter internacional o alguno estatal. Lo que el iuspositivismo rechaza, a diferencia del iusnaturalismo, son proposiciones acerca de derechos subjetivos jurídicos que no sean empíricamente verificables sobre la base de normas jurídicas positivas.

Así pues, por lo menos en este último punto, se puede afirmar la vigencia de la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo con respecto a los llamados "derechos humanos", la cual no hace sino reflejar su disputa central sobre cómo se debe determinar el concepto de derecho.

En mi opinión, hay razones importantes en favor de la posición sostenida por los iuspositivistas en cuanto a la conveniencia de que el concepto de derecho se determine según propiedades fácticas o descriptivas, sin tomar en cuenta criterios valorativos.

Entre los argumentos que apoyan el enfoque iuspositivista se pueden mencionar, brevemente y en primer lugar, que la pretensión iusnaturalista de sólo considerar como derecho el que sea justo o moral implica un reduccionismo que no favorece propósito alguno de carácter teórico o científico, sino que provoca incluso confusión al dejar a otra disciplina el estudio de aquellas normas que no obstante satisfacer ciertas condiciones empíricas son moralmente inicuas; a diferencia de la posición iuspositivista que usa o sostiene un concepto amplio de derecho que abarca el estudio, incluso, de normas jurídicas injustas o inmorales.

Como afirma Hart, un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de las distintas cuestiones morales y políticas que entran en juego para resolver los problemas de obediencia, en tanto que un concepto restringido que niega validez jurídica a las normas inicuas puede cegarnos frente a ellas.³⁸

Por otra parte, sin pronunciarnos sobre la tesis de filosofía moral relativa a la existencia o inexistencia de principios morales y de justicia objetivos —pues excede a los propósitos de este trabajo— cabe advertir que, incluso si hipotéticamente se aceptara su existencia, en la práctica la gente difiere acerca de cuáles son esos principios. Por

³⁸ Cfr., *op. cit.*, *supra*, nota 17, p. 261.

tanto, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, es decir, si para identificar un orden jurídico hubiera que determinar su conformidad con ciertos principios morales y de justicia, la gente diferiría grandemente en su identificación de los sistemas jurídicos. Esto transformaría al concepto de derecho en una noción subjetiva o relativa, lo cual traería graves problemas para la comunicación, en particular entre los juristas.

Asimismo, sólo se puede calificar a un sistema jurídico como justo o injusto, bueno o malo, si previamente se reconoce la existencia independiente del sistema jurídico, tal como lo propone la doctrina del positivismo jurídico al distinguir entre el derecho que es, del derecho que debe ser.

Por último, si bien pudiera haber algún otro argumento en favor del enfoque iuspositivista, es claro que los diversos sistemas normativos que han existido y son conocidos como jurídicos, independientemente de su valor o disvalor moral, presentan rasgos fácticos o características empíricas comunes que son relevantes para todo análisis social (como el que realizan historiadores, abogados, sociólogos, antropólogos, etcétera), que se hace necesario agruparlos conceptualmente en una misma clase, distinguiéndolos de otros fenómenos sociales (como la moral, la política, la religión, etcétera). Si no se utilizara la expresión "derecho" para referirse a tales fenómenos, sería necesario inventar otra palabra que cumpliera la misma función, pero me parece que no hay una razón de peso para substituir el uso amplio que ya tiene el término "derecho" para hacer referencia a esos fenómenos sociales que presentan determinadas características empíricas comunes.

4. Los "derechos humanos" como derechos públicos subjetivos

Siguiendo el enfoque iuspositivista, pues, sólo podrá hablarse con propiedad de la existencia jurídica de ciertos *derechos humanos* cuando los mismos hayan sido establecidos por determinadas normas jurídicas (positivas), ya sea que pertenezcan a alguno de los diversos ordenamientos jurídicos nacionales o a aquel que constituye la comunidad internacional. En este orden de ideas, sólo existirá determinado derecho o libertad jurídica en un Estado específico en tanto que el orden jurídico que lo conforma así lo establezca; sólo habrá la libertad jurídica de expresión o reunión en cierto orden si una norma jurídica perteneciente al mismo establece el derecho a la libertad respectiva.

Ahora bien, es claro que la función del derecho positivo ha sido, y

sigue siendo, la de garantizar jurídicamente determinados valores que afectan la convivencia humana. En este sentido, por ejemplo y de acuerdo con los postulados del sistema político denominado democracia constitucional,³⁹ se ha considerado primordial el establecimiento y protección de ciertos derechos y libertades a nivel constitucional, los cuales frecuentemente reciben el calificativo de "derechos humanos" o, más recientemente, de "derechos fundamentales". Al respecto, cabe advertir —como apunta Gregorio Robles— que los derechos humanos positivados en normas jurídicas no son sino derechos subjetivos a los cuales la organización política concede gran relevancia, elevándolos, en consecuencia, por encima de otros derechos subjetivos que considera menos importantes. El que sean incluidos o no en el ordenamiento jurídico depende, por consiguiente, de una decisión política, pero en ello no se diferencian tampoco de cualquier otro derecho subjetivo; como producto de una decisión política pueden cambiar e incluirse hoy los que ayer fueron excluidos y viceversa. Lo que no cambia es su estructura formal: la de constituir derechos subjetivos.⁴⁰

Conforme a lo que antecede, esos derechos humanos positivados no son sino una especie de los derechos subjetivos; esto es, a través de esa expresión no se hace referencia alguna a un supuesto "derecho natural" ni a un presunto "derecho" de carácter extrajurídico, sino tan sólo a aquellos derechos subjetivos que, según tesis clásica del iuspositivismo, son establecidos por normas jurídicas cuya validez puede predicarse, entre otros aspectos, previa verificación empírica (verbigracia, histórica) de la existencia real de un acto de creación por parte del órgano que sea.

El objetivo de los derechos humanos o libertades fundamentales positivados a nivel constitucional es impedir la intervención de los órganos del Estado en cierta esfera de actividad de los individuos que integran la comunidad respectiva; tienden a definir para éstos una zona de actividad autónoma en la que tales órganos no pueden válidamente intervenir.⁴¹ Cuanto más amplias sean estas zonas prohibidas y más intensa sea su protección, tanto menos peligro existirá para que se produzca una concentración del poder. Reconocimiento y observancia de las libertades fundamentales separan al sistema político de la democracia constitucional —orientada hacia la distribución del poder para

³⁹ Vid., LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, (traducción de Alfredo Gallego), 2a. ed. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, pp. 390-392.

⁴⁰ Cfr., *Epistemología y derecho*, Madrid, Editorial Pirámide, 1982, pp. 267-268.

⁴¹ Cfr., DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1970, p. 93.

impedir su perversión— de la autocracia —caracterizada por el monopolio del poder en un solo individuo.⁴²

En un sentido estrictamente jurídico, advierte Hans Kelsen, los límites impuestos al Estado y que aparecen como “prohibiciones” de violar a través de una ley (o por disposiciones con fuerza legal) los derechos o libertades fundamentales constitucionalmente consagradas, no consisten en imponer al órgano legislativo la obligación jurídica de no dictar tales leyes,⁴³ sino se reducen a que esas leyes, si hubieran sido promulgadas, puedan ser anuladas por inconstitucionales mediante un procedimiento especial previsto para ese efecto. Las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales son, así, disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento por el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones puedan ser anuladas.⁴⁴ En otros términos, los derechos y libertades fundamentales vienen a ser las determinaciones constitucionales que limitan materialmente las competencias conferidas a los órganos estatales, fijando el contenido que de modo necesario deben tener las normas jurídicas de menor jerarquía o aquel del que éstas se deben abstener.⁴⁵

Es importante observar que, conforme al modelo kelseniano, un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho público subjetivo en cuanto poder jurídico —aunque no sea para obtener la satisfacción por el incumplimiento de la obligación jurídica— cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar el procedimiento que conduzca a la supresión —general o individual de la misma.⁴⁶ En este

⁴² Cfr., LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, *supra*, nota 39, p. 392.

⁴³ Obligar jurídicamente a un órgano legislativo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos y, de hecho, no se impone tal obligación. En cambio, es posible, y así ocurre en la realidad, que el jefe de Estado que debe promulgar las decisiones legislativas del parlamento y los miembros del gabinete ministerial que deben refrendar los actos del jefe de Estado, sean hechos responsables por la constitucionalidad de las leyes que ellos promulgan o refrendan. Cfr., KELSEN, *Teoría pura del derecho*, (traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo), México, UNAM, 1979, p. 155.

⁴⁴ Cfr., *ibidem*, p. 153; es claro que los derechos y libertades fundamentales pueden ser lesionados no sólo por leyes (y disposiciones con fuerza legal) sino también por reglamentos de aplicación, actos administrativos y sentencias judiciales, por lo que estos también, si tienen contenidos contrarios a la constitución, pueden ser anulados.

⁴⁵ Cfr., SCHMILL, Ulises, *El sistema de la constitución mexicana*, 2a. ed., México, Librería de Manuel Porrúa, S.A., 1977, p. 109.

⁴⁶ Puesto que el sentido del acto mediante el cual se elimina una norma es, él mismo, una norma, la libertad garantizada consiste en el poder jurídico de participar

sentido, una protección eficaz de los derechos y libertades fundamentales sólo se consigue mediante esta autorización para iniciar el procedimiento que permita la eliminación de los actos inconstitucionales, lo cual constituye una característica esencial del "Estado democrático constitucional" o del llamado "Estado de derecho en sentido técnico-jurídico".⁴⁷ Así, el mero "reconocimiento" de la existencia de ciertos derechos fundamentales o libertades básicas, en un documento solemne llamado 'constitución', no proporciona una protección adecuada si no se proveen simultáneamente instrumentos al ciudadano para anular las posibles invasiones del poder público a su esfera autónoma.

Asimismo, una garantía eficaz de los denominados derechos y libertades fundamentales sólo se da cuando la constitución que los garantiza no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria, sino sólo a través de un procedimiento especial —en cuanto requiera la satisfacción de condiciones más severas para las reformas constitucionales, como la existencia de un órgano especial, una mayoría calificada en el órgano legislativo en lugar de una mayoría simple, etcétera— distinto del procedimiento legislativo ordinario.⁴⁸ Por lo que las constituciones que restringen el ejercicio de las libertades fundamentales "dentro de los límites de las leyes generales", o bien, permiten excepciones "a través de una ley", proporcionan una protección más formal que material. Si bien exteriormente brilla el emblema de los inviolables derechos fundamentales, apunta Loewenstein, el legislador —y, con su autorización, la censura y la policía puede prácticamente invadir las zonas "prohibidas" al poder público. Aun cuando exista un control judicial en estos casos, no supone ello ayuda alguna, ya que la constitución misma autoriza tales intervenciones legales. La protección de las libertades fundamentales depende, así, de la buena voluntad y de la autolimitación de los detentadores del poder, lo que en realidad significa una protección muy débil.⁴⁹

Por otra parte, es conveniente advertir que, en todo caso, para pronunciarse si en determinado sistema existe el derecho o libertad fundamental para hacer algo, no basta el mero análisis formal de un docu-

en la producción de esas normas. La ley "inconstitucional", por su parte, es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general— una ley válida. Así, esta ley, no es nula, sino sólo anulable, *vid.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 43, pp. 277-284.

⁴⁷ *Vid.*, CAPPELLETTI, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, (Indianapolis, 1971, pp. 89 y ss. LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit. supra*, nota 39, pp. 390-392; SCHMILL, *op. cit. supra*, nota 45, pp. 57-62.

⁴⁸ *Vid.*, KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 43, p. 154.

⁴⁹ *Cfr.*, LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, *supra*, nota 39, pp. 397-398.

mento llamado constitución o de diversos textos legales, sino que se hace indispensable indagar cómo han resuelto los órganos jurídico-aplicadores, particularmente los tribunales, los casos respectivos. Así, por ejemplo, a pesar de que el texto del artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se ha modificado desde 1917 (salvo la adición de 1977 para establecer que "el derecho a la información será garantizado por el Estado"),⁵⁰ el alcance normativo de la libertad de expresión que dicho artículo consagra ha variado con el transcurso del tiempo; en efecto, mientras que en la década de los treinta la Suprema Corte de Justicia⁵¹ sostuvo que la difusión de ideas y propaganda en favor de una doctrina extranjera, como la soviética, se encontraba consagrada dentro del artículo 60. constitucional en tanto que no trastornara el orden público, considerando inconstitucional cualquier restricción al respecto; posteriormente, durante las décadas de los cincuenta y sesenta, la propia Corte⁵² resolvió que

⁵⁰ "Artículo 6º La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado".

⁵¹ "...el formar parte de una manifestación de tipo comunista, llevando carteles con inscripciones alusivas tendientes a propagar la doctrina soviética; pronunciar discursos exaltando esas ideas y denominar funcionario fascista al presidente de la República, lanzando mueras en su contra, para exteriorizar la inconformidad de los manifestantes, con el sistema de gobierno atacado, no constituye propiamente un conjunto de actos que trastornen el orden público, ya que tienen por objeto principal hacer prosélitos y atraer adeptos a la doctrina soviética" (*sic.*); Amparo directo 4709/1931, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXXVIII, p. 221.

⁵² "Toda vez que si, como se ha dicho, toda la literatura comunista impresa da consigna a todos los miembros acerca de la forma y modo como deben actuar para lograr como fin último el establecimiento del Estado socialista y que esencialmente consiste en incrustarse en las masas trabajadoras con el fin de agitarlas bajo el pretexto de que deben obtener la reivindicación plena de todos su derechos de clase que la propia Constitución actual les reconoce, no con el laudable propósito de beneficiarla desinteresadamente, sino para obtener de este modo su control y usarla como arma invencible que los lleve a la conquista del poder público, para de ese modo destruir posteriormente la estructura del Estado en la forma en que se encuentra y construir en su lugar el Estado socialista según está concebido en países como China, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Polonia, etcétera, es jurídico concluir que la conducta asumida en este caso por la parte quejosa induciendo a los trabajadores a subvertir la vida institucional del país mediante las huelgas y paros efectuados fuera de todo procedimiento legal, ya que habían sido declarados inexistentes por la Junta de Conciliación y Arbitraje, enfrentándolos directamente a la autoridad del Estado, encuadra sin lugar a duda en la hipótesis prevista en el artículo 145 del Código Penal..." (Amparos directos números 6134/64, promovido por Dionisio Encina Rodríguez; 5980/64, promovido por Valentín Campa Salazar; 5982/64, promovido por Enrique Hernández Camarena; 6620/64, promovido por Gilberto Rojo y coagraviado; 6956/64, promovido por Enrique Ortega Arenas

no se encontraba garantizada por dicho artículo la difusión de ideas, programas o normas de acción de un sistema extranjero de carácter comunista, confirmando la constitucionalidad del antiguo delito llamado de disolución social, previsto por el artículo 145 del Código penal,⁵³ ya derogado.⁵⁴

Así pues, sólo se podrá sostener la existencia jurídica de cierto "derecho humano" o "libertad fundamental" en tanto que así lo establezca una norma jurídica positiva que pertenezca a un orden jurídico específico; incluso, para estar en aptitud de determinar en forma adecuada el alcance normativo y el grado en que se encuentra efectivamente protegido el respectivo derecho o libertad fundamental, se hace indispensable esclarecer cómo han resuelto sobre el particular los órganos jurídico-aplicadores, especialmente los tribunales, los casos en que han sido instalados para ello. Tarea esta última que, como se indicó anteriormente y en lo que respecta al orden jurídico mexicano, actualmente se encuentra en proceso.

como defensor de Demetrio Vallejo Martínez y coagraviados; 7494/64, promovido por Alberto Lumbreras; y 7634/64, promovido, por su propio derecho, por Demetrio Vallejo Martínez y coagraviados, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, segunda parte, Sala Penal, 24 de marzo de 1966, vol. 105, pp. 11 y ss.

⁵³ La sección más impugnada del artículo respectivo establecía: "Las penas de este artículo se aplicarán a cualquier extranjero o nacional mexicano que en forma hablada o escrita, o por cualquier otro medio, realice propaganda política entre extranjeros o entre nacionales mexicanos, difundiendo ideas, programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero que perturben el orden público o afecten la soberanía del Estado Mexicano".

⁵⁴ En julio de 1970, por iniciativa del entonces presidente Gustavo Díaz Ordaz —sin la guía del organismo judicial, sino tomando en cuenta, primordialmente, la inconformidad manifestada en diversos foros de abogados y otros de carácter político, así como el movimiento estudiantil de 1968—, el Congreso de la Unión finalmente derogó el delito de disolución social; si bien se estableció un nuevo título en el Código Penal, denominado "Delitos contra la seguridad de la Nación", que conservó mucho del antiguo estilo impreciso, excesivamente amplio y vago respecto de la libre manifestación de las ideas, lo cual puede seguir resultando un tanto inhibitorio para ciertas expresiones constitucionalmente protegidas (*vid.*, OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, "Seguridad estatal y libertades políticas en México y Estados Unidos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, mayo-agosto 1982, nueva serie, año XV, núm. 44, pp. 537-566).