

**ALGUNAS CONSIDERACIONES
SOBRE LA PENETRACIÓN DEL
DERECHO INTERNACIONAL
EN LOS ORDENAMIENTOS
ESTATALES INFLUIDO POR LA
PERSPECTIVA DE GÉNERO***

**CONSIDERATIONS CONCERNING HOW THE
GENDER PERSPECTIVE INFLUENCES THE
PENETRATION OF INTERNATIONAL LAW IN
INTERNAL LEGISLATION**

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A
INSERÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NOS
ORDENAMENTOS ESTATAIS INFLUENCIADO
PELA PERSPECTIVA DE GÊNERO**

MAX SILVA-ABBOTT**

* Este artículo tuvo su origen en una conferencia plenaria dictada en el V Congreso Internacional de Bioética FIBIP (Federación Internacional de Centros e Institutos de Bioética de Inspiración Personalista): "Amor, familia y sexualidad: más allá del género", organizado por la Pontificia Academia para la Vida y la Universidad Católica de la Santísima Concepción, en Concepción, Chile, el 26 de octubre de 2007. Debe advertirse que se trata de un trabajo inédito que ha sido actualizado para la presente publicación.

** Doctor en Derecho. Universidad San Sebastián, Concepción, Chile.
max.silva@uss.cl



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO 12 DE SEPTIEMBRE DE 2012. ACEPTADO 4 DE NOVIEMBRE DE 2012

RESUMEN

Después de mencionar someramente algunas de las características más llamativas de la perspectiva de género, el presente trabajo analiza la profunda mutación que han tenido los derechos humanos en las últimas décadas en parte gracias a su influencia, sobre todo en el Derecho internacional. A lo anterior se añade la creciente importancia que ha ido adquiriendo este último, cuyo contenido está permeando cada vez más los ordenamientos nacionales. Luego, para intentar hacer más comprensible este fenómeno, se desarrolla una propuesta que analiza la estructura de un ordenamiento jurídico estatal desde una óptica positivista “clásica”, elaborado en su momento por Norberto BOBBIO para, posteriormente, explicar nuestra actual situación y algunos de sus alcances, añadiéndole a dicho esquema los nuevos elementos jurídicos que se mencionan a lo largo de este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Perspectiva de género, derechos humanos, Derecho internacional, derecho estatal, soberanía.

ABSTRACT

After briefly mentioning some of the most outstanding characteristics of the gender perspective, this work analyzes the deep mutation of human rights in the last few decades, particularly because of the way it has influenced international law. In addition, the latter has become increasingly important and its content increasingly influential to internal laws. Then, in an effort to make this phenomenon more understandable, the text develops a proposal that analyzes the structure of legal state organization from Norberto Bobbio's "classical" positivist perspective. After, it explains our current situation and some of its scopes and adds the new legal elements stated in this paper.

KEY WORDS

Gender perspective, human rights, international law, state law, sovereignty.

RESUMO

Depois de mencionar someramente algumas das características mais chamativas da perspectiva de gênero, o presente trabalho analisará a profunda mutação que os direitos humanos vêm tendo nas últimas décadas, graças a sua influência, principalmente, no Direito internacional. Acrescenta-se ao anteriormente dito, a crescente importância que tem adquirido este último, cujo conteúdo está permeando cada vez mais os ordenamentos nacionais. Logo, para tentar fazer mais compreensível este fenômeno, desenvolve-se uma proposta que analisa a estrutura de um ordenamento jurídico estatal sob uma óptica positivista “clássica”, elaborado em seu momento por Norberto Bobbio para, posteriormente, explicar nossa atual situação e alguns de seus alcances, acrescentando a esse esquema os novos elementos jurídicos que se mencionam ao longo deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Perspectiva de gênero, direitos humanos, Direito internacional, direito estatal, soberania.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. UNA BREVE ALUSIÓN A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO; 2. LA REINTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL INTERNACIONAL; 3. UNA VISIÓN “CLÁSICA” DEL DERECHO ESTATAL; 4. ALGUNAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO; 5. UN ESQUEMA TENTATIVO PARA NUESTRA ACTUAL SITUACIÓN; 6. ALGUNAS CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Tomando como punto de partida y de manera tangencial la perspectiva de género, en este trabajo se intentará mostrar la creciente penetración que la normativa internacional está teniendo en los ordenamientos jurídicos estatales. Para ello, se comentarán algunos lineamientos básicos sobre la evolución que ha tenido el Derecho internacional público, en particular respecto de los derechos humanos. A continuación, y como una forma de entender mejor la evolución señalada, se desarrollará la estructura de un ordenamiento jurídico tradicional de tipo estatalista, siguiendo un esquema propuesto por Norberto BOBBIO en los años sesenta. Debe dejarse en claro que se ha escogido a este autor no por su vigencia actual sino porque, a nuestro juicio, dicho esquema resulta de notable claridad para abordar el tema que nos ocupa, y porque a entender de algunos, su obra constituye uno de los mejores y más completos intentos por explicar el positivismo jurídico normativista clásico¹, que tanta influencia ha tenido en los siglos XIX y XX.

Luego, y a la luz de las consideraciones vertidas respecto de la creciente importancia del Derecho internacional, se procederá a readecuar dicho esquema, a fin intentar explicar de manera más clara nuestra actual situación. Finalmente, se formularán algunas conclusiones.

1. UNA BREVE ALUSIÓN A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Cada vez resulta más común la noción de “género” en nuestras sociedades. Su origen se vincula inicialmente con las corrientes feministas, si bien en la actualidad se ha transformado en un intento por eliminar las características propias de la naturaleza sexuada del ser humano. Ello, porque para esta forma de pensar, lo masculino o lo femenino no están determinados por la biología, sino que obedecen a una construcción cultural, fruto de la asignación de roles y estereotipos en cada sociedad. De ahí que se haya señalado a este respecto que “La identidad de género es la convicción íntima y profunda de una persona de pertenecer a uno u otro sexo, en un sentido que va más allá de sus características cromosómicas y somáticas”².

1 Cfr. Pedro SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, pp. 13-59. La alusión a BOBBIO se encuentra en pp. 14-15.

2 Elsa GÓMEZ GÓMEZ (ed.), “Gender, Women and Health in the Americas”, *Scientific Publication*, 541, Washington D. C., Organización Panamericana de la Salud, 1993, p. 114. Para la llamada perspectiva de género puede consultarse: Jutta BURGGRAF, “Perspectiva de género: sus peligros y alcances”, en <http://www.notivida.com.ar/Articulos/Genero/Perspectiva%20de%20Genero,%20peligros%20y%20alcances.html>, títulos 1 y 2, fecha de consulta: 5 de octubre de 2007; “Acerca de la ideología

Para esta nueva perspectiva caben al menos seis géneros distintos: heterosexual masculino, heterosexual femenino, homosexual, lesbiana, bisexual e indiferenciado. Lo importante es que desde estas premisas, cualquier actividad u orientación sexual resulta igualmente válida, al depender de la libre elección de cada sujeto, pudiendo ser cambiarla cuando se estime conveniente³.

Aunque no se perciba a primera vista, lo anterior significa que para este enfoque, el cuerpo ha sido reducido a la calidad de simple objeto. De este modo, el sujeto utiliza su cuerpo como un bien de consumo —al poder realizar en él intervenciones de todo tipo, algunas irreversibles—, sin llegar a comprender que él mismo también es y no puede dejar de ser su propio cuerpo⁴. En consecuencia, tras este afán es posible percibir un ansia de libertad total, no solo en el ámbito moral, sino también en el físico.

Lo anterior explica que el embarazo y la maternidad sean vistos como una situación que debe quedar entregada por completo al arbitrio de la mujer, para lo cual se promociona una salud sexual y reproductiva que aboga por la anticoncepción y el aborto como derechos que deben reconocerse universalmente. Por igual motivo, la institución familiar tradicional es considerada como algo artificial, instándose en la actualidad por una completa redefinición del término y, en consecuencia, por el reconocimiento de varias clases de familia⁵.

Un factor determinante en este proceso ha sido el uso de la clásica dialéctica marxista entre polos opuestos y antagónicos, es decir, entre opresores y oprimidos, explotadores y explotados. En este caso, entre hombre y mujer, al estimar que las diferencias sexuales son creadas por un machismo que busca explotar a la mu-

postfeminista de género”, en <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0//ideologia/postfeminista/genero/Default.aspx>, fecha de consulta: 3 de octubre de 2007; “Género (‘Gender’)”, en *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio para la Familia, Madrid, Palabra, 2004, pp. 511-519; Óscar ALZAMORA REVOREDO, “Ideología de género: sus peligros y alcances”, en *Lexicón*, ob. cit., pp. 575-590; Beatriz VOLLMER DE COLLES, “Nuevas definiciones de género”, en *Lexicón*, ob. cit., pp. 795-809; Jorge SCALA, *Género y derechos humanos*, 3 ed. ampliada, Buenos Aires, Vórtice, 2004, pp. 11-25; María del Carmen PLATAS PACHECO y Silvia GUTIERREZ PELÁEZ, “Género, aproximaciones a una problemática jurídica y de exclusión”, en María del Carmen PLATAS PACHECO (coord.), *Beijín + 10. Diálogos académicos*, México, Porrúa, 2005, pp. 3-22; Laura PALAZZANI (a cura di), *La bioética e la differenza di genere*, Roma, Edizioni Studium, 2006; Ángela APARISI (Coord.), *Persona y género*, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters, 2011.

3 Cfr. Jutta BURGGRAF, “Perspectiva de género: sus peligros y alcances”, cit., título 1. Con todo, según un informe de *Noticiasglobales.org*, se han llegado a considerar hasta 24 formas distintas de orientación sexual, en <http://www.noticiasglobales.org/comunicacionDetalle.asp?Id=1449>, fecha de consulta: 23 de marzo de 2011. Sobre algunas de estas problemáticas puede verse Marina CAMPS MERLO, *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Pamplona, Eunsa, 2007.

4 Si bien referido a la bioética, cfr. Roberto ANDORNO, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 52-71.

5 Cfr. Dora María SIERRA MADERO, “Los derechos sexuales y reproductivos como nuevos derechos humanos dentro del sistema de Naciones Unidas”, en María del Carmen PLATAS PACHECO, (coord.), *Beijín + 10. Diálogos académicos*, ob. cit., pp. 84-89; Óscar ALZAMORA REVOREDO, “Ideología de género: sus peligros y alcances”, en *Lexicón*, ob. cit., pp. 584-586; Jutta BURGGRAF, “Perspectiva de género: sus peligros y alcances”, cit., títulos 6 a 8.

jer y perpetuar el poder masculino, siendo la perspectiva de género la llamada a terminar con estas “injusticias”, para sus defensores⁶.

Ahora bien, como resulta evidente, el Derecho juega un papel fundamental en todo este proceso, no solo a nivel nacional, sino también internacional. Precisamente este último ámbito ha experimentado una notable evolución, en particular en relación con los derechos humanos, fenómeno que se comenta someramente a continuación.

2. LA REINTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A NIVEL INTERNACIONAL

Para lograr extender la perspectiva de género resulta fundamental cambiar los valores, las ideas y los modos de vivir, tanto de los individuos como de las sociedades, a través de la educación, los medios de comunicación, la política y el Derecho, entre otros mecanismos.

Ahora bien, tal vez uno de los mayores cambios dentro del ámbito jurídico ha sido la introducción de los llamados “derechos sexuales y reproductivos”, todo lo cual ha originado una notable reinterpretación global de los derechos humanos, sobre todo a nivel internacional. Los derechos sexuales apuntan a la “opción sexual”, la “equidad de género” y las “diversas formas de familia”; los derechos reproductivos se refieren al aborto, la anticoncepción y la esterilización⁷.

El problema de los derechos humanos resulta crucial para el tema que nos ocupa. En efecto, puesto que no existe un fundamento ontológico ni axiológico lo suficientemente fuerte en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ellos han quedado, en la práctica, entregados a los consensos nacionales e internacionales y a las interpretaciones y reinterpretaciones que se les dan⁸. Lo anterior se ha visto favorecido, además, puesto que en algunos sectores se ha renunciado expresamente a buscarles un fundamento, al señalar que lo realmente importante es protegerlos, puesto que una justificación última y objetiva resultaría imposible y peligrosa, todo lo cual hace que se conviertan en derechos históricos y relativos⁹.

Esta reingeniería completa de los derechos humanos está haciendo que los actuales “derechos sexuales y reproductivos” se estén convirtiendo en su piedra angular,

6 Cfr. Jutta BURGGRAF, “Perspectiva de género: sus peligros y alcances”, cit., títulos 4 y 5; Óscar, ALZAMORA REVOREDO, “Ideología de género: sus peligros y alcances”, en *Lexicón*, ob. cit., p. 579.

7 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable. La nueva ética internacional*, Buenos Aires, Vértice, 2003, pp. 154-214; Michel SCHOOVANS, *Le terrorisme à visage humain*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2^a edición, 2008, pp. 30-33 y 65-108; *La cara oculta de la ONU*, México, Diana, trad. de P. Straulino, 2002, pp. 35-44 y 55-62.

8 Cfr. AA. VV, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Cerebral/Unesco, 1985, *passim*. Sobre consenso y derechos humanos pueden verse posturas muy diferentes: cfr. Carlos Ignacio MASSINI-CORREAS, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a edición, 1994, pp. 83-142; y Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, trad. de R. de Asís Roig, 1991, pp. 53-62 y 97-127.

9 Cfr. Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, ob. cit., pp. 53-69 y 118-122; *El filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, edición y trad. a cargo de J. FERNÁNDEZ, 1995, pp. 195-203.

al punto que desde la óptica del género, los restantes derechos no se entienden ni tienen sentido sin ellos, convirtiéndose en consecuencia casi en un apéndice de los mismos¹⁰.

De hecho, cualquiera que profundice en los documentos de las tres últimas décadas no puede menos que quedar sorprendido por la casi obsesiva insistencia en los derechos sexuales y reproductivos, cualquiera sea el tema de que se trate. Y lo más sorprendente es que estos documentos e interpretaciones han sido realizados por comités pertenecientes a las más diversas ONG y organismos internacionales que prácticamente actúan en las sombras, lo que explica que su contenido tenga muchas veces poco o nada que ver con el verdadero sentir de los países que los suscriben¹¹.

Ello explica, entre otras cosas, que en las últimas décadas el derecho a la vida — primer y más fundamental de los derechos humanos— haya comenzado a ceder en pos de otros intereses que se consideran predominantes¹². Es así como fruto de esta reinterpretación de los derechos humanos en perspectiva de género, el aborto, por ejemplo, se ha convertido en un “derecho fundamental”, a fin de lograr una equiparación entre hombres y mujeres, al permitirle a estas últimas decidir de manera autónoma a este respecto¹³.

Una pieza fundamental de esta reinterpretación de los derechos humanos ha sido la utilización de términos ambiguos, generando una auténtica Babel terminológica, en que cada uno los interpreta según sus creencias o conveniencias¹⁴. Así por ejemplo, un caso emblemático de abuso del lenguaje se refiere nuevamente al aborto, para el cual se utilizan variadas nomenclaturas: “interrupción del embarazo”, “hijo no deseado”, “paternidad responsable”, “regulación de la menstruación”, “cuidados o servicios obstétricos de emergencia”, “maternidad segura”, “maternidad sin riesgo”, “lucha contra la mortalidad materna”, “asistencia prenatal”, “de-

10 Cfr. José Alfredo PERIS CANCIO, “Derechos sexuales y reproductivos”, en *Lexicón*, ob. cit., pp. 267-277; Dora María SIERRA MADERO, “Los derechos sexuales y reproductivos como nuevos derechos humanos dentro del sistema de Naciones Unidas”, en M. del Carmen PLATAS PACHECO (coord.), *Beijín + 10. Diálogos académicos*, ob. cit., pp. 73-105; Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 48-60, 165-168 y 187-207; Jorge SCALA, *Género y derechos humanos*, ob. cit., pp. 57-122.

11 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 128-141, 148-155 y 168-187. Un buen ejemplo de lo anterior se encuentra en José ARTIGAS, “Ofensiva abortista en Hispanoamérica. El holocausto demográfico angloamericano bajo la guía de los hermanos Rockefeller”, en <http://www.arbil.org/arbil114.htm>, fecha de consulta: 2 de octubre de 2007.

12 Cfr. Carlos MASSINI y Pedro SERNA (eds.), “Introducción”, en *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 11-14.

13 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 163-187. De hecho, existe un informe provisional no vinculante titulado “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, de fecha 3 de agosto de 2011, documento preparado por Anand GROVER, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, de conformidad con las resoluciones 15/22 y 6/29 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que surgió con motivo del sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, relativo a la promoción y protección de los derechos humanos. En él se llama, sin ningún tapujo, a despenalizar el aborto a libre demanda en todo el mundo, al considerarlo un derecho humano fundamental de la mujer, en http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2011/09/report_ingles_grover.pdf, fecha de consulta: 18 de agosto de 2011.

14 Cfr. Michel SCHOOVANS, *Le terrorisme à visage humain*, ob. cit., pp. 99-108; Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 39-44.

rechos de la mujer”, “libertad o autonomía reproductiva”, “disfrute del derecho a la salud”, “políticas de salud pública”, y en el último tiempo, refiriéndose a esto incluso solo con el vocablo “salud”¹⁵.

Sin embargo, estos términos ya poseen una significación muy clara y precisa para sus autores. De ahí que para asegurarse que sea ese y no otro el sentido que se les dé, se han creado los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales, que elaboran y reelaboran constantemente la “interpretación auténtica” del documento en cuestión, alterando a veces profundamente su genuino sentido y alcance. Su labor se canaliza mediante sus “observaciones” o “recomendaciones generales” para cada país, ante los cuales muchos gobiernos rinden cuentas periódicamente con el compromiso, incluso, de modificar sus legislaciones internas siguiendo sus instrucciones, lo que viene a disminuir notablemente su soberanía, sin perjuicio de constituir una forma antidemocrática de alterar su Derecho vigente. Casos paradigmáticos de lo anterior son la Recomendación 24 del Cedaw, de 1999, la Observación 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2000, y el Protocolo Facultativo del Cedaw, de 2001¹⁶.

Ahora bien, lo importante es que como estos derechos humanos se consideran universales, según se desprende sobre todo de la Conferencia de Derechos Humanos de Viena, de 1993¹⁷, para sus defensores los derechos sexuales y reproductivos deben imponerse a los diferentes Estados. Más aún, su disfrute —continúan sus partidarios— debiera ser gratuito, íntimo y confidencial, incluso para menores de edad, coartando así la patria potestad natural de los padres¹⁸.

En directa relación con lo dicho, en el último tiempo se ha introducido el concepto de “violencia de género” que apunta, entre otras, a dos cosas: en primer lugar, a considerar al embarazo como una “imposición”, y en segundo lugar, a estimar que ejerce esta “violencia” todo aquel que se opone al aborto y otras medidas de control de la natalidad (anticoncepción o esterilización) por cualquier medio, incluso pacífico. Esto último incluye las leyes que penalizan el aborto (o también, como se dice, las “leyes que prohíben intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer”), así como la intervención de terceros (padres, cónyuge, compañero) a fin de impedirlo. Incluso el mero hecho de estar en desacuerdo con estas prácticas es considerado una “violencia” intolerable, lo que de paso pretende echar por tierra el derecho de objeción de conciencia¹⁹.

15 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., p. 39.

16 Cfr. *ibid.*, pp. 187-207 y 255-262.

17 Antonio CAÑADO TRINDADE, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 61-92.

18 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 165-174 y 262-270.

19 Precisamente el documento de la ONU “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, de fecha 3 de agosto de 2011 (citado en la nota 11) señala en su N° 22: “El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha condenado enérgicamente las leyes que restringen el aborto, especialmente las que prohíben y penalizan el aborto en todas las circunstancias (véase Cedaw/C/CH/CO/4, párr. 19). También ha confirmado que ese tipo de legislación no impide que las mujeres recurran a abortos ilegales practicados en condiciones peligrosas, y ha calificado las leyes que restringen el aborto de violación de los derechos a la vida, la salud y la información. Al Comité de los Derechos del Niño le preocupan también los efectos de las leyes que

3. UNA VISIÓN “CLÁSICA” DEL DERECHO ESTATAL

Para comprender mejor este proceso de penetración de la normativa internacional se acudirá en este apartado a una visión más “clásica” del Derecho, que lo concibe desde una perspectiva estatal, propugnada por Norberto BOBBIO en los años sesenta, por las razones mencionadas en la Introducción de este trabajo. En un apartado posterior se harán las correspondientes adiciones para adaptarla a nuestra actual realidad jurídica.

Esta forma de concebir al Derecho se vincula directamente con el surgimiento de los Estados modernos y del poder soberano en los siglos XIV y XV, si bien su consolidación política y jurídica tuvo lugar en los siglos XIX y XX²⁰. Su estructura original es la siguiente:

1. El Derecho tiene un origen voluntarista, porque la producción normativa emana en último término de una voluntad soberana. Como tal, ella no reconoce superior sobre sí misma y, por tanto, puede asignarle el contenido que quiera²¹. En cuanto a su génesis, esta voluntad soberana puede ser autocrática (esto es, venir de arriba hacia abajo, como era el caso de las monarquías absolutas), o democrática (de abajo hacia arriba, como en la actualidad)²². En consecuencia, el Derecho se transforma en una manifestación del poder, en un instrumento suyo, al punto que este mismo autor dirá más de una vez no solo que Derecho y poder son dos caras de la misma medalla²³, sino que desde su perspectiva, el Derecho depende de ese poder²⁴. Incluso, que la razón final por la cual es preferible el Derecho al poder desnudo radica en que si bien la fuerza existe en ambos, en el primero se encuentra regulada, lo que permite

restringen severamente el aborto en el derecho a la salud de las niñas adolescentes. El Comité contra la Tortura también ha afirmado que las leyes que penalizan el aborto deberían volver a evaluarse, ya que dan lugar a violaciones del derecho de la mujer a no verse sometida a tratos inhumanos y degradantes. El Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que la igualdad entre hombres y mujeres exigía la igualdad de trato en el ámbito de la salud y la eliminación de la discriminación en el suministro de bienes y servicios, e hizo hincapié en la necesidad de examinar la legislación relativa al aborto para evitar que se violasen los derechos de la mujer (véase CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, párrs. 20, 28 y 31). El anterior Relator Especial sobre el derecho a la salud pidió que se eliminaran las disposiciones que castigaban a las mujeres que abortaban (E/CN.4/2004/49, párr. 30)”.

- 20 Seguimos en nuestro análisis del positivismo normativista a Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, trad. de E. Rozo ACUÑA, 1991, pp. 23-24 y 109; *El Positivismo Jurídico*, Madrid, Debate, trad. de R. de ASÍS ROIG y A. GREPPI, 1993, pp. 204 y 240-241; *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, edición y trad. a cargo de A. RUIZ MIGUEL, 1980, pp. 134-135 y 149-150; *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, 1965, pp. 21-23.
- 21 Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 225 y 254; *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 73, 80 y 100-103; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 92 y 145; *El tiempo de los derechos*, ob. cit., pp. 27-28; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 187, 191, 217 y 231.
- 22 Cfr. Norberto BOBBIO, *El filósofo y la política. Antología*, ob. cit., pp. 150-152 y 230-232; *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, trad. de J. MORENO, 1985, pp. 74-76.
- 23 Cfr. Norberto BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, trad. de A. RUIZ MIGUEL, 2 ed. ampliada, 1990, pp. 356 y 361-362; *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 114-115, 123-126 y 136-139.
- 24 Cfr. Norberto BOBBIO, *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, ob. cit., pp. 120-122 y 125-128; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 313-315; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2 ed., ob. cit., pp. 366-367.

prever cómo la utilizará el Estado, o si se prefiere, hace posible eludirla o defenderse de ella mediante la certeza²⁵.

2. Concibe al Derecho de manera imperativa, esto es, entiende las normas como un mandato²⁶. Lo anterior se manifiesta en las diversas modalidades deónticas que pueden presentar estas prescripciones: mandato, prohibición o permiso. El primero implica una obligación de hacer algo; la segunda, una obligación de no realizar una acción o de omitirla, y el tercero lo habilita para llevar a cabo o no cierta conducta, al haber permisos positivos o negativos²⁷. Ahora, si bien esto último equivaldría en principio a una prerrogativa libre del sujeto, debe advertirse que, en el fondo, los permisos esconden mandatos o prohibiciones, tanto porque se exigen requisitos para otorgar ese permiso (respecto de los cuales no es posible elegir), porque la forma o manera de realizar los permisos se encuentran reguladas de antemano (imponiéndose igualmente), y por último, porque lo que para una de las partes constituye una facultad, para la otra es una obligación, en cuanto que debe respetarla, o si se prefiere, le es oponible.

3. Para que no haya dudas al respecto, este imperativo que emana de una voluntad soberana está apoyado o respaldado por la sanción coactiva, esto es, puede ser impuesto por la fuerza física si fuese necesario. Lo anterior se manifiesta en el poder sancionatorio del Estado, que adquiere muchas formas (nulidad del acto, multas, inhabilidades, privación de libertad, etc.), lo cual hace especialmente gravosas las prestaciones que impone el orden jurídico, o si se prefiere, más difíciles de desobedecer²⁸. De hecho, varios positivistas, como KELSEN, ROSS u OLIVECRONA, y en parte BOBBIO, consideran que el Derecho viene a ser, en el fondo, fuerza regulada o domesticada, y lo que este ordena se limita a ser simplemente la manera de evitar o de eludir sus consecuencias²⁹. Por eso es preferible el Derecho a la fuerza desregulada, según se ha dicho más arriba, pues al menos el primero permite saber cómo evitarla, o al menos, defenderse de ella.

Sin embargo, esta concepción tradicional debe ser enriquecida con las llamadas “sanciones positivas” o premios, que BOBBIO desarrolló en los años setenta, esto es, con recompensas o ventajas que el mismo ordenamiento puede otorgar

25 Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 49 y 218-219; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 140 y 154.

26 Cfr. Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 45, 75-76 y 100-101; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 142 y 187-200; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 145.

27 Cfr. Norberto BOBBIO, *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, Turin, Giappichelli, 1994, pp. 195-199; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 96-101 y 196-200; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 191-194 y 206-210.

28 Cfr. Norberto BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 141-143 y 157-167; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 124-126.

29 Refiriéndose a estos autores, cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 95-96; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 164-168; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 337-348. Respecto de sí mismo, cfr. *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 33-34, 106-117, 308-311, y 341-342; *El futuro de la democracia*, ob. cit., pp. 147-148; *El filósofo y la política. Antología*, ob. cit., pp. 320-324; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 90-91 y 218-219; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 233-235; *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 33-34, 54-55 y 78-79.

a quien cumpla sus mandatos (un beneficio económico, una rebaja tributaria, méritos para cargos públicos, etc.). Lo anterior obedece a que en muchos casos es más factible que el sujeto obedezca una norma al tener el premio en mente, y no un castigo porque, a fin de cuentas, se pretende que no obtenerlo sea visto por él como un grave perjuicio. Y si a esto se agrega que el Estado promociona diversas conductas, la utilidad de los premios resulta más que evidente³⁰. De hecho, las normas permisivas vienen a ser un buen ejemplo de lo que venimos diciendo, porque al sujeto se le otorga una ventaja (el permiso de hacer o de no hacer algo) si antes cumple con los requisitos establecidos, siendo dicho permiso, en el fondo, su recompensa.

4. Como todo depende de un poder soberano, resulta fundamental que la producción jurídica sea controlada e incluso idealmente monopolizada por él. Es por eso que la ley, en sus diversas formas (emane del poder legislativo o de la autoridad administrativa y en menor medida, para la época de esta clasificación, de la Constitución), viene a ser la fuente privilegiada, y en algunos casos única, en desmedro de otras, como la costumbre o la jurisprudencia, que para adquirir legitimidad y validez deben ser autorizadas o toleradas por ella³¹. Lo anterior resulta fundamental porque una voluntad realmente soberana no puede permitir fuentes jurídicas independientes de sí misma, puesto que serían un límite a su poder y, eventualmente, una amenaza para su supervivencia. De ahí que se establezcan requisitos, sobre todo formales, tanto para la elaboración de la ley como para la eventual autorización de las otras fuentes de producción jurídica.
5. El conjunto de leyes (entendidas en sentido amplio) que emanan de los diversos poderes públicos, forman un todo armónico, un ordenamiento jurídico, del cual se predicen tres características, usualmente llamadas “dogmas” para el positivismo jurídico clásico: la unidad, la coherencia y la plenitud. La unidad apunta a que al ser uno su origen último (la voluntad soberana, de la cual los diferentes órganos del Estado reciben el poder normativo), posee un espíritu común, una misma finalidad, lo que lleva a tratarlo como un “sistema”. Pero además, la idea es que en principio este “sistema” sea autosuficiente, que se baste a sí mismo para solucionar todos los casos que se le presenten, porque a fin de cuentas, nada debe escapar a esta voluntad soberana³². En directa dependencia con lo anterior, la coherencia conlleva que aun existiendo con-

30 Cfr. Norberto BOBBIO, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milán, Comunità, 1977, pp. 7-8, 66-77, 80-85 y 142-144; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 257-268, 272-287, 367-378 y 383-390; “An autobiographical aperçu of Legal Philosophy”, en *Ratio Juris*, vol. IX (1996), translation by A. Collins, p. 123; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, ob. cit., pp. 310-311 y 315-317.

31 Cfr. Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Milán, Comunità, 1965, pp. 23-24; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 145-146 y 151; *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 43-46 y 100-101; *El tiempo de los derechos*, ob. cit., pp. 27-28; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 142 y 169-186; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, ob. cit., pp. 90-91; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 20-22, 157-158 y 225.

32 Cfr. Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 43-46 y 101; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 142 y 201-213; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 151-270, particularmente pp. 157-158 y 166; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, ob. cit., pp. 90-91.

tradiciones o antinomias dentro del sistema, el mismo ordenamiento posee los mecanismos para superarlas, replegándose sobre sí mismo, esto es, idealmente sin acudir a elementos foráneos³³. Por fin, y por idénticas razones, la plenitud apunta a que en caso de vacíos o lagunas, el propio ordenamiento tenga también forma de colmarlas, sin acudir, en principio, a elementos foráneos, lo que se vincula al principio de inexcusabilidad como mandato para el juez³⁴. Lo anterior podría resumirse, siguiendo a LOMBARDI VALLAURI, de este modo: “El ordenamiento jurídico es todo el Derecho; el ordenamiento jurídico es todo él Derecho; no hay en él no Derecho”³⁵. Debe advertirse que coherencia y plenitud se encuentran íntimamente ligadas a la sexta característica, según se verá en seguida.

6. Finalmente, todo este andamiaje que pretende que la voluntad soberana no tenga cortapisas para establecer el contenido que quiera y para imponerse, exige que el juez sea un mero declarador de la ley, esto es, que no innove y se atenga estrictamente a las reglas de interpretación preexistentes, y también a las que regulan cómo superar las antinomias y lagunas, a fin de que no introduzca sus valoraciones ni elementos extraños al sistema. En suma, y siguiendo la conocida frase de MONTESQUIEU, que sea “la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley”. Por eso se habla despectivamente al respecto de “jurisprudencia mecánica”³⁶.

Es necesario dejar en claro que BOBBIO formuló diversas críticas a los puntos 4), 5) y 6) de este esquema, siendo para él fundamentales e irrenunciables para una visión auténticamente positivista, los tres primeros³⁷.

Hasta aquí el esquema clásico que BOBBIO presenta a principios de los años sesenta. Sin embargo, y como resulta evidente, hay varios puntos en que este no coincide con nuestra actual situación, aspectos que serán desarrollados someramente a continuación.

4. ALGUNAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

El primer aspecto que debe ser mencionado, y que afecta al punto de arranque del esquema expuesto, es el actual desarrollo del Derecho internacional público, pues cualquiera que preste atención a su evolución de las últimas décadas, puede

33 Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 189-219; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 142 y 205-210; *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 45, 80 y 101.

34 Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 221-252; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 210-213 y 221-222; *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 45, 80 y 101.

35 Pedro SERNA, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, ob. cit., p. 20. Se inspira en la obra de Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padua, Cedam, 1981, p. 29: “La ley es todo el Derecho/la ley es toda ella Derecho”.

36 Cfr. Norberto BOBBIO, *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 44-47, 142-143, 178-179 y 215-225; *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 45, 101 y 104; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., pp. 68-69; *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, ob. cit., pp. 91-92; *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 146; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 209-210.

37 Cfr. Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 27-29, 56-57 y 99-100; *El Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 141-143 y 241; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., pp. 27-31.

percibir fácilmente cómo su injerencia en los ordenamientos estatales es cada vez mayor, en particular por medio de los tratados, convenciones, recomendaciones y protocolos internacionales³⁸. Este proceso de incorporación de la normativa internacional por parte de los ordenamientos nacionales se manifiesta usualmente en una aceptación de la propia Constitución, y hoy es materia de intenso debate si estas normas internacionales que el Estado incorpora se encuentran bajo la Constitución (esto es, a la altura de la ley), en un rango análogo a ella, o incluso sobre la misma. Lo importante es que en estos dos últimos casos, si bien con intensidad diferente, ello obligaría a cambiar *a posteriori* el resto del ordenamiento o también la misma Carta Fundamental, para que sea coherente con estas nuevas normas internacionales que se incorporan al Derecho interno.

A esto deben añadirse las sentencias dictadas por tribunales internacionales (en nuestro caso, sobre todo la Corte Interamericana de Derechos Humanos), las que obligan a los Estados en virtud de haber reconocido su competencia, todo lo cual trae como consecuencias posteriores derogaciones o modificaciones a sus ordenamientos internos, incluso a nivel constitucional.

Como puede verse, lo anterior afecta de manera notable la noción de soberanía, que se ve fuertemente limitada. Por eso es necesario modificar la primera parte del esquema bobbiano en cuanto a que el Derecho emana, al menos parcialmente, de una voluntad supranacional que, obsta decirlo, resulta más soberana que la estatal, puesto que ella de verdad no reconoce nada sobre sí misma.

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta apunta a la cuarta característica del esquema bobbiano: la ley como fuente privilegiada. En este caso, debe recordarse que ha existido un cambio interno en varios Estados de Occidente, que paulatinamente, y en particular luego de la Segunda Guerra Mundial, han comenzado a dotar a la Constitución de valor normativo propio o autónomo, o si se prefiere, posibilitan su aplicación directa, sin necesidad de un desarrollo legislativo o administrativo posterior. Este neoconstitucionalismo también ha potenciado sobremanera el papel de los tribunales constitucionales o de los órganos que hagan sus veces, originando una nueva forma de interpretar el texto fundamental, pudiendo incluso expulsar leyes vigentes que se encuentren en dicotomía con este³⁹.

Pero además, lo anterior ha implicado que la creación de normas nuevas por parte del legislador o de otros órganos normativos, también deba ceñirse a la orientación axiológica de la misma Constitución, de tal forma que el Derecho se nutre de un contenido material específico —limitando así a estos órganos—, aspecto que las teorías positivistas tradicionales habían dejado de lado, al abocarse solo o principalmente al problema de la validez formal de las normas jurídicas. Este contenido

38 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 191-207 y 255-262; Jorge SCALA, *Género y derechos humanos*, ob. cit., pp. 90-109 y 151-167.

39 Sobre neoconstitucionalismo véase, entre otros muchos, Susanna POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; LUIS M. CRUZ, *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.

se encuentra representado sobre todo por los derechos fundamentales positivados por dicha Constitución. Por otro lado, dentro de los valores de la Carta Fundamental deben considerarse los principios generales del Derecho, que impregnan tanto la interpretación como la aplicación de la misma Constitución, y lógicamente, del resto del ordenamiento, lo que ha abierto un interesantísimo debate respecto de su origen y la legitimidad de los mismos para tener fuerza normativa, lo que nuevamente ha venido a romper los moldes del positivismo jurídico tradicional, en particular, la clásica noción kelseniana de validez. Es decir, de ser considerados una humilde herramienta que básicamente permitía colmar lagunas, los principios generales del Derecho se están transformando en una de las piezas maestras de nuestros actuales sistemas jurídicos⁴⁰.

Ahora bien, para el tema que interesa aquí, esta dimensión valorativa o axiológica de la Constitución incluye los derechos fundamentales consagrados y protegidos por ella misma, según se ha dicho, lo que obliga a plantearse el problema de su fundamento y contenido, materia que, como se ha visto, está en el meollo del actual Derecho internacional, cuya influencia se hace sentir cada vez más.

Finalmente, otro aspecto que debe recalcarse, y que por su complejidad solo puede dejarse mínimamente planteado, es que el juez ordinario (al igual que como ocurre con el Tribunal Constitucional o el órgano que haga sus veces para interpretar la Carta Fundamental) dista mucho de ser “mecánico” en su labor —lo que en parte percibió Bobbio⁴¹—, porque inevitablemente introduce valoraciones al momento de decidir, tanto por la naturaleza propia de su función, como por el carácter prescriptivo del Derecho. Esto hace que se incluyan elementos foráneos al sistema de normas “puestas”, lo que en parte también se hace extensivo a los principios, que tampoco han sido creados del modo “oficial”, todo lo cual otorga una elasticidad notable a la aplicación y al modo de entender el fenómeno jurídico⁴². Si a esto se añaden los valores provenientes de la normativa internacional, este asunto se torna muchísimo más complejo.

Sin embargo, y como podrá advertirse, pese a su notable enriquecimiento y a constituir una visión mucho más realista del Derecho que la del positivismo tradicional, todo este andamiaje jurídico continúa siendo una auténtica caja vacía. En efecto, solo se reconoce que el Estado no es autónomo en su producción normativa al existir un conjunto de valores que penetran al ordenamiento —siguiendo el orden del esquema ya analizado— tanto desde “arriba” como desde “abajo”.

40 Sobre la creciente importancia de los principios generales del Derecho, cfr. Pedro SERNA, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, ob. cit., pp. 39-50. En parte, BOBBIO también alcanzó a percibir su importancia, por ejemplo, en *Contributi ad un Dizionario Giuridico*, ob. cit., pp. 260-261 y 269.

41 Cfr. Norberto BOBBIO, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., pp. 27-31; *El positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 157 y 225.

42 Solo por mencionar algunas obras que tratan este tema, véase Robert ALEXY, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, trad. de Wistano Orozco, 1993; *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, 1997; Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología en la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, trad. de Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, 2008.

Desde “arriba”, mediante el contenido axiológico de la Constitución, la labor del Tribunal Constitucional respectivo y la creciente influencia del Derecho internacional, ya sea por sus documentos o los fallos de tribunales supranacionales; desde “abajo”, gracias a la interpretación del juez ordinario. Mas nada se dice respecto de cuáles deben ser los valores que impregnan y desde los cuales se contempla el ordenamiento jurídico⁴³.

Si a lo anterior se añade que en muchos sectores no solo se desconoce, sino que se rechaza cualquier intento por encontrar una ética objetiva, una ley y un Derecho natural⁴⁴, parece evidente que el Derecho positivo sigue siendo una espada de doble filo. De hecho, el mismo BOBBIO señalaba muy a las claras que “los valores últimos no se justifican: se asumen”⁴⁵, con lo cual la fundamentación ética queda en muchos sectores entregada al más puro emotivismo y, a lo sumo, al consenso. En efecto, privado de parámetros inmutables, este consenso ha dado lugar a todo tipo de resultados, tanto a nivel nacional como internacional. Lo anterior resulta evidente, puesto que si los valores no son racionales o cognoscibles, pueden ser contruidos y reconstruidos cuantas veces se quiera.

5. UN ESQUEMA TENTATIVO PARA NUESTRA ACTUAL SITUACIÓN

Luego de todo lo argumentado hasta aquí puede decirse, sin temor a equivocarse, que el concepto clásico de soberanía se encuentra hoy en una profunda crisis, y que estamos asistiendo a un desarrollo más o menos difuso de un poder supraestatal, o si se prefiere, suprasoberano.

Ahora bien, si volvemos al esquema de BOBBIO de los años sesenta y le agregamos lo que hemos dicho someramente hasta aquí, podríamos tener, si bien en un orden distinto y con nuevos elementos, el siguiente cuadro:

1. El Derecho emana originariamente de una voluntad supranacional, fruto de múltiples tratados y acuerdos, supervisados por diversos organismos que se encargan de tutelar su acatamiento e incluso de reinterpretarlos, y también por los fallos de cortes internacionales, todo lo cual debilita sobremanera la soberanía de los Estados.
2. Estos acuerdos y tratados penetran al ordenamiento por medio de una aceptación constitucional, considerándose en no pocos casos superiores a ella, y también por el reconocimiento de la competencia de estos tribunales internacionales, todo lo cual va obligando cada vez más a adaptar el resto del ordenamiento e incluso la misma Carta Fundamental a estas normas. Además, si la Constitución tiene aplicación directa, los tratados incorporados a ella y las sentencias internacionales también la poseerían. Así, los tribunales constitucionales se

43 Es, por ejemplo, en parte la opinión de Susanna Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., pp. 171-182.

44 Cfr. Carlos Ignacio MASSINI-CORREAS, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 19-43.

45 Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, ob. cit., p. 56.

están convirtiendo en algunos casos en auténticos delegados de esta voluntad internacional. Lo anterior, sin perjuicio de que además sus propios fallos, así como los de cualquier otro tribunal estatal, pueden estar sujetos muchas veces a revisión por dichas cortes internacionales.

3. Lo anterior significa que la voluntad soberana nacional es cada vez más débil, y en el fondo, que las modernas democracias cada vez tienen menos injerencia en su Derecho propio, o si se prefiere, su ordenamiento nacional va siendo cambiado casi a sus espaldas.
4. Las leyes y demás normas internas emanadas de la autoridad van adaptándose a esta nueva situación. La ley ha dejado de ser la fuente privilegiada, para convertirse en un vehículo de las nuevas indicaciones internacionales, además de las propiamente constitucionales, sin perjuicio de que ella no resulta imprescindible para que las primeras tengan vigor. Sin embargo, lo importante es que las fuentes superiores, nacionales o internacionales, siguen manteniendo plenamente su papel legitimador de las restantes fuentes, que deben rendirles tributo para ser consideradas válidas.
5. Estas leyes, la misma Constitución y los tratados y las sentencias internacionales que se han convertido en legislación interna, también deben formar un todo coherente, un ordenamiento. Y si bien este ya no está cerrado en sí mismo, sino que permanece abierto a la normativa internacional, debe mantener cierta unidad, aun cuando no se lo considere un sistema; por razones análogas, la coherencia y la plenitud siguen siendo necesarias, si bien adaptadas a las nuevas circunstancias.
6. Este conjunto de normas continúa siendo imperativo, por medio de las diferentes modalidades deónticas posibles, con el agravante de que ahora se suman normas de más alta jerarquía.
7. Como resulta evidente, la coacción sigue teniendo un papel preponderante —tal vez mayor que antes— a causa del cambio sustancial que el Derecho internacional está forzando a realizar en los ordenamientos internos, lo que con toda razón genera en muchos casos una fuerte resistencia. A fin de cuentas, se está perdiendo soberanía, y por vía de los tratados y los fallos internacionales se puede modificar desde afuera el ordenamiento por vías bastante poco democráticas, según se ha dicho. Por otro lado, se han intensificado los premios o las sanciones positivas (jurídicas y extrajurídicas) hasta límites insospechados, sobre todo a nivel internacional (por ejemplo, la participación del país en diversos organismos, o el mayor acceso y condiciones favorables en créditos internacionales, o incluso mediante los tratados de libre comercio).
8. Finalmente, respecto de la labor del juez, si bien este no es una máquina como se pretendía, sino que valora al existir en general un no cognitivismo ético, la interpretación y aplicación del Derecho dependerán cada vez más de sus preferencias y concepciones particulares. Además, no pocas veces, jueces

han aplicado directamente la normativa internacional, pasando sobre o incluso ignorando sus propias leyes, produciéndose en algunos casos un *bypass* constitucional⁴⁶. Y lo mismo puede decirse respecto de los tribunales constitucionales o los órganos afines, según se adelantaba al inicio de este nuevo esquema. Por último, debe recalarse que en muchos casos la última palabra respecto de la interpretación del Derecho la tendrán los tribunales internacionales, lo que nuevamente constituye una peligrosa disminución de soberanía.

Como puede verse, en las actuales circunstancias el Derecho puede llegar a convertirse en un peligroso instrumento de opresión. Y pese a que muchos insisten en sentido contrario argumentando la creciente importancia de los derechos humanos a nivel nacional e internacional, su actual forma de comprenderlos y de concebirlos dista mucho de su sentido primigenio, aun cuando la nomenclatura tienda a conservarse puesto que, como se ha dicho, han sufrido un cambio notable en la forma de ser entendidos y aplicados en virtud de los actuales derechos sexuales y reproductivos defendidos por la perspectiva de género.

6. CONCLUSIONES

Luego de todo lo dicho hasta aquí, una primera conclusión a la que es posible arribar es que actualmente se está generando a nivel internacional un poder sin precedentes⁴⁷.

Lo anterior parece en cierta medida lógico: puesto que el poder es exclusivo, excluyente y expansivo⁴⁸, parece absurdo que se autolimita solo al Estado; su próximo paso tendría necesariamente que llegar más lejos, al nivel internacional, sea de manera regional o global.

Por otro lado, desprovisto de parámetros éticos claros, el Derecho se está transformando en un instrumento de este poder. Lo anterior se ha manifestado sobre todo en la sorprendente reinterpretación de los derechos humanos desde la perspectiva de género al punto que, en nuestra opinión, no es que los derechos sexuales y reproductivos sean para esta óptica un elemento más de los derechos humanos, sino que los derechos humanos han sido completamente reformulados y absorbidos por ellos.

Esta imposición ha conseguido permear los ordenamientos nacionales a través del proceso descrito, lo que ha hecho cambiar completamente la concepción tradicional del Derecho, menguando de manera notable la soberanía de los Estados, proceso que se encuentra lejos de haber acabado.

46 Menciona una situación de esta especie, Jorge SCALA, *Género y derechos humanos*, ob. cit., pp. 119-121.

47 Cfr. Juan Claudio SANAHUJA, *El desarrollo sustentable*, ob. cit., pp. 107-155; Michel SCHUYANS, *La cara oculta de la ONU*, ob. cit., pp. 45-54, 81-96 y 117-156.

48 La idea es de Norberto BOBBIO, *El Filósofo y la Política. Antología*, ob. cit., pp. 135-140 y 149-152; *Teoría General del Derecho*, ob. cit., pp. 159-160 y 168-169; *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2 ed., ob. cit., pp. 356-361 y 365-367.

Con todo, un poco de visión histórica basta para darse cuenta de que si hemos tenido tantos problemas para controlar o limitar el poder soberano de los Estados, intentar hacer lo mismo con una soberanía internacional resultará mucho más difícil.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Cerebral/Unesco, 1985.
- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, trad. de Wistano Orozco, 1993.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1997.
- ALZAMORA REVOREDO, Óscar, "Ideología de género: sus peligros y alcances", en *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio para la Familia, Madrid, Palabra, 2004, pp. 575-590.
- ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1998.
- APARISI, Ángela (coord.), *Persona y género*, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters, 2011.
- ARTIGAS, José, "Ofensiva abortista en Hispanoamérica. El holocausto demográfico angloamericano bajo la guía de los hermanos Rockefeller", en <http://www.arbil.org/arbil114.htm>, fecha de consulta: 2 de octubre de 2007.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Milán, Comunità, 1965.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de E. Garzón Valdés, 1965.
- BOBBIO, Norberto, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milán, Comunità, 1977.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, edición y trad. a cargo de A. Ruiz Miguel, 1980.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, trad. de J. Moreno, 1985.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2 edición ampliada, Madrid, Debate, trad. de A. Ruiz Miguel, 1990.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, trad. de R. de Asís Roig, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, trad. de E. Rozo Acuña, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

- BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, trad. de R. de Asís Roig y A. Greppi, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Contriburi ad un Dizionario Giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994.
- BOBBIO, Norberto, *El filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, edición y trad. a cargo de J. Fernández, 1995.
- BOBBIO, Norberto, "An autobiographical aperçu of Legal Philosophy", en *Ratio Juris*, vol. IX (1996), translation by A. Collins, pp. 121-124.
- BROCOS FERNÁNDEZ, José Martín, "La deriva totalitaria de la democracia liberal", en <http://www.arbil.org/arb1113.htm>, fecha de consulta: 26 de mayo de 2008.
- BURGGRAFF, Jutta, "Género ('Gender')", en *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio para la Familia, Madrid, Palabra, 2004, pp. 511-519.
- BURGGRAFF, Jutta, "Acerca de la ideología postgeminista de género", en <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/aid/604/paid/0/ideologia/postfeminista/genero/Default.aspx>, fecha de consulta: 3 de octubre de 2007.
- BURGGRAFF, Jutta, "Perspectiva de género: sus peligros y alcances", en <http://www.notivida.com.ar/Articulos/Genero/Perspectiva%20de%20Genero,%20peligros%20y%20alcances.html>, fecha de consulta: 5 de octubre de 2007.
- CAMPS MERLO, Marina, *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Pamplona, Eunsa, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- CRUZ, Luis M., *La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- GÓMEZ GÓMEZ, Elsa (ed.), "Gender, Women and Health in the Americas", *Scientific Publication*, 541, Washington D. C., Organización Panamericana de la Salud, 1993.
- GROVER, Anand, "El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", Consejo de Derechos Humanos, 3 de agosto de 2011, en http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2011/09/report_ingles_grover.pdf, fecha de consulta: 18 de agosto, de 2011.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología en la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, 2008.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2 ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio y SERNA, Pedro (eds.), "Introducción", en *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- Noticiasglobales.org*, en <http://www.noticiasglobales.org/>, fecha de consulta: 23 de marzo de 2011.
- PALAZZANI, Laura (a cura di), *La bioética e la differenza di genere*, Roma, Edizioni Studium, 2006.
- PLATAS PACHECO, M. del Carmen (coord.), *Bejín + 10. Diálogos académicos*, México, Porrúa, 2005.
- PERIS CANCIO, José Alfredo, "Derechos sexuales y reproductivos", en *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio para la Familia, Madrid, Palabra, 2004, pp. 267-277.
- POZZOLO Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001.
- SANAHUJA, Juan Claudio, *El desarrollo sustentable. La nueva ética internacional*, Buenos Aires, Vórtice, 2003.
- SCALA, Jorge, *Género y derechos humanos*, 3 ed. ampliada, Buenos Aires, Vórtice, 2004.
- SCHOYANS, Michel, *La cara oculta de la ONU*, México, Diana, traducción de P. Straulino, 2002.
- SCHOYANS, Michel, *Le terrorisme à visage humain*, 2 edición, Paris, François-Xavier de Guibert, 2008.
- SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. De la crisis del positivismo jurídico a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.
- VOLLMER DE COLLES, Beatriz, "Nuevas definiciones de género", en *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio para la Familia, Madrid, Palabra, 2004, pp. 795-809.