

---

# La tesis hervadiana de los derechos naturales subsiguientes y la doctrina de los «derechos implícitos» en la jurisprudencia de la Corte IDH

*Hervada's Thesis on Subsequent Natural Rights and the Inter-American Court of Human Rights' Doctrine on Implied Rights*

José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO\*

Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú

[jchavezfernandez@ucsp.edu.pe](mailto:jchavezfernandez@ucsp.edu.pe)

<https://orcid.org/0000-0002-1121-8983>

RECIBIDO: 01/12/2020 / ACEPTADO: 23/09/2021

---

**Resumen:** Este ensayo defiende la tesis de que la doctrina hervadiana de la existencia de derechos naturales subsiguientes y de la necesidad de su promulgación para su vigencia histórica, ofrece a la doctrina de los derechos humanos implícitos sostenida jurisprudencialmente por la Corte IDH, mejores parámetros o estándares para su justificación y su determinación. En concreto, le permite, por un lado, justificar dichos derechos en una naturaleza humana de carácter universal, y determinarlos materialmente a través de sus fines inherentes con mejores pretensiones de objetividad. Por otro lado, le permite también observar el rol indispensable de la positivación o promulgación para la determinación de los derechos humanos que no hayan sido reconocidos expresamente en la Convención.

**Palabras clave:** Hervada; derechos naturales subsiguientes; Corte Interamericana de Derechos Humanos; derechos humanos implícitos.

**Abstract:** The paper's central argument is that Hervada's doctrine on the existence of subsequent natural rights – and the necessity to posit these rights for their historical enforcement – offers better parameters and standards for the justification and determination of implied rights in the IACtHR's opinions. On the one hand, it allows to justify such rights based on a universal human nature as well as to determine the right's content through their inherent ends with better claims of objectivity. On the other, it permits to verify the indispensable role of positive law for the determination of human rights which have not been expressly recognized in the Convention.

**Keywords:** Hervada; subsequent natural rights; Inter-American Court of Human Rights; implied human rights.

## I. INTRODUCCIÓN

**A**ntes de entrar propiamente en materia quisiera recordar brevemente un acontecimiento que dio un auténtico giro a mi vida académica, y que es parte importante de la explicación de por qué decidí escribir este

---

\* Mi agradecimiento a Piero Ríos Carrillo por sus comentarios y sugerencias a un primer borrador de este trabajo.

ensayo. Sucede que *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*<sup>1</sup> fue el primer volumen de la disciplina que leí íntegramente y casi sin pausas. Fue mi primer contacto teórico con lo que Hervada ha llamado «realismo jurídico clásico»<sup>2</sup>, y su lectura causó en mí algo muy semejante a la fascinación.

Tal experiencia me llevó a leer de inmediato toda la bibliografía hervadiana a mi disposición, llegando pronto a la convicción de que me había encontrado con una manera de entender el derecho que conectaba con lo mejor de la tradición de Occidente, pero que era al mismo tiempo muy original y renovadora. Me pareció entonces –y lo fui confirmando luego<sup>3</sup>– que las categorías elaboradas coherentemente por Hervada, a partir de una concepción integral de la persona humana y de su intrínseca juridicidad, lograban dar una mirada de conjunto al fenómeno jurídico que permitía desarrollar explicaciones satisfactorias de varios de los problemas de la mayor actualidad en el Derecho.

Precisamente, creo que uno de esos problemas es el representado por los que se entiende como «derechos humanos implícitos»<sup>4</sup>. En ese sentido, en este breve trabajo trataré de evidenciar no solo que la tesis de la existencia de derechos implícitos puede defenderse desde el realismo jurídico clásico hervadiano, sino que el modo en que puede hacerse tiene algunas ventajas de justificación y de determinación de los mismos frente al modo en que lo ha hecho, en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH, Corte o alto Tribunal) a través de su jurisprudencia<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992.

<sup>2</sup> HERVADA, J., «Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico», en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993, pp. 761-762.

<sup>3</sup> He actualizado y compilado mis aportes sobre su pensamiento en CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, Porrúa, México, 2014. Se puede confrontar específicamente sobre el realismo jurídico clásico también: HERRERA PARDO, C., *Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, EUNSA, Pamplona, 2016, pp. 219 ss.

<sup>4</sup> Para Candia: «Aun cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] ha establecido un catálogo de derechos que los Estados firmantes están obligados a garantizar, dicho listado ha sido expandido a partir de una práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] destinada a desarrollar lo que ha venido en denominarse *derechos implícitos*». (CANDIA FALCÓN, G., «Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho», *Revista Chilena de Derecho*, 42 (2015), pp. 873-874).

<sup>5</sup> He dedicado antes dos trabajos en colaboración expresamente a la temática de los derechos implícitos: CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y VALDIVIA AGUILAR, T., «Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso *Atala*», *Dikaion*, 25-1 (2016), pp. 53-74; y CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y RÍOS CARILLO, P., «De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un ‘iusnaturalismo moderado’: una propuesta

La perspectiva que asumiré será, preferentemente, la de la Filosofía del derecho, y no la del Derecho internacional de los Derechos Humanos, que tendrá, más bien, una función accesoría. Lo que quiero decir es que este trabajo se orienta sobre todo a la síntesis y aplicación –con cierta libertad, cabe añadir– de las tesis hervadianas, y no a la solución en detalle de los complejos problemas de interpretación propios del Derecho internacional de los Derechos Humanos, enfoque que exigiría precisiones adicionales que no se harán aquí.

El itinerario del ensayo será como sigue. En primer lugar (2), a través de algunos ejemplos emblemáticos trataré de evidenciar que la manera en que la Corte IDH identifica derechos implícitos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante: la Convención o el Tratado) no logra resolver convenientemente el problema de su justificación y de su determinación. En segundo y último lugar (3) desarrollaré la tesis hervadiana de los derechos naturales subsiguientes y de la importancia de su positivación o promulgación, y trataré de mostrar cómo desde dicha comprensión puede justificarse y determinarse más razonablemente derechos humanos implícitos en la Convención.

## II. ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPLÍCITOS EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

Como se sabe, la Convención otorga competencia a la Corte IDH para interpretarla y aplicarla en la solución de los casos que sean sometidos a su jurisdicción<sup>6</sup>, teniendo la potestad de decidir sobre la violación y la reparación de los derechos o libertades protegidos por la misma<sup>7</sup>. La Corte ha ejercido

---

de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile», *Revista Chilena de Derecho*, 46-1 (2019), pp. 177-201. Los elementos teóricos desarrollados en dichos trabajos –en particular, en el primero– son parte importante de la base sobre la que se lleva a cabo este ensayo.

<sup>6</sup> Expresamente: «La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido [...]». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 62.3).

<sup>7</sup> Textualmente: «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63.1).

esta competencia la mayoría de las veces tutelando derechos que ha encontrado expresamente consagrados en el texto de la Convención, pero otras veces lo ha hecho derivándolos por vía interpretativa a partir de algunos de los enunciados normativos expresos, ya sea como derechos implícitos, ya sea como contenidos implícitos de derechos explícitos<sup>8</sup>.

La Corte IDH ha justificado esta última práctica a través de disposiciones jurídicas expresas de la Convención Americana<sup>9</sup> y de la Convención de Viena<sup>10</sup> en el sentido de que la enumeración de los derechos en el Tratado no es excluyente dado que los mismos son «inherentes al ser humano» o se derivan «de la forma representativa y democrática de gobierno»; de que en materia de derechos Humanos debe aplicarse una interpretación evolutiva<sup>11</sup>; y de que ha de preferirse la interpretación más favorable y menos restrictiva para la persona humana como fin, lo que se conoce como principio *pro homine*<sup>12</sup>. Veremos un par de ejemplos, brevemente.

En el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, la Corte determinó<sup>13</sup> que la prohibición de la técnica de fertilización *in vitro* por parte de la

<sup>8</sup> Por ejemplo: los derechos a la verdad y a la efectiva sanción penal (cfr., Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 154, párrs. 148-150); o, más recientemente, el derecho a la no discriminación por orientación sexual (cfr., Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239, párrs. 79-91).

<sup>9</sup> Expresamente: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29). Sobre la relevancia del artículo 29 c) de la Convención, cfr. GROS ESPIELL, H., «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.C) de la Convención Americana de Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4 (2000), pp. 168-170.

<sup>10</sup> A la letra: «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objetivo y fin». (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 31).

<sup>11</sup> Cfr., Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, n.º 74, párr. 88.

<sup>12</sup> Para la aplicación del principio *pro homine* por la Corte IDH, cfr., MELGAR RIMACHI, A., *El principio «pro homine» como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*, Fondo Editorial UCSP, Arequipa, 2016, pp. 221-225.

<sup>13</sup> Cfr., Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, n.º 247, párr. 317.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica violaba la Convención en sus artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1<sup>14</sup>. A juicio de la Corte IDH la Sala Constitucional habría interpretado equivocadamente que la Convención<sup>15</sup> protege de manera absoluta la vida del embrión desde el momento de la fecundación cuando en realidad –si se valorase la literatura científica sin considerar en los embriones «ciertos atributos metafísicos»– se reconocería que la concepción empieza con la implantación, por lo que antes de dicho momento biológico, la Convención no tutelaría la vida humana<sup>16</sup>.

En ese sentido, en opinión de la Corte IDH, la injerencia de la Sala costarricense en los derechos de las víctimas habría sido injustificada, violando sus derechos humanos a la integridad física, psíquica y moral, a la libertad personal, y a la vida privada y familiar, los que tendrían relación con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, y el derecho a fundar una familia, todos ellos interpretados muy ampliamente<sup>17</sup>. De estos derechos convencionales explícitos e implícitos, y a partir del artículo 29 b) de la Convención, del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer<sup>18</sup> y de otros instrumentos de *Soft Law*, la Corte IDH deriva un derecho humano implícito al acceso a la tecnología necesaria para ejercer el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva en el sentido más amplio<sup>19</sup>, lo que puede

<sup>14</sup> Expresamente: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1).

<sup>15</sup> Literalmente: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1).

<sup>16</sup> Cfr., Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, op. cit., párrs. 185-186.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 142-148.

<sup>18</sup> Por ejemplo, uno de los pasajes citados por la Corte en el Caso Artavia Murillo es: «[...] la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos [...]». (Informe de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, n° 94).

<sup>19</sup> Cfr., Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, op. cit., párrs. 149-150.

entenderse para Costa Rica como «una obligación internacional de permitir la fertilización in vitro»<sup>20</sup> e, incluso, de garantizarla.

Un caso muy distinto resuelto el mismo año confirma este modo de proceder por parte de la Corte, ahora respecto de lo que sería el derecho humano implícito a la identidad cultural de los pueblos indígenas. En Pueblo kichwa de Sarayaku contra Ecuador, tras la resistencia continua de los pobladores indígenas a la explotación petrolera de su territorio por parte del consorcio de la Compañía General de Combustibles, los hechos conexos suscitados por las diversas medidas tomadas por esta empresa para llevar adelante la explotación, la judicialización interna del caso y, finalmente, el conocimiento de la causa por la Corte IDH, esta resuelve en la línea argumentativa que señalo muy brevemente a continuación.

En primer lugar<sup>21</sup> que Ecuador, al no consultar la ejecución del proyecto con el pueblo Sarayaku respetando su cultura y sus costumbres, habría violado su derecho humano implícito a la propiedad comunal<sup>22</sup> en relación con el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas que estaría también implícitamente reconocido en esta ocasión en los artículos 1.1 y 2 del mismo Tratado<sup>23</sup>. En segundo lugar<sup>24</sup> que el Estado ecuatoriano al haber puesto en riesgo la vida y la integridad personal de los miembros del pueblo, y al haber investigado negligentemente los hechos denunciados, habría violado los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención<sup>25</sup> en relación con el derecho a la propiedad comunal en los términos de los artículos 1.1 y 21. En tercer lugar<sup>26</sup>, la Corte IDH valora que el Estado

<sup>20</sup> DE JESÚS CASTALDI, L., «Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6 (2016), p. 205.

<sup>21</sup> Cfr., Corte IDH, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, n.º 245, párrs. 212-217 y 232.

<sup>22</sup> La Corte había reconocido previamente este derecho como implícito a partir del artículo 21 de la Convención en conformidad con el 29 b) y el criterio de interpretación evolutiva (cfr., Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n.º 79, párrs. 148-153).

<sup>23</sup> Expresamente: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2).

<sup>24</sup> Cfr., Corte IDH, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 249 y 271.

<sup>25</sup> Literalmente: «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.1).

<sup>26</sup> Cfr., Corte IDH, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit.*, párr. 278.

habría violado también los artículos 8.1, 25.1, 25.2a y 25.2c de la Convención, en relación con el artículo 1.1 al no garantizar ni los recursos efectivos ni la tutela jurisdiccional necesaria para remediar la situación ocasionada a los pobladores. Por lo que ordena las reparaciones correspondientes al pueblo de parte de Ecuador<sup>27</sup>.

Me parece que Candia<sup>28</sup>, a partir de ejemplos semejantes a los reseñados aquí, ha notado correctamente que en la jurisprudencia de la Corte IDH los criterios interpretativos aludidos inicialmente se suelen combinar con algunas disposiciones convencionales sobre derechos humanos cuyo texto es vago e indeterminado, con las interpretaciones extensivas de dichas disposiciones que la propia Corte ha hecho en su jurisprudencia previamente, y con estándares provenientes de fuentes diversas –por ejemplo, otros tratados no necesariamente vinculantes para el Sistema Interamericano, jurisprudencia de diversos tribunales o varios instrumentos de *Soft Law*– arribando finalmente a la conclusión de la existencia de derechos implícitos específicos o de contenidos implícitos de derechos explícitos en la Convención.

Por mi parte, diría que en los fallos reseñados anteriormente se evidencia una serie de problemas interpretativos acerca de los derechos humanos que no son ni exclusivos de dichas sentencias ni de la Corte IDH, y que por su extensión no podré abordar aquí<sup>29</sup>. Sin embargo, para lograr el objetivo de mi trabajo, me interesa destacar ahora que la Corte no ha llegado a armonizar del todo en su justificación y determinación de los derechos implícitos, al menos dos características esenciales de los derechos humanos que se encuentran aparentemente en tensión: por un lado, lo que se podría llamar aquí su «pre-positividad» y, por otro lado, lo que denominaré su «convencionalidad»<sup>30</sup>. Mien-

<sup>27</sup> No obstante, hay quien sostiene que la solución por parte de la Corte resulta insatisfactoria respecto de varios aspectos de los intereses del pueblo kichwa de Sarayaku, cfr., por ejemplo: LÓPEZ ANDRADE, A., «Tiempos encontrados: frente de colonización y la sentencia del caso del pueblo indígena kichwa de Sarayaku contra Ecuador, 2012», *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, 9-2 (2019), pp. 346 ss.

<sup>28</sup> Cfr., CANDIA FALCÓN, G., «Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho», *op. cit.*, p. 876.

<sup>29</sup> Para un abordaje exhaustivo de los problemas de interpretación propios de los derechos humanos, cfr., por ejemplo: DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 241-726.

<sup>30</sup> Creo que ello puede desprenderse sin dificultad del texto de la Convención que reconoce que «[...] los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo); y que, como vimos, declara también que: «Ninguna disposición de la presente

tras que la primera cualidad está estrechamente vinculada a la universalidad y permanencia de los derechos humanos, la segunda lo está a su historicidad y contingencia<sup>31</sup>.

Me refiero a que, por un lado, la Corte IDH sostiene que los derechos son posiciones jurídicas cuya titularidad y fuerza deóntica no proviene principalmente de la autoridad convencional del enunciado que los reconoce, a tal punto que se cree en el deber de interpretarlos en favor de cada ser humano concreto, siempre expansivamente y más allá del texto convencional, como si no tuvieran más límite que el que se produce de la colisión con el ejercicio concreto de los derechos humanos contrapuestos de las demás personas: una versión de lo que Cianciardo ha llamado críticamente «conflictivismo»<sup>32</sup>. Por otro lado, la Corte recurre siempre –aunque no exclusivamente, como vimos– a algunos artículos de la Convención para justificar su derivación, como si no pudiera postularlos y protegerlos sin mediar algún texto expreso aprobado autoritativamente por los Estados Partes, cuando resulta más o menos evidente que por la vaguedad del mismo nos encontramos frente a enunciados jurídicos de textura abierta que permiten diversas interpretaciones incluso contradictorias.

Creo que queda claro que los derechos humanos son estructuras complejas en las que se conjugan tanto su pre-positividad como su convencionalidad<sup>33</sup>. Pero ¿cómo han de armonizarse estos aspectos para su interpretación? A mi modo de ver, solo una explicación satisfactoria de cómo se integran dichos dinamismos en aparente tensión permitiría la argumentación de una justificación y una determinación solvente de los derechos humanos, en ge-

---

Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29). Sin llamarlas de la misma manera, creo que se refiere a estas dos características esenciales: SANTIAGO, A., «El Derecho internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico», *Persona y derecho*, 60 (2009), pp. 108-112.

<sup>31</sup> Me parece que Laporta ha graficado bastante bien esta tensión, cfr., LAPORTA, F., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4 (1987), pp. 31 ss.

<sup>32</sup> Cfr., CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 31 ss.

<sup>33</sup> En ese sentido, he sugerido en otro lugar que: «[...] un derecho humano en sentido propio puede ser definido como un bien –en un sentido muy amplio del término– debido en justicia, históricamente imprescindible para el perfeccionamiento o florecimiento de la persona según su dignidad ontológica, y cuyo reconocimiento positivo o institucional abstracto y garantía determinativa resultan prioritarios para todo ordenamiento jurídico». (CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y RÍOS CARILLO, P., «De la tesis de la doble naturaleza de Alexy...», *op. cit.*, p. 190).

neral, y de los implícitos, en particular. Ensayaré a continuación, sobre todo, lo segundo, a partir de la doctrina hervadiana de los derechos naturales subsiguientes.

### III. LA TESIS HERVADIANA DE LOS DERECHOS NATURALES SUBSIGUIENTES Y SU APLICACIÓN A LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS<sup>34</sup>

No es mi intención en este acápite ofrecer un resumen del enfoque filosófico jurídico de Hervada sobre la temática de los derechos humanos, ni tampoco realizar una valoración crítica de sus aportes en la materia<sup>35</sup>. Mi propósito será, en un primer momento, describir brevemente la tesis hervadiana de la existencia de derechos naturales subsiguientes y de la necesidad de su positivación o promulgación, para luego, en un segundo momento, hacer su aplicación a la doctrina de los derechos humanos implícitos, con el objetivo de evidenciar que ésta ofrece elementos teóricos que permitirían a la Corte IDH resolver mejor los problemas de justificación y de determinación de los mismos, descritos en el acápite anterior.

Cianciardo ha destacado con razón que en Hervada se da la identificación de la juridicidad de los derechos humanos con su existencia<sup>36</sup>, tesis que otros iusnaturalistas contemporáneos –como Finnis<sup>37</sup>, en el ámbito anglosajón, o Pérez Luño<sup>38</sup>, en el continental– no comparten. Para el antiguo profesor de la Universidad de Navarra:

«[...] sólo si se admite una noción de derecho, compatible con la existencia de un núcleo fundamental de derecho distinto del derecho positivo, es posible una teoría de los derechos humanos coherente con lo que quiere expre-

<sup>34</sup> Este acápite es un desarrollo y actualización –respecto del tema específico de este ensayo– de lo trabajado en: CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y VALDIVIA AGUILAR, T., «Entre derechos implícitos y derechos naturales...», *op. cit.*, pp. 66-71.

<sup>35</sup> Se puede revisar al respecto: HERRERA, D., *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, EDUCA, Buenos Aires, 2012, pp. 237-382; o CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Persona humana y derecho...*, *op. cit.*, pp. 1-110.

<sup>36</sup> Para Cianciardo, un tratamiento más profundo de la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales le hubiera permitido a Hervada una distinción más precisa entre realidad y juridicidad de los derechos humanos. Cfr., CIANCIARDO, J., «*Humana iura*. Realidad e implicaciones de los derechos humanos», en AA.VV., *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, ed. Pedro Rivas, ARA Editores, Lima, 2005, p. 142.

<sup>37</sup> Cfr., FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales* (trad. Cristóbal Orrego), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 227-254.

<sup>38</sup> Cfr., PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 46-47.

sarse con ella: que la ley positiva no es soberana frente al hombre, porque éste posee unos bienes jurídicos inherentes que preexisten a la ley positiva y que son medida de justicia o injusticia de la ley positiva»<sup>39</sup>.

Para Hervada, los derechos humanos son derechos naturales, es decir, bienes respecto de los cuales todo ser humano es titular por su dignidad ontológica. Se trata de bienes que le son debidos por otro al encontrarse en una relación de justicia o de juridicidad natural<sup>40</sup>. A su modo de ver, esta dignidad es manifestación axiológica objetiva de la naturaleza humana o condición de persona de cada sujeto entendida metafísicamente<sup>41</sup> en un modo que, sin duda, Alexy reprocharía como un concepto «enfático» de metafísica<sup>42</sup>. Sin embargo, para Hervada, no todos los derechos naturales serían propiamente derechos humanos, sino solo aquellos que tienen relevancia en la estructura fundamental de la sociedad y que, por lo mismo, la autoridad tiene la obligación de reconocer y de garantizar autoritativamente a través de mecanismos eficientes<sup>43</sup>.

Según Hervada, cada derecho –y los derechos humanos no son la excepción– tiene una dimensión histórica y cultural, en el sentido de que tanto el derecho natural como el derecho positivo forman parte de las intrínsecamente

<sup>39</sup> HERVADA, J., «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del derecho», en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993, p. 460. Cianciardo ha insistido recientemente en la actualidad de este trabajo. Cfr. CIANCIARDO, J., «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos continúa planteando a la Filosofía del derecho», *Persona y derecho*, 75 (2017), pp. 83-91.

<sup>40</sup> Para Hervada «el derecho natural –lo justo natural– es aquella cosa que está atribuida a un sujeto –y en consecuencia le es debida– por título de naturaleza y según una medida natural de igualdad». (HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona, 2001, p. 81). Hervada se ha ocupado solventemente de la objeción de falacia naturalista, sobre la que no puedo detenerme aquí. Cfr., HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, *op. cit.*, pp. 62-66.

<sup>41</sup> Para Hervada «[...] en cada persona humana existe una real estructura fundamental que, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos como *constitutivo* caracterizador y especificador suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana». (HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, *op. cit.*, p. 480). Sobre los conceptos de naturaleza humana y de persona humana en Hervada, cfr. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Persona humana y derecho...*, *op. cit.*, pp. 3-42. Sobre el uso del concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte IDH, cfr., LAFFERRIERE, N., y LELL, H., «Hacia una sistematización de los usos semánticos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos», *Cuestiones constitucionales*, 43 (2020), pp. 129-167.

<sup>42</sup> Por su parte, Alexy aceptaría un concepto de metafísica solo «constructivo». Cfr. ALEXY, R., «¿Derechos humanos sin metafísica?» (trad. José Antonio Seoane y Eduardo Soderó), en *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 85-89.

<sup>43</sup> Cfr., HERVADA, J., «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993, pp. 662 ss.

contingentes relaciones sociales. Si bien cada derecho humano o natural puede remitirse más o menos directamente a la dignidad ontológica e inmutable de la persona, este derecho se configura como tal solo cuando dicha dignidad entra en contacto con cada relación social concreta suscitando que los fines perfectivos de la naturaleza humana de cada persona se manifiesten como diversas y específicas exigencias deónticas de justicia. De estos bienes debidos en justicia, algunos son permanentes e inmutables, y otros han adquirido su modo peculiar debido a circunstancias particulares y contingentes. Por ello, para Hervada, «los derechos humanos, en parte son permanentes, esto es, los hay invariables, y en parte son evolutivos»<sup>44</sup>.

Hervada propone clasificar los derechos naturales según se conjuguen en ellos su permanencia y su contingencia, y así los divide en «originarios» y en «subsiguientes»<sup>45</sup>. Los originarios se caracterizan porque se derivan directamente de la naturaleza humana considerada en cuanto tal, por lo que la historicidad no afecta a su título o causa de atribución, teniendo como consecuencia más importante que nos encontraríamos frente a derechos universales en el pleno sentido del término. Éstos, a su vez, pueden clasificarse en: a) «primarios» –como el derecho a la vida– cuya medida o extensión tampoco se ve afectada por la historicidad; y en: b) «derivados» –como el derecho a la salud o a la educación– cuya medida o extensión puede variar según las circunstancias históricas de cada comunidad política.

Los derechos naturales subsiguientes, por su parte, si bien proceden de la naturaleza humana –se trata, al fin y al cabo, de derechos naturales–, lo hacen en relación con situaciones creadas por el ser humano –Hervada pone el ejemplo del derecho a la legítima defensa–, por lo que, si varía la situación histórica creada por éste, pueden variar tanto la titularidad como la extensión o medida del derecho. Si bien la naturaleza humana no cambia y, por lo tanto, tampoco cambia el fundamento de cualquier derecho natural constituyéndose en el elemento raigal y permanente de los mismos, su titularidad específica, o concreta «fenomenología jurídica» –por así decirlo– sí cambia, adaptándose a la nueva realidad.

A mi modo de ver, en los derechos naturales subsiguientes como los concibe Hervada, la naturaleza humana se configuraría accidentalmente como un

<sup>44</sup> HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador: Tempus otii secundum*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 2002, p. 113. Puede verse, por ejemplo, un examen a profundidad del matrimonio en: HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 4ª ed., EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 129-168.

<sup>45</sup> Cfr., HERVADA, J., *Introducción crítica...*, *op. cit.*, pp. 92 ss.

título parcialmente distinto –aunque no radicalmente distinto– al anterior. No obstante, los derechos naturales subsiguientes se diferenciarían de los positivos en que su título es natural y, por lo tanto, dada la nueva circunstancia histórica, la naturaleza humana se configura inmediatamente como un nuevo título jurídico, sin necesidad de que, en principio, la autoridad lo tenga que determinar mediante una decisión positiva convencional, constituyente o legal.

Por otro lado, para Hervada, una de las consecuencias más significativas de que tanto el derecho natural como el positivo no sean dos sistemas jurídicos independientes y paralelos –como lo concebía, hasta cierto punto, el iusnaturalismo moderno o racionalista<sup>46</sup>– sino, antes bien, sean dos dimensiones inescindibles de un único ordenamiento jurídico, es su tesis de la necesaria «positivación» o promulgación del derecho natural para su vigencia histórica. La misma implica la integración del derecho natural en el sistema jurídico aplicable<sup>47</sup>.

Esta positivación o promulgación del derecho natural se produce por el desvelamiento o conocimiento progresivo de algunos de sus aspectos originarios derivados o de sus aspectos subsiguientes. La promulgación no le confiere al derecho natural ni su índole ni su validez jurídica –pues violar un derecho natural no promulgado, siempre es injusto–, pero sí le otorga su vigencia histórica, o dicho de otro modo, su capacidad de ser oponible en los diversos foros jurídicos donde se determina autoritativamente el derecho<sup>48</sup>.

Para Hervada<sup>49</sup> existen varios modos de positivación del derecho natural, aunque todos se enlazan de una u otra forma con el sistema de fuentes positivas del derecho, y si bien, en principio, la positivación o promulgación se limita a ser un proceso de esclarecimiento cognoscitivo social de determinado derecho natural, hay algunos supuestos en los que la seguridad jurídica requeriría de una positivación necesariamente autoritativa, de naturaleza nor-

<sup>46</sup> Cfr., HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., EUNSA, Pamplona, 1996, pp. 249-295.

<sup>47</sup> Cfr., HERVADA, J., *Introducción crítica...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

<sup>48</sup> Lo dice así: «El derecho pertenece al orden *práctico* de la vida humana y es objeto de un arte o ciencia práctica. Para que algo sea practicable debe ser conocido; mientras sea desconocido permanece impracticable. Esto supuesto, parece claro que el derecho natural requiere ser conocido para que esté integrado en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico (*vigencia histórica* del derecho natural). En tanto que existe la persona humana, el derecho natural es derecho *válido*, esto es, su contravención constituye de suyo una injusticia. Pero no es menos cierto que, en la medida en la que unos factores de derecho natural (normas, derechos, principios, etc.) no sean conocidos, no podrán estar integrados en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico [...]» (*ibid.*, p. 177).

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 178-180.

mativa o jurisprudencial. Hervada señala dos: a) cuando se trata de un derecho natural propio de una relación jurídica genérica que debe ser concretada por el derecho positivo, y b) cuando se trata de principios y exigencias de derecho natural inherentes a realidades que pertenecen a la historicidad de la sociedad. En estos casos, a su juicio: i) el derecho positivo completa el orden natural indeterminado –ofrece el ejemplo del derecho al trabajo–, y ii) respecto de las situaciones cuyo origen es cultural –propone el caso de los contratos de seguros– el derecho natural es un principio que vincula al derecho positivo al momento de regular nuevas situaciones, pero no adquiere perfección o plenitud jurídica si no se da el reconocimiento autoritativo.

Si bien en lo descrito en los párrafos anteriores Hervada no se está refiriendo expresamente a los derechos humanos, me parece que dicha tesis resulta de gran utilidad para evidenciar cómo la manera de proceder general de la Corte IDH respecto de los derechos implícitos queda en cierta desventaja frente a la tesis hervadiana de los derechos naturales subsiguientes y de su necesaria positivación para su vigencia histórica, al menos en cuanto a su justificación y determinación.

En ese sentido, creo que es perfectamente viable plantear desde la teoría hervadiana la idea de unos derechos humanos implícitos o de unos contenidos implícitos de derechos humanos, es decir: de bienes básicos debidos en justicia no expresamente protegidos en los enunciados normativos de los tratados internacionales firmados por los Estados Partes. Se trataría –en el caso concreto del Sistema Interamericano y usando la terminología hervadiana– de derechos naturales no autoritativamente positivados por los Estados a través de la Convención, pero que tendrían también un amparo subsidiario en el sistema de fuentes formales de la misma, a través, por ejemplo, del enunciado normativo del artículo 29<sup>50</sup>.

Me parece que si se toma en serio que «los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona razón por la cual justifican una protección internacional»<sup>51</sup>, y se asume la tesis correspondiente de que

---

<sup>50</sup> Como vimos: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29).

<sup>51</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo. Al respecto, cfr. HERVADA, J., «Problemas que una nota esencial...», *op. cit.*, pp. 451-456.

al menos algunos de los derechos humanos tienen realmente plena validez jurídica pre-positiva<sup>52</sup>, debería entenderse que las disposiciones convencionales que los reconocen no son ni la fuente de su validez jurídica, ni el único parámetro –aunque importante– de su interpretación y aplicación. Creo que el principal problema no estaría en que se plantee la idea de unos derechos implícitos que la Corte IDH pueda desarrollar jurisprudencialmente<sup>53</sup>, sino el de la fuente de los contenidos materiales de donde la Corte pretende extraer los derechos humanos con el objeto de determinarlos para resolver los casos sometidos a su jurisdicción, dicho de otro modo: el problema estaría precisamente en su justificación y en su determinación.

Por ejemplo, en el caso Artavia Murillo, no veo problema en que la Corte IDH pueda tutelar una grave injusticia respecto de la falta de acceso a eventuales creaciones tecnológicas que se hayan hecho realmente indispensables para el desarrollo humano y que no existían al momento de firmarse la Convención. Sin embargo, me resultan problemáticas un par de cosas respecto de plantear en concreto, como hace la Corte, un derecho humano a la fecundación *in vitro*.

Primero, hacerlo derivándolo de derechos como a fundar una familia, y a la autonomía reproductiva, interpretados ya expansivamente, sin considerar cuál sería su relación con los fines propios de la naturaleza humana, y en particular, con los de su sexualidad. Segundo, hacerlo en contraposición al derecho a la vida de la persona desde la concepción, expresamente reconocido en la Convención<sup>54</sup>, pero que la Corte no duda en restringir, hasta el punto de considerar al propio titular –no obstante no poder negar su estatus biológico de

---

<sup>52</sup> Me refiero a «algunos» de los derechos humanos y no a todos, porque pienso que vale la pena distinguir entre derechos humanos o fundamentales propios e impropios: «Un derecho fundamental podría ser llamado ‘impropio’, porque se trata de un derecho no históricamente imprescindible para el perfeccionamiento de la persona según su dignidad ontológica, al que se le ha otorgado, sin embargo, una formulación abstracta o una garantía semejante a la de un derecho humano o fundamental en sentido propio. Pero también podría ser llamado ‘impropio’ –en un sentido enteramente distinto– un aparente derecho que, en realidad, es más bien una lesión –sin duda, socialmente controversial– a un bien debido en justicia, a la que se le ha otorgado erróneamente una formulación abstracta o una garantía semejante a la de un derecho humano o fundamental en sentido propio». (CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y RÍOS CARILLO, P., «De la tesis de la doble naturaleza de Alexy...», *op. cit.*, p. 191).

<sup>53</sup> Para una opinión que problematiza esta tesis: cfr., SILVA ABBOTT, M., «La notable incerteza que produce la incorporación de Tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad», *Prudentia Iuris*, 86 (2018), p. 11.

<sup>54</sup> Como vimos: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción [...]». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1).

miembro de la especie humana— como desprotegido por el Tratado, al menos en los primeros estadios de su gestación.

En ambos aspectos, la renuncia expresa por parte de la Corte IDH a una consideración metafísica de la naturaleza humana del titular le impide justificar la universalidad pre-positiva de los derechos, y a la vez, obtener una base material con pretensiones de objetividad para la determinación de los mismos<sup>55</sup>. Por otro lado, la falta de consideración por parte de la Corte de la necesaria positivación o promulgación social de los derechos humanos para ser oponibles en el foro jurídico, hace que la misma prescindiera de la determinación histórica que se ha desarrollado regionalmente o, incluso, la que ha desarrollado Costa Rica internamente respecto de los derechos humanos en consonancia con su propia cultura de reconocimiento y de recepción de los mismos<sup>56</sup>.

Opino que algo semejante pasa en el caso del Pueblo de Sarayaku. La Corte IDH interpretó que existe un derecho humano implícito y colectivo a la identidad cultural de los pueblos indígenas, y lo hizo principalmente a partir del derecho expreso a la no discriminación<sup>57</sup>. En este caso, la prescindencia de la naturaleza humana y sus fines para la justificación y la determinación de los derechos humanos implícitos, parece llevar a la Corte a privilegiar los aspectos contingentes y de fuerte cariz sociológico, incluso étnico, para justificar lo que entiende es una grave injusticia para con una dimensión inherente a todo ser humano. En todo caso, en su argumentación no queda claro por qué la identidad cultural de los pueblos indígenas y no otras, debe ser considerada un derecho universal implícito que la Corte IDH debe tutelar subsidiariamente de manera regional.

Sin embargo, aceptar que la Corte pueda reconocer derechos humanos implícitos con el objeto de evitar o reparar graves injusticias concretas no tu-

---

<sup>55</sup> He defendido extensamente una tesis análoga en otro lugar, cfr., CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima, 2012, pp. 98-125.

<sup>56</sup> Contra una idea semejante a esta: CLÉRICO, L., «El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH», *Revista Derecho del Estado*, 46 (2020), pp. 73-77.

<sup>57</sup> Como vimos: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1).

teladas expresamente por la Convención –bajo parámetros semejantes a los que propone Hervada respecto de los derechos naturales subsiguientes– no significa que el alto Tribunal deba entender que tiene competencia para hacerlo formulándolos de manera abstracta y semejante a como se reconocen los derechos en la Convención, pretendiendo crear auténticas obligaciones internacionales para todos los Estados Partes, como si los fallos a través de los que tutela pretendidos derechos implícitos constituyeran, en rigor, una enmienda al Tratado internacional o un protocolo adicional al mismo<sup>58</sup>. Me parece que la limitación que propongo para el reconocimiento de los derechos implícitos por parte de la Corte –bastante lejana, como se sabe, del comportamiento jurisprudencial habitual del alto Tribunal<sup>59</sup>– resulta razonable también, si se plantea a la luz de la doctrina hervadiana de la necesaria positivación o promulgación de los derechos naturales subsiguientes que he examinado en este mismo acápite.

#### IV. COLOFÓN

Concluye ahora este esfuerzo por defender muy sucintamente la tesis de que la doctrina hervadiana de la existencia de derechos naturales subsiguientes y de la necesidad de su promulgación para su vigencia histórica, ofrece a la doctrina de los derechos humanos implícitos sostenida por la Corte IDH en su jurisprudencia, mejores parámetros o estándares para su justificación y su determinación.

He tratado de evidenciar que la tesis hervadiana permite, por un lado, justificar los derechos humanos explícitos e implícitos, en última instancia, en

---

<sup>58</sup> Me ocupo de defender esta idea, aunque respecto de los Tribunales Constitucionales de Perú y de Chile, en: CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y RÍOS CARILLO, P., «De la tesis de la doble naturaleza de Alexy...», *op. cit.*, pp. 192 ss. La Convención establece: «Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77». (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 31). Esta disposición se refiere, como se sabe, a los artículos que regulan el procedimiento formal para las enmiendas a la Convención o para la firma de protocolos adicionales.

<sup>59</sup> Basta considerar, por ejemplo, el desarrollo jurisprudencial del denominado «control de Convencionalidad». Al respecto, cfr., DULITZKY, A., «El Impacto del Control de Convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?» en AA.VV., *Tratado de los derechos constitucionales*, ed. Julio Cesar Rivera (h) *et al.*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, pp. 544-569.

una naturaleza humana universal, y determinarlos a través de sus fines inherentes con mejores pretensiones de objetividad, si se accede a entender dicha naturaleza metafísicamente. Por otro lado, la tesis desarrollada permite también observar el rol indispensable de la positivación o promulgación –entendida como general reconocimiento social– en la determinación de los derechos humanos o naturales que no hayan sido reconocidos expresamente en la Convención por los Estados Partes.

Por último, espero que este ensayo aporte en reafirmar la convicción de que el pensamiento filosófico jurídico hervadiano sigue ofreciendo vetas valiosas de profundización que pueden ser de mucha utilidad para encontrar mejores respuestas a problemas de primer orden en el derecho contemporáneo.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R., «¿Derechos humanos sin metafísica?» (trad. José Antonio Seoane y Eduardo Soderó), en *La institucionalización de la justicia*, 3ª ed., Comares, Granada, 2016.
- CANDIA FALCÓN, G., «Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho», *Revista Chilena de Derecho*, 42-3 (2015), pp. 873-874. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art06.pdf>
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima, 2012.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, Porrúa, México, 2014.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y VALDIVIA AGUILAR, T., «Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala», *Dikaion*, 25-1 (2016), pp. 53-74. <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v25n1/0120-8942-dika-25-01-00053.pdf>
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. y RÍOS CARILLO, P., «De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un ‘iusnaturalismo moderado’: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile», *Revista Chilena de Derecho*, 46-1 (2019), pp. 177-201. <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/3938/3706>
- CIANCIARDO, J., «*Humana Iura*. Realidad e implicaciones de los derechos humanos», en AA.VV., *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, ed. Pedro Rivas, ARA Editores, Lima, 2005.
- CIANCIARDO, J., *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

- CIANCIARDO, J., «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos continúa planteando a la Filosofía del derecho», *Persona y derecho*, 75 (2017), pp. 83-91. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/7745/8248>
- CLÉRICO, L., «El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH», *Revista Derecho del Estado*, 46 (2020), pp. 53-83. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6500/8847>.
- DE JESÚS CASTALDI, L., «Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6 (2016), pp. 171-230. <https://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/71/61>
- DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- DULITZKY, A., «El Impacto del Control de Convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?» en AA.VV., *Tratado de los Derechos Constitucionales*, ed. Julio Cesar Rivera (h) et alii, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I.
- FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales* (trad. Cristóbal Orrego), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GROS ESPIELL, H., «Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.C) de la Convención Americana de Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4 (2000), pp. 145-173. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AJJC/article/view/50225>
- HERRERA, D., *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, EDUCA, Buenos Aires, 2012.
- HERRERA PARDO, C., *Aproximación a los fundamentos científicos y filosóficos del iusnaturalismo realista de Javier Hervada*, EUNSA, Pamplona, 2016.
- HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992.
- HERVADA, J., «Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del derecho», en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993.
- HERVADA, J., «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993.
- HERVADA, J., «Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico», en *Escritos de derecho natural*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993.
- HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., EUNSA, Pamplona, 1996.
- HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 4ª ed., EUNSA, Pamplona, 1998.
- HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 10ª ed., EUNSA, Pamplona, 2001.
- HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempus otii secundum*, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 2002.
- LAFFERRIERE, N., y H. LELL, «Hacia una sistematización de los usos semánticos del concepto de dignidad humana en la protección internacional de derechos humanos», *Cuestiones constitucionales*, 43 (2020), pp. 129-167. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/15181/16138>

- LAPORTA, F., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4 (1987), pp. 23-46. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4\\_01.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf)
- LÓPEZ ANDRADE, A., «Tiempos encontrados: frente de colonización y la sentencia del caso del pueblo indígena kichwa de Sarayaku contra Ecuador, 2012», *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, 9-2 (2019), pp. 333-357. [http://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado\\_comunes/article/view/132/127](http://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado_comunes/article/view/132/127)
- MELGAR RIMACHI, A., *El principio «pro homine» como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*, Fondo Editorial UCSP, Arequipa, 2016.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- SANTIAGO, A., «El Derecho internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico», *Persona y derecho*, 60 (2009), pp. 91-130. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17489/1/ContentServer2.pdf>
- SILVA ABBOTT, M., «La notable incerteza que produce la incorporación de Tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad», *Prudentia Iuris*, n.º 86 (2018), pp. 105-131. <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/1484/1404>
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, n.º 74. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf)
- Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n.º 79. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)
- Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 154. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)
- Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)
- Corte IDH, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, n.º 245. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)
- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, n.º 247. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Informe de la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995.

