

## La metafísica de los derechos humanos\*\*

### SUMARIO

Introducción. I. El concepto de derechos jurídicos subjetivos. A. Disposición, norma y posición. B. Las posiciones jurídicas. C. El derecho jurídico subjetivo como un todo. II. El carácter de derechos humanos de los derechos humanos. A. Propiedades formales. 1. La inclusión del derecho en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. 2. El reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia sobre derechos humanos. 3. Conclusión en relación con las propiedades formales. B. Las propiedades materiales. 1. Las facultades básicas liberales de la persona. 2. Las facultades básicas de la persona democrática. 3. Las necesidades básicas de la persona propuesta por el Estado social. 4. Conclusiones relativas a las propiedades materiales.

### RESUMEN

Los derechos humanos, en cuanto institución, suscitan interesantes preguntas metafísicas u ontológicas. Las más importantes son qué tipo de entidades componen los derechos humanos, qué propiedades revisten esas entidades y cuál es la estructura con la que dichas propiedades se organizan para conformar

\* Profesor de filosofía del derecho y derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia y, durante el curso académico 2010-2011, Senior Research Scholar de la Yale Law School. Abogado por la Universidad Externado de Colombia (1996), doctor por la Universidad de Salamanca (2001), master en humanidades (con énfasis en filosofía) por la Universidad de la Florida y candidato a doctor en filosofía por la misma universidad. Ha impartido conferencias en trece países en Europa, Norte América, América Latina y Oceanía. Es autor de más de treinta y cinco artículos científicos y de cinco libros monográficos en filosofía del derecho, derecho constitucional y derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Su actividad científica ha sido auspiciada por becas de la Universidad Externado de Colombia, la Agencia Española de Cooperación Internacional (Aeci), el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y la Comisión Fulbright. Correo electrónico: carlos.bernal@uexternado.edu.co.

\*\* Fecha de recepción: 6 de abril de 2010. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2010.

tales entidades. Este texto se dedica a responder estos interrogantes pero sólo en cuanto se refiere a la acepción jurídica del término derechos humanos, es decir, entendidos como derechos del individuo garantizados por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, este texto defiende la tesis de que los derechos humanos son una especie del género derechos jurídicos subjetivos. Los derechos humanos son derechos jurídicos subjetivos cuya *differentia specifica* estriba en su carácter de “humanos”. La formulación de un concepto de derechos humanos debe pasar, por tanto, primero, por entender el concepto de derechos jurídicos subjetivos y, segundo, por identificar cuáles son las propiedades constitutivas del carácter de “humanos” de los derechos humanos. Este artículo estudia la estructura de los derechos humanos y sus diferentes propiedades formales y materiales. Las propiedades formales son: la inclusión en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el reconocimiento por parte de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los tribunales internacionales especializados. Las propiedades materiales tienen que ver con la relación del derecho con los conceptos de persona propios del Estado liberal, democrático y social. Este texto examina hasta qué punto cada una de estas propiedades debe considerarse como una propiedad necesaria, suficiente o necesaria y suficiente para que un derecho sea considerado como un derecho humano.

#### PALABRAS CLAVE

Derechos humanos-concepto, derechos humanos-propiedades, derechos humanos-fundamentación.

#### ABSTRACT

Human rights, as institutions, raise many interesting metaphysical or ontological questions. The most important are: What kind of entities are human rights? What properties do Human Rights bear?, and How this properties do form a structure, in order to create Human Rights? This paper aims to provide an answer to this question, but only taking into account the meaning of the expression “Human Rights” as legal rights, i.e. as individual rights guaranteed by international systems of Human Rights. The main claim is that Human Rights are a species of the genus legal rights. Human rights are legal rights whose *differentia specifica* is their “human” character. Thus, stating a concept of Human Rights presupposes, first, understanding the concept of legal rights, and, second, identifying the properties giving Human Rights their nature as “Human”. This paper analyzes the structure of Human Rights and their formal and material properties. Formal properties are: the guarantee of the right in international treaties of Human Rights, and its recognition

and protection in the case law of international human rights courts. Material properties refer to the link between human rights and the concept of person that the liberal, democratic, and social state presupposes. This paper considers to what extent these properties are to be deemed necessary, sufficient or necessary and sufficient conditions for a right to be a Human Rights.

#### KEY WORDS

Human Rights-Concept, Human Rights-Properties, Human Rights-Justification.

#### INTRODUCCIÓN

En “¿Derechos humanos sin metafísica?”, ROBERT ALEXY sostiene, como tesis principal, que los derechos humanos son derechos universales, fundamentales, abstractos, válidos y morales. Defiende asimismo que la existencia de estos derechos depende de que sean fundamentables y que esto parece posible *prima facie* desde un punto de vista religioso, biológico, intuitivo, consensual, instrumental, cultural, explicativo y existencial. Sin embargo, ALEXY se decanta en definitiva por una fundamentación que combina características explicativas y existenciales. Señala también que estos derechos sí implican una metafísica constructiva, que puede entenderse de la siguiente manera: los derechos humanos son contenidos proposicionales o semánticos que se ubican en un tercer reino a la FREGE, es decir, un reino en el que existen objetos abstractos independientes de la mente y que, como tal, no se ubican en el reino psicológico, por una parte, pero que, por otra, tampoco son objetos pertenecientes al reino de lo físico o natural. Los derechos humanos, en este sentido, son el significado de las disposiciones que los establecen y son irreducibles tanto a objetos naturales como a objetos psicológicos. Además de ello, en tanto significados de expresiones, los derechos humanos y su fundamentación explicativa y existencial presuponen el discurso y la participación en él de todos los seres humanos. Por esta razón, su ontología presupone también la ontología básica del discurso, es decir, la existencia de un conjunto de personas capaces de hacer afirmaciones con libertad e igualdad, de criticar las afirmaciones que hacen los demás y de argumentar a favor y en contra de las afirmaciones propias y de las de los demás.

Este planteamiento de ALEXY despierta en mí todas las simpatías posibles. Sin embargo, a mi modo de ver sólo constituye una propuesta de desarrollo de una ontología para los derechos humanos que deja muchas preguntas sin responder. El objetivo de este texto es ahondar en algunos de los posibles interrogantes suscitados por esta ontología. Como es bien sabido, la metafísica, entendida como ontología, es una rama de la filosofía que se pregunta acerca

de qué es lo que existe, cuáles son las propiedades de aquello que existe y de qué manera se estructuran tales propiedades en aquello que existe.

Pues bien, en relación con la ontología de los derechos humanos cabe preguntarse qué tipo de entidades componen aquello que denominamos derechos humanos, qué propiedades revisten esas entidades y cuál es la estructura con la que dichas propiedades se organizan para conformarlas. Este texto se dedica a responder estos interrogantes pero sólo en cuanto se refiere a la acepción jurídica del término derechos humanos, es decir, entendidos como derechos del individuo garantizados por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Para comenzar, cabe decir que los derechos humanos son una especie del género *derechos jurídicos subjetivos*. En este sentido, son derechos jurídicos subjetivos cuya *differentia specifica* estriba en su carácter *de derechos humanos*. La formulación de un concepto de derechos humanos debe pasar, por tanto, primero, por entender el concepto de derechos jurídicos subjetivos y, segundo, por identificar cuáles son las propiedades constitutivas del carácter de derechos humanos de los derechos humanos.

## I. EL CONCEPTO DE DERECHOS JURÍDICOS SUBJETIVOS

De acuerdo con las reglas que subyacen al uso lingüístico de la expresión ‘derechos jurídicos subjetivos’, estos deben entenderse como derechos conferidos a sus titulares por las normas jurídicas, es decir, por las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico. De este modo, si alguien aduce con razón que es el titular de un derecho jurídico subjetivo es porque en el ordenamiento jurídico tiene validez una norma jurídica que le confiere el derecho. En algunos idiomas como el castellano, el alemán, el italiano y el francés, es necesario referirse a estos derechos con el calificativo de “*subjetivos*” para denotar que aluden a posiciones jurídicas atribuidas a un sujeto y para marcar una diferencia con el concepto objetivo de derecho, mediante el cual se hace referencia a los sistemas u ordenamientos jurídicos como un todo<sup>1</sup>.

Los derechos jurídicos subjetivos suscitan interesantes preguntas que los han situado en el centro de diversas polémicas. A fin de aclarar el concepto de derechos jurídicos subjetivos aquí sólo han de interesar tres interrogantes. Primero, conviene preguntar con qué acepciones se utiliza la expresión “derecho” cuando se hace referencia a los derechos jurídicos subjetivos. Segundo, se plantea el interrogante de si todos los derechos jurídicos subjetivos tienen la misma estructura o si existen varias clases de ellos. Como se verá

1. Esta ambigüedad de las palabras derecho, *Recht*, *diritto* y *droit* no se presenta en idiomas como el inglés, en el que mientras la palabra *law* expresa el sentido objetivo del término derecho, *right* expresa su sentido subjetivo.

en seguida, la respuesta a la primera pregunta conduce a la diferencia entre disposición, norma y posición jurídica. La respuesta al segundo interrogante conduce a la distinción entre diversas clases de posiciones jurídicas.

#### A. DISPOSICIÓN, NORMA Y POSICIÓN

Quien utiliza la expresión derecho en el sentido de los derechos jurídicos subjetivos, puede hacerlo por lo menos con tres acepciones diferentes con las cuales se puede referir, al menos, a tres cosas distintas: 1) a la disposición jurídica que constituye el anclaje del derecho en las fuentes del sistema jurídico; 2) a la norma jurídica que establece el derecho y que se adscribe interpretativamente a la disposición jurídica; o 3) al derecho en sentido estricto que, en aras de la claridad, conviene llamar posición jurídica<sup>2</sup>.

Se refiere a una disposición jurídica quien, por ejemplo, usa el concepto de derecho en el siguiente enunciado: “El derecho de asociación es el derecho protegido por el artículo 16.1 de la Convención americana sobre derechos humanos”. Las disposiciones jurídicas son los enunciados pertenecientes a las fuentes del derecho que establecen los derechos jurídicos subjetivos. A causa de su redacción lapidaria, las disposiciones jurídicas presentan un alto grado de indeterminación lingüística<sup>3</sup>. Como consecuencia de la indeterminación lingüística, a cada disposición pueden serle adscritas interpretativamente varias normas jurídicas.

Entendidas de acuerdo con el concepto semántico de norma<sup>4</sup>, las normas de los derechos son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones jurídicas que se obtienen mediante la interpretación<sup>5</sup>. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que atribuyen a los sujetos del derecho diversas posiciones jurídicas. Se refiere a una norma que establece un derecho quien, por ejemplo, sostiene que “el derecho de asociación prohíbe a los estados que han suscrito la Convención americana sobre derechos humanos imponer injustificadamente a los ciudadanos la afiliación a determinadas asociaciones”. Esta prohibición es el contenido de una norma que se adscribe interpretativamente al artículo 16.1 de la Convención

2. Sobre la distinción entre disposición, norma y posición como elementos de los derechos fundamentales, *cfr.*: R. ALEXI. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición (traducción y estudio introductorio de C. Bernal Pulido), 2008, pp. 214 ss.

3. Aquí se entenderá, de acuerdo con T. ENDICOTT, que la indeterminación lingüística es una “falta de claridad en el significado de las expresiones lingüísticas que puede generar una indeterminación jurídica”. Por indeterminación jurídica se entiende una situación en la que una pregunta jurídica no tiene una única respuesta correcta. *Cfr.* T. ENDICOTT, “Linguistic Indeterminacy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996, p. 669.

4. Sobre el concepto semántico de norma, *cfr.*: R. ALEXI. *Ob. cit.*, pp. 33 ss.

5. Sobre la distinción entre disposición jurídica y norma jurídica, *cfr.*: R. GUASTINI. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 17 ss.

americana sobre derechos humanos y que establece una posición jurídica cuyo titular es el individuo y cuyo destinatario es el Estado.

## B. LAS POSICIONES JURÍDICAS

Finalmente, las posiciones jurídicas son relaciones entre uno o varios sujetos jurídicos<sup>6</sup>. Con bastante frecuencia, cuando los hablantes aducen tener derechos, hacen referencia a las posiciones jurídicas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando alguien argumenta ser el titular del derecho de asociación.

En la teoría jurídica y en la teoría ética se han propuesto variados sistemas de posiciones jurídicas. Bien conocidos son los sistemas expuestos por J. BENTHAM<sup>7</sup>, W. N. HOHFELD<sup>8</sup> y KANGER<sup>9</sup> (refinado luego por LINDAHL)<sup>10</sup>. Un estudio crítico de estos sistemas sobrepasa los propósitos de este texto. Basta señalar aquí que las principales posiciones jurídicas que existen en los sistemas jurídicos y que constituyen la parte esencial de las obras de los autores mencionados son el derecho a algo, la libertad, la competencia y la inmunidad. Estas posiciones jurídicas pueden definirse de la siguiente forma, de acuerdo con aquello que atribuyen al titular y al destinatario de las mismas:

El *derecho a algo*<sup>11</sup> es una posición jurídica en la que el titular (en adelante: *T*) tiene un derecho a que el destinatario (en adelante: *D*) haga u omita algo (en adelante: *X*). De manera correlativa, (*D*) tiene un deber de hacer u omitir (*X*) frente a (*T*).

La *libertad* es una posición jurídica en la que (*T*) es libre frente a (*D*) para hacer (*X*). De manera correlativa, (*D*) carece de un derecho a algo para impedir que (*T*) haga u omita (*X*).

La *competencia* es una posición jurídica en la que mediante una acción o un conjunto de acciones de (*T*) puede modificarse la situación jurídica de (*D*). De manera correlativa, (*D*) tiene una sujeción. (*D*) está sujeto a que su

6. Sobre el concepto de posición jurídica, *cfr.* L. LINDAHL. *Position and Change. A Study in Law and Logic* (traducción del sueco al inglés de P. Needham), Dordrecht, Reidel, 1977, capítulo primero.

7. J. BENTHAM. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. BURNS/H. L. A. HART (comps.), Londres, Free Press, 1970, pp. 299 ss.; Id., *Of Laws in General*, H. L. A. HART (comp.), Londres, Athlone Press, 1970, p. 15. Este sistema fue bien difundido por H. L. A. HART en: "Bentham on Legal Rights", en A.W. B. SIMPSON (comp.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 171-201.

8. W. N. HOHFELD. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, W. W. COOK (ed.), New Haven, Yale University Press, 1919.

9. S. KANGER. "New Foundations for Ethical Theory", en R. HILPINEN (comp.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Kluwer, 1971, pp. 36-58.

10. L. LINDAHL. *Ob. cit.*

11. *Cfr.* Sobre el concepto de derecho a algo: R. ALEXY. *Ob. cit.*, p. 163. Este concepto es idéntico al concepto anglosajón de "claim right".

situación jurídica pueda modificarse como consecuencia de la acción o las acciones de (*T*).

La *inmunidad* es una posición jurídica en la que la situación jurídica de (*T*) no puede ser modificada por las acciones de (*D*). De manera correlativa, (*D*) carece de competencia para modificar, mediante sus acciones, la situación jurídica de (*T*).

### C. EL DERECHO JURÍDICO SUBJETIVO COMO UN TODO

Los derechos jurídicos subjetivos son, entonces, un todo, compuesto por una disposición jurídica<sup>12</sup>, a la que se adscriben interpretativamente un conjunto de normas jurídicas, que a su vez establecen un haz de posiciones jurídicas de derechos a algo, libertades, competencias e inmunidades y sus correlativos: deberes, no-derechos, sujeciones y no-competencias. Siempre que alguien se refiere a un derecho subjetivo como un todo hace alusión al conjunto de todos estos elementos.

Debe señalarse que entre las posiciones jurídicas y las normas jurídicas existe un nexo de implicación necesaria. Si una posición jurídica existe, entonces debe tener validez una norma que la establezca<sup>13</sup>. Los derechos a algo, deberes, libertades, no-derechos, competencias, sujeciones, inmunidades y no-competencias, están establecidos por mandatos, prohibiciones o permisos contenidos en normas jurídicas. Por su parte, las normas jurídicas son estatuidas o se adscriben interpretativamente a las disposiciones que pertenecen a las fuentes del derecho<sup>14</sup>. Las normas jurídicas expresan el deber ser que tales disposiciones establecen.

## II. EL CARÁCTER DE DERECHOS HUMANOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dicho lo anterior cabe preguntarse ahora, ¿cuál es la *differentia specifica* de los derechos humanos? ¿Qué los caracteriza como una especie dentro del género de los derechos jurídicos subjetivos? ¿Cuáles son las propiedades

12. Desde luego, es posible que, sobre todo en los sistemas jurídicos en los que la jurisprudencia o la costumbre sean fuentes importantes del derecho, existan derechos jurídicos subjetivos como un todo sin que exista una disposición jurídica que los fundamente. En este caso, su fundamento estribará en su reconocimiento jurisprudencial o consuetudinario. La jurisprudencia o la costumbre reconocerán el carácter vinculante de las normas que establecen los derechos jurídicos subjetivos de que se trate.

13. *Cfr.* H. KELSEN. *Teoría pura del derecho*, traducción al castellano de la primera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 121.

14. Sobre el concepto de adscripción interpretativa, *cfr.*: C. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, tercera edición actualizada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, capítulo primero.

suficientes, las propiedades necesarias o las propiedades suficientes necesarias para que un derecho jurídico subjetivo pueda ser considerado con un derecho humano, es decir, cuáles son las propiedades esenciales de los derechos humanos?

Los candidatos que pueden contar como propiedades esenciales de los derechos humanos pueden tener una variada naturaleza: formal y material.

#### A. PROPIEDADES FORMALES

Para comenzar, aparecen ciertas *propiedades de naturaleza formal*. En el caso de los derechos humanos, las propiedades formales más aludidas son dos. Es ya de uso lingüístico común denominar derechos humanos sólo a los derechos atribuidos a los individuos en los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos, dentro del sistema de las Naciones Unidas, el sistema del derecho internacional humanitario y los tres sistemas regionales, es decir, el europeo, el interamericano y el africano. Conforme con este uso lingüístico –que se seguirá en este texto– la locución apropiada para los derechos protegidos por la constitución dentro de los estados es la de derechos fundamentales. Si esto es así, entonces los candidatos más representativos como propiedades formales de los derechos humanos dos son: 1) la inclusión del derecho en uno de los instrumentos convencionales pertenecientes al sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, o pertenecientes al derecho internacional humanitario, o pertenecientes a alguno de los tres sistemas regionales, es decir, el europeo, el interamericano o el africano (en adelante y, en razón de la brevedad: instrumentos internacionales sobre derechos humanos); y 2) el reconocimiento del derecho por parte de la jurisprudencia sobre los derechos humanos que es dictada por los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales competentes, y que pertenecen a los sistemas de protección de los derechos humanos antes mencionados, señaladamente, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y los Tribunales Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. Es necesario considerar a continuación cada una de estas propiedades.

##### 1. LA INCLUSIÓN DEL DERECHO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En relación con esta propiedad surgen tres posibilidades: puede considerarse como una propiedad suficiente y necesaria, como una propiedad necesaria o sólo como una propiedad suficiente.

Si se considera como una *propiedad suficiente y necesaria*, ello querría decir entonces que un derecho jurídico subjetivo sería un derecho humano sí y sólo sí la disposición que lo establece estuviese incluida dentro un instru-



mento internacional sobre derechos humanos. En otras palabras, los derechos humanos serían aquellos y sólo aquellos que aparecieran en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, todos los derechos incluidos en tales instrumentos tendrían el carácter de derechos humanos.

A favor de esta interpretación hablaría, por una parte, que ella produciría certeza absoluta acerca de cuáles son los derechos humanos, y, por otra, que reconocería la autoridad de los Estados que, al suscribir los convenios internacionales sobre derechos humanos, han establecido con autoridad el conjunto de estos derechos.

Sin embargo, esta interpretación no parece atinada. Hay por lo menos dos argumentos en contra de ella. Primero, desde luego existen instrumentos internacionales que aun cuando no sean directamente instrumentos internacionales de derechos humanos sí establecen derechos humanos. Segundo, desde el punto de vista teórico siempre es posible preguntar si acaso en el conjunto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hace falta algún derecho humano. Enunciados como, por ejemplo: “La Convención americana sobre derechos humanos (x) es incompleta porque no contiene el derecho humano a x” tiene pleno sentido. Eso no sería así si la única propiedad definitoria de los derechos humanos fuese la pertenencia de un derecho a las normas convencionales internacionales sobre ellos.

Ahora bien, estas razones hacen que tampoco sea atinado considerar la propiedad referida a la pertenencia de un derecho a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como una propiedad (sólo) *necesaria* para que dicho derecho sea un derecho humano. La consideración de esta propiedad como una propiedad necesaria implicaría que para que un derecho fuese considerado como un derecho humano sería imprescindible que apareciese enumerado dentro de alguno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (aun cuando, como no se trataría también de una propiedad suficiente, entonces sería posible que algunos de los derechos que aparecieran en dichos instrumentos no pudiesen ser considerados como derechos humanos). Pues bien, cabe decir que siempre es posible que un derecho que cumpla con alguna propiedad esencial formal o sustancial de las que se mencionarían a continuación pueda ser considerado como un derecho humano, a pesar de no estar incluido en un instrumento internacional sobre derechos humanos.

Lo que sí parece plausible es la afirmación según la cual la propiedad referida a la pertenencia de un derecho a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es un criterio *suficiente* para que deba ser considerado como un derecho humano. Dos argumentos respaldan esta afirmación. El primero alude a la autoridad de los Estados para establecer los derechos humanos en el plano internacional. Los Estados están revestidos con suficiente autoridad para catalogar como derechos humanos a los derechos que consideren que deben tener este estatus dentro del ordenamiento jurídico internacional y que deben gozar de la protección reforzada que es característica de este tipo de derechos. Si los Estados han querido brindar este estatus y

esta protección reforzada a algún derecho específico, tal decisión soberana no puede soslayarse ni enmendarse.

El segundo argumento deriva del principio de interpretación amplia de los derechos humanos. Según este principio, ellos deben ser interpretados (por lo menos *prima facie*) de manera amplia, lo cual quiere decir que si un derecho subjetivo reviste por lo menos una propiedad para que sea considerado como un derecho humano, así debe considerarse<sup>15</sup>. En este sentido, todos los derechos subjetivos que aparecen en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos revisten por lo menos una propiedad para ser considerados como tales, a saber, la propiedad formal de pertenecer a uno de tales instrumentos internacionales.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO POR PARTE DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Asimismo, también es una propiedad suficiente, mas no necesaria, de los derechos humanos, el estar reconocidos en la jurisprudencia al respecto, es decir, aquella que producen órganos cuasi-jurisdiccionales como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas u órganos jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Como ya se anticipó, las disposiciones que establecen los derechos humanos se caracterizan por su indeterminación, que no es una propiedad exclusiva de estas disposiciones, sino un fenómeno generalizado en el lenguaje, que afecta a todo tipo de enunciados. La indeterminación se presenta cada vez que un enunciado –las disposiciones que establecen los derechos humanos son enunciados– no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados y, por tanto, genera la incertidumbre acerca de si pueden serle atribuidos uno o varios significados específicos.

La indeterminación que afecta en general a todo enunciado recibe el calificativo de indeterminación semántica, porque se proyecta sobre el significado de este. La que caracteriza a las disposiciones de los derechos humanos es una especie de indeterminación semántica que se denomina indeterminación normativa. Esta denominación se debe a que las disposiciones de los derechos humanos son enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos. Como consecuencia de la indeterminación normativa, a toda disposición que establece un derecho humano se puede adscribir una multiplicidad de normas y de posiciones que no aparecen explícitamente reconocidos en la disposición como tal. La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de

15. Cfr. C. BERNAL PULIDO. Ob. cit., pp. 621 ss.

sus significados normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer *a priori* –o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico– si una o varias normas o posiciones pueden ser consideradas como normas o posiciones establecidas por la disposición.

Las disposiciones de los derechos humanos adolecen de indeterminación normativa. La indeterminación normativa de una disposición de un derecho humano puede ser examinada en abstracto y en concreto. En el nivel abstracto se plantea el interrogante de si el texto de cierta disposición permite al intérprete conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye. De manera categórica puede aseverarse que, desde este punto de vista, por fortuna no muy relevante en la práctica, todas las disposiciones de los derechos humanos son indeterminadas. Ninguna disposición de un derecho humano, por más específica que parezca, permite conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye directa e indirectamente. Casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no sólo de lo expresado por el texto de la disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación.

Además de ello, la indeterminación de las disposiciones de los derechos humanos también puede ser examinada en concreto. El interrogante que se plantea en este nivel, el más importante en la práctica, es si el texto de una disposición de un derecho humano permite reconocer *a priori* –sin necesidad de una fundamentación explícita–, si cierta norma relativa a un derecho humano vale como una norma estatuida por aquélla o si cierta posición relativa a un derecho humano puede considerarse como un derecho humano válido desde el punto de vista de cierto sistema de protección de los derechos humanos.

Es preciso reconocer que, a causa de la indeterminación normativa –en abstracto y en concreto– de las disposiciones que establecen los derechos humanos, es imprescindible atribuir a la jurisprudencia sobre los derechos humanos expedida la competencia para reconocer derechos humanos ad scritos o implícitos.

### 3. CONCLUSIÓN EN RELACIÓN CON LAS PROPIEDADES FORMALES

Como conclusión de lo expresado hasta aquí puede señalarse que un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho humano siempre que revista por lo menos una de las siguientes propiedades formales: que esté establecido en el texto de un instrumento internacional sobre derechos humanos o que la jurisprudencia lo reconozca como un derecho humano.

#### B. LAS PROPIEDADES MATERIALES

Es preciso advertir que las propiedades formales no bastan para definir el concepto de derecho humano. Piénsese en lo siguiente. Siempre puede pregun-

tarse si las normas convencionales han reconocido todos los derechos humanos o si hay algunos que aún deben ser incluidos. Para responder esta pregunta, es necesario valerse de un concepto material de los derechos humanos.

Entonces, surge la pregunta: ¿desde el punto de vista material, qué propiedades definen los derechos humanos?

Esta pregunta sólo puede responderse desde la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad. Desde el punto de vista material, los derechos humanos constituyen uno de los principales ejes de la relación entre el individuo y la comunidad política. Desde su invención como categoría jurídica, han desempeñado la función de limitar las intervenciones del poder del Estado en la libertad privada, fundamentar subjetivamente el ejercicio de la participación democrática e igualar la situación jurídica de las personas en el ámbito público<sup>16</sup>. A esto se aúna que, tras el advenimiento del Estado social, los derechos humanos asumieron también el papel de garantizar la provisión de un mínimo existencial y de promover la igualdad fáctica. En razón de ellos, el individuo se erige dentro de la comunidad y frente a ella como un sujeto libre, autónomo, capaz de determinarse en lo público y lo privado, y titular de ciertos intereses y necesidades, cuya protección y satisfacción fundamenta la propia existencia de la comunidad política y del Estado, su institucionalización jurídica. Correlativamente, para la comunidad política los derechos humanos son, a la vez, su motor y su freno, su razón originaria, la base de su acción y el límite que impide las actuaciones abusivas y desproporcionadas. Tanta es su importancia en la articulación de estas relaciones entre el Estado y el individuo que la comunidad internacional se convierte en veedor y garante de su respeto.

Cabe observar que esta relación entre el individuo y la comunidad política aparece ya en el plano moral de la filosofía política y desde allí se proyecta hacia el ámbito jurídico. Los derechos humanos del plano internacional no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos concebidos en las teorías filosófico-políticas en el ámbito del derecho internacional<sup>17</sup>. En la historia reciente de la filosofía política del mundo occidental existen por lo menos tres diversas concepciones morales del individuo, o con mayor precisión –dado que se habla en el ámbito moral y jurídico– de la persona,

16. Cfr. M. STOLLEIS. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, Beck, 1992, t. II, pp. 114 ss.

17. R. ALEXI. “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. GOSEFAN Y G. LOHMANN (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999, pp. 246 ss.; en el mismo sentido: F. I. MICHELMAN. “Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?”, en H. BRUNKHORST, W. KÖHLER Y M. LUTZ-BACHMANN (ed.), *Recht auf Menschenrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999, p. 53; y J. HABERMAS. “Die interkulturelle Diskurs über Menschenrechte”, en *ibidem*, p. 216.

a saber: la liberal<sup>18</sup>, la democrática<sup>19</sup> y la del Estado social<sup>20</sup>. En cada una de ellas, el individuo aparece investido con diversas atribuciones que le son inherentes e indispensables para su desarrollo vital y que, por tanto, son dignas de reconocimiento en los instrumentos convencionales sobre derechos humanos. Es necesario acercarse al estudio de estas tres concepciones.

## 1. LAS FACULTADES BÁSICAS LIBERALES DE LA PERSONA

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. LOCKE, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la “vida, libertad y hacienda” del individuo o, en sus propias palabras, que “el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades”<sup>21</sup>. Por su parte, KANT señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido “principio general del derecho”, según el cual, “una acción es conforme a derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”<sup>22</sup>. Este principio muestra claramente cómo Kant atribuye al Estado, y en particular a la legislación, la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad? ¿Cuál es su contenido como atributo inherente al individuo?

En las últimas décadas, JOHN RAWLS ha intentado responder a esta pregunta mediante su concepto liberal de persona. De acuerdo con Rawls, la persona está caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto libre. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia –capacidad de ser “razonable”, en la terminología de este autor–<sup>23</sup>. Por su parte, la segunda se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” –capacidad de ser “racional”<sup>24</sup>–. La primera facultad moral se identifica con la disposición

18. Cfr. sobre el concepto liberal de persona: J. RAWLS. *El liberalismo político* (traducción de A. Doménech), Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996, p. 49 y 338.

19. Cfr. Sobre el concepto democrático de persona: K. GÜNTHER. “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. BRUNKHORST Y P. NIESEN (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999, pp. 83 ss.

20. Cfr. sobre el concepto de persona en el Estado social, como titular de ciertas necesidades básicas: E. TUGENDHAT. *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 325 ss.

21. J. LOCKE. *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 293.

22. I. KANT. *Introducción a la teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 80.

23. J. RAWLS. Ob. cit., p. 49 y 338.

24. *Ibidem*, p. 338.

humana para tomar parte de manera consciente en la cooperación social y para respetar los términos en que ésta se desenvuelve. La segunda, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”<sup>25</sup>. Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Desde el punto de vista liberal estas dos facultades morales serían las propiedades materiales que funcionan como criterio para determinar cuáles son los derechos humanos del individuo que deben ser protegidos por toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona se deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos humanos y de derechos fundamentales<sup>26</sup>. De acuerdo con Rawls, de este catálogo sólo pueden formar parte las libertades que sean “esenciales” para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implícitas en el principio de legalidad<sup>27</sup>.

## 2. LAS FACULTADES BÁSICAS DE LA PERSONA DEMOCRÁTICA

La teoría democrática también ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas cuya protección, mediante la forma de los derechos humanos representa el fundamento y la finalidad de toda comunidad política. La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de ROUSSEAU, de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”<sup>28</sup>. La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo; defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha conocido en las últimas décadas un vigoroso auge en la teoría del discurso pergeñada por J. HABERMAS y algunos otros autores que siguen su línea teórica. El concepto

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*, p. 330.

27. *Ibidem*, p. 328.

28. J. J. ROUSSEAU. *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969, p. 25.

de persona democrática, o de persona deliberante, es el más importante de los desarrollos de la teoría del discurso, si la observamos desde el punto de vista de los derechos humanos. Así como RAWLS ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características antropológicas que su concepción presupone, es decir, también han enunciado un conjunto de facultades básicas de la persona que funcionan como propiedades materiales para la definición de cuáles deben ser los derechos humanos en una sociedad.

Como es bien sabido, en la teoría de HABERMAS la clave de funcionamiento del Estado y del derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, sólo deben ser consideradas como normas válidas aquellas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales<sup>29</sup>. De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se sigue que el concepto de persona presupuesto por el principio democrático se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso; o, en otros términos, que las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de una persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y de prestar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar por qué desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se articula básicamente en torno a la capacidad de discernimiento de cada individuo (*Zurechnungsfähigkeit*), la que se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe poseer para tomar parte en la comunicación<sup>30</sup>. La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas de la crítica con razones convincentes; y, por otra, la de ser crítico con las afirmaciones de los demás y con las suyas propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica, a la última de las cuales se suma, además, la facultad de autocorrección<sup>31</sup>.

Estas facultades son, desde el punto de vista de la teoría democrática, aquello que los derechos humanos deben proteger. Asimismo, en su conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del estatus de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos humanos prioritarios son los derechos políticos y la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

29. J. HABERMAS. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 172.

30. J. HABERMAS. *Teoría de la acción comunicativa, Tomo II: Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987, p. 110.

31. K. GÜNTHER. *Ob. cit.*, pp. 83 ss.



### 3. LAS NECESIDADES BÁSICAS DE LA PERSONA PROPUESTA POR EL ESTADO SOCIAL

Por último, la teoría del Estado social perfila también una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez no de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos humanos, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”<sup>32</sup>. A pesar de que el Estado y el derecho protejan las facultades básicas (liberales y democráticas) de las personas que forman parte de estos sectores de la población, esta protección no es suficiente para que puedan satisfacer sus necesidades básicas. De acuerdo con TUGENDHAT, uno de los principales valedores de la teoría del Estado social en el ámbito de la filosofía política, el sistema de derechos humanos no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad sino en el de necesidad o, con mayor precisión, de necesidades básicas de la persona.

La idea de necesidades básicas de la persona no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos humanos en deberes de abstención, subyace también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende sobre otros planos soslayados por el pensamiento liberal y por el pensamiento democrático. Esta idea pone de relieve también que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de importancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población fundamenta ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos humanos. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad<sup>33</sup>, conforman los derechos humanos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación<sup>34</sup>. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado –a quien su estatus inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda–, y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas

32. E. TUGENDHAT. Ob. cit., pp. 338 ss.

33. M. BORGETTO ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “deber colectivo de ayuda mutua”, como un “verdadero principio de acción política”. En *La notion de Fraternité en Droit Public Français*, París, LGDJ, 1993, p. 398

34. E. TUGENDHAT. Ob. cit., pp. 341 ss.



no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se reúnen en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional<sup>35</sup>. La ejecución de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos. Asimismo, si el Estado no puede llevar a cabo la provisión necesaria para la satisfacción de estos derechos, entonces, la comunidad internacional debe encargarse de ella.

#### 4. CONCLUSIONES RELATIVAS A LAS PROPIEDADES MATERIALES

Las propiedades materiales definitivas de los derechos humanos deben entenderse como propiedades suficientes y alternativas que un derecho jurídico subjetivo debe revestir para poder ser considerado como un derecho humano. De este modo, un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho humano si protege alguna de las facultades básicas del concepto liberal de persona (su capacidad de ser racional o la de ser razonable), alguna de las facultades básicas ligadas a la capacidad de discernimiento propia del concepto democrático de persona o alguna de las necesidades básicas que la teoría del Estado social atribuye al individuo, es decir, alguna de las necesidades básicas que se satisfacen por el mínimo vital o la procura existencial o alguna de las necesidades básicas indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos democráticos. Asimismo, dentro de la concepción liberal de la persona aparece protegido el derecho a la igualdad jurídica, al paso que la concepción de la persona del Estado social protege el concepto de igualdad fáctica.

35. Del mismo modo, J. J. GOMES CANOTILHO ha hecho ver que el imperativo que se desprende de los derechos sociales vincula a todos los miembros de la sociedad y se hace efectivo sobre todo mediante la acción de los contribuyentes, quienes proporcionan al Estado los recursos necesarios para atender las prestaciones necesarias para la satisfacción de los derechos sociales. En "Metodología "Fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos y Libertades*, 6, 1998, pp. 39 ss.