

## El soft law como parámetro formal de la vehiculación de los Derechos Humanos en el derecho positivo

### Soft law as a formal parameter of the vehiculation of Human Rights in positive law

Eduard Ariza Ugalde\*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Institut Estela Ibérica. Barcelona, España

\* Jurista con estudios de segundo ciclo y doctorando en Derecho Internacional Público.

Cómo citar:

Ariza Ugalde, E. (2022). El soft law como parámetro formal de la vehiculación de los Derechos Humanos en el derecho positivo. *Revista Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, e7426. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7426>

Recibido: 01/septiembre /2021 / Aceptado: 30/septiembre /2021

---

#### Resumen

La naturaleza, fundamentos y positivación de los Derechos Humanos (DDHH) siempre son cuestiones controvertidas. En este artículo nos centramos en analizarlas de manera conjunta, prestando especial atención al aspecto formal de los DDHH como integrantes de la legalidad de un ordenamiento jurídico, sea estatal o internacional. Atendiendo a que los tribunales y administraciones públicas pueden aplicar el *soft law*, a modo de parámetro interpretativo y como medio de colmar lagunas o para concretar conceptos jurídicos indeterminados, haciéndolo así *de facto* obligatorio, abogamos por erigirlo en parámetro formal mínimo para admitir la existencia de la legislación positiva de los DDHH, más allá de las meras directrices políticas.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Soft Law, Derecho interno

#### Abstract

In this paper's pages, we focus on analysing the formal aspects of the laws which contain and try to enforce a Human Right. We hold that the called "soft law" can be understood as a valid way to integrate Humans Rights in a national or international Law system. Despite being conceived as a not enforced law, the rule of the Courts and Administration concedes them a potentiality enforcement power. Thus the soft law could be considered the frontier between legal Human Rights and mere political declarations. That is the main point of this paper.

**Keywords:** Human Rights, International Law, Soft Law, National Law

## SUMARIO

I. Introducción. 1. Anecdótico de un doctorando a modo de justificación. 2. Planteamiento de la cuestión. II. Naturaleza de los DDHH. 1. Excurso, DDHH: naturaleza y fundamentación. 2. Los derechos humanos en su vertiente material. III. Derechos humanos: características y relación terceros. IV. ¿Qué es un sistema de derecho? V. DDHH y su forma jurídica. 1. Esfera internacional: el *soft law* como parámetro. 2. Esfera estatal: ¿los derechos humanos son los derechos fundamentales? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Anecdótico de un doctorando a modo de justificación

Este artículo se inició más como una reflexión –la enésima en la materia– acerca de la naturaleza de los DDHH. Sin embargo, cuanto más se comparaban unas opiniones académicas con otras, más evidente se hacía que la falta de conciliación entre las tres perspectivas jurídicas de estudio de los DDHH: la internacionalista, la constitucionalista y la vinculada a la filosofía del Derecho. En este texto, como se expone *infra* con más detalle, se intenta dar solución a este conflicto de perspectivas, mediante la teorización de un concepto de “derecho humano” aceptable para cada una de estas tres vertientes. Este objetivo demandaba un concepto material definido de derecho humano, acerca del cual se ha debatido prolijamente. Menor atención ha despertado el debate acerca de la forma jurídica de los DDHH y, con toda humildad, he de admitir, por si la solución del *soft law* aquí propuesta despertara las simpatías del lector, que se cruzó casi por casualidad entre mis borradores.

La importancia del trabajo teórico a menudo nos la recuerdan circunstancias cotidianas si dedicamos unos instantes a meditar sobre ellas. Los primeros borradores de este texto se esbozaron a raíz de los comentarios quejumbrosos que uno escuchaba aquí y allá, en las tertulias y entre los portavoces del populismo político, reprochando a los protocolos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) su carácter facultativo. ¿Para qué servía la OMS si sus recomendaciones podían incumplirse?,<sup>1</sup> se lamentaban. Paradójicamente, esas mismas voces a menudo denuncian el supuesto control de organismos internacionales sobre los Estados como un atentado contra su soberanía. Perdónese mi ironía, pero a veces uno se pregunta por qué la psicología estudia la disonancia cognitiva,<sup>2</sup> dando por sentado que la coherencia es

el comportamiento natural de la mente humana, pues merecería la pena plantearse que no sea a la inversa.

Por ignorancia o en un alarde de cinismo, tales críticas pasaron por alto que no pocos Estados, *ex lege* o vía reglamento, implementaron los protocolos de la OMS en su ordenamiento jurídico, a menudo complementándolos con su propia normativa interna ya vigente de *lege lata*, junto a las recomendaciones de otros órganos especializados, fuesen estos del propio Estado, es decir, internos, o bien pertenecientes a otra organización internacional. Más aún, aquellos Estados que carecían de los organismos internos técnicamente especializados o que no pertenecieran a otras OO.II. hallaron en las recomendaciones de la OMS la única base sólida para planificar su respuesta frente a la pandemia.<sup>3</sup>

El denominado *soft law* internacional suele provocar escepticismo entre legos y también entre muchos juristas, a causa de esta falta de obligatoriedad. Sin embargo, la importancia de su contribución al Derecho internacional y estatal cada vez resulta más indiscutible. Como se ha vuelto a ejemplificar con la OMS a raíz de la crisis del COVID-19, apreciamos un elevado grado de aplicación voluntaria por los Estados de este *derecho blando*, los cuales, a menudo, lo hacen obligatorio a efectos internos, siendo si cabe aún más importante el aprovechamiento de sus tesis en los foros jurisdiccionales y arbitrales, cuando se emplea como parámetro interpretativo, especialmente en materia de conceptos jurídicos indeterminados y/o materias científico técnicas altamente especializadas. Hasta cierto punto parece que el *soft law* posee una suerte de *efectividad mediata* o una efectividad en potencia.<sup>4</sup>

Poco a poco estas reflexiones sobre el *soft law* se hermanaron en mis borradores con otras, fruto de las últimas lecturas relativas a los DDHH y DDFF en la preparación estival de mi proyecto de tesis. Aquí entrego el resultado.

## 2. Planteamiento de la cuestión

En la Academia, las disputas en torno a los DDHH se han focalizado en dos temáticas: sus fundamentos y su naturaleza. Esta última cuestión incluye el abordaje acerca de los requisitos para su existencia. Los debates doctrinales del primer bloque resultan archiconocidos. Se trata de la vieja polémica entre iusnaturalismo y positivismo. Para la primera escuela, los DDHH preexisten al ordenamiento jurídico positivo y su descubrimiento es producto de la actividad racional.<sup>5</sup> En sus versiones más radicales, el iusnaturalismo postularía que sólo podemos hablar de *auténtico* Derecho o, en sus corrientes

más moderadas, de *correcto* Derecho, cuando exista una convergencia *de lege lata* con el sistema ético-normativo que se identifica con el Derecho Natural. Para la escuela positivista, en cambio, los DDHH necesitan vehicularse en una Ley vigente para poder considerarse como tales. Resultaría un error asumir que el positivismo niega la importancia de la moral, la ética o la filosofía que han inspirado al Legislador. Simplemente entienden que estas cuestiones caen fuera del ámbito propiamente jurídico.<sup>6</sup> Por tanto, bajo esta perspectiva, no sólo la filosofía dieciochesca, las tesis de Maritain, Habermas, Dworkin o cualquier otro teorizador de la dignidad humana, sino también las declaraciones políticas del Legislador han de rechazarse como DDHH en tanto que no constituyen normas positivas del ordenamiento jurídico.

La polémica de los fundamentos obliga a afrontar las siguientes preguntas: a) ¿cuál es el fundamento de los DDHH?; b) ¿qué es un ordenamiento jurídico?; c) ¿qué ha de considerarse como una norma jurídica?; y d) ¿materialmente, cuándo surgen los DDHH como categoría y cuándo se individualizan como derechos concretos?

Aunque no descuidaremos estas cuestiones, para nosotros revisten mayor interés las preguntas derivadas del debate conceptual acerca de su naturaleza. Este admite tres posiciones: los DDHH como entidad extra o supra jurídica; los DDHH como entidades estrictamente jurídicas; y las teorías duales. Estos debates doctrinales giran en torno a dos cuestiones: a) ¿son los DDHH una institución político-ideológica, jurídico-legal o mixta?; b) ¿cómo se vehiculan formalmente los DDHH?

## II. NATURALEZA DE LOS DDHH

Los debates sobre la naturaleza de los DDHH pretenden responder a la pregunta de qué son. En la Academia jurídica las cuestiones en torno al *ser* de una institución suelen desdoblarse en el análisis de su *ser formal* frente a su *ser material*. Sin embargo, en el caso de los DDHH, esta perspectiva dual de la cuestión se ha visto eclipsada por otro planteamiento: ¿pertenecen los DDHH al Derecho? ¿O, como institución, se encuentran entre los conceptos propios de la política, de la filosofía, de la antropología, en fin, de la ideología?<sup>7</sup> A este primer interrogante, como hemos mencionado, es posible contestar desde tres posiciones: a) político-filosófica, b) jurídica y c) dual.

Por supuesto, la respuesta a estas preguntas queda condicionada por la concepción que adoptemos respecto a otros conceptos tales como Derecho, sistema jurídico, norma legal, política, ideas etc. Sin disponer de espacio para

ahondar en la cuestión, sí nos gustaría justificar nuestra preferencia por la teoría-dual.

*Mutatis mutandis*, compartimos las tesis de Peces-Barba y buena parte de la doctrina que entienden que los DDHH participan de una dimensión simultáneamente política y jurídica.<sup>8</sup> En contra de este planteamiento, las tesis político-filosóficas sostienen que la teorización y la reivindicación social dan lugar a tan importantes cambios en la concepción de los DDHH y a tal velocidad, que estos nunca terminan de asimilarse por el ordenamiento jurídico en la plenitud del plano teórico-ideológico. En otras palabras, no hay correspondencia absoluta entre el ámbito político y el jurídico, siendo este último, en el mejor de los casos, una concreción incompleta.

Los defensores del legalismo iuspositivo, irónicamente, esgrimen este mismo argumento de falta de correspondencia, pero en el sentido inverso. Su planteamiento es que los “derechos” pertenecen a la ley positiva, mientras que fuera del ordenamiento, con independencia de como se les denomine resulta equívoco hablar de “derechos”, pues en verdad, se trata meramente de reivindicaciones sociales o de propuestas políticas. Por el mismo motivo, los DDHH legalizados lo serán en función de cómo se conciba su contenido, garantías y rango normativo, siendo indiferente su *nomen iuris*. A propósito de lo esto último, la postura iuspositivista<sup>9</sup> se divide a su vez en dos líneas teóricas: a) la declarativa y b) la garantista, según se entienda que basta con una declaración formalmente jurídica para que nazca un derecho humano, o, por el contrario, sólo la norma efectivamente garantizada merece la calificación de Derecho.

El posicionamiento que aquí se defiende es que los DDHH como meras proclamas políticas o construcciones teóricas poco aprovechan a las personas. De hecho, generan en la sociedad unas falsas expectativas que ante su sistemática defraudación conducen al recelo contra el Estado de Derecho y facilitan la expansión del populismo político. Más aún, indisponen a la población contra los propios DDHH que pasan a percibirse como una triquiñuela barata. En ese sentido, no sólo defendemos que los DDHH participan de una naturaleza jurídica, sino que también hacemos propia la exigencia de que esta goce de efectividad en términos de cumplimiento durante su vigencia. *Infra* volveremos sobre esta cuestión al hablar de las sanciones.

Nuestra discrepancia con la postura estrictamente legalista reside en la falta de autonomía interpretativa y, en consecuencia, aplicativa de los DDHH si los circunscribimos a la esfera jurídica. En el momento de interpretarlos, doctrina, jurisprudencia y administraciones públicas han de acudir necesariamente

a parámetros extrajurídicos, bien pertenezcan a otras academias, como la filosófica o la de las ciencias políticas, bien a la pura sensibilidad social.

Se objetará que ningún instituto legal vive inhibido de la realidad en tanto que todos surgen para prevenir y, en su caso resolver, conflictos sociales.<sup>10</sup> Nada que discutir a la idea de que el Derecho habita el mundo y, por tanto, tiende a interpretarse conforme a su presente socio-cultural.<sup>11</sup> Sin embargo, las instituciones jurídicas, en general, muestran una gran autonomía léxico-conceptual respecto a la realidad extrajurídica y sus usos del lenguaje. De hecho, la subsunción de un supuesto de hecho a una norma implica un ejercicio de inferencia conceptual, que se basa en tamizar la realidad fáctica, según la letra e interpretación consolidada de la norma, a fin de apreciar si hay coincidencia conceptual entre ambas. Basta con ojear los vocablos de las distintas ramas del ordenamiento para advertir la autonomía de sus conceptos, a modo de ejemplos, una tarifa mercantil no es lo mismo que una tributaria, ni una contratada por el consumidor de luz eléctrica; el bien inmueble civil no se corresponde únicamente a casas y pisos, como se entendería a pie de calle; y la misma diferencia cabe predicar la imprudencia penal, el descanso vacacional en la esfera laboral o la validez administrativa. Muchos de estos conceptos ni siquiera encuentra un equivalente evidente en el mundo lego.

En cambio, las nociones de la intimidad, la igualdad, la dignidad, pensamiento, conciencia, integridad física o la libertad difícilmente pueden hacerse impermeables a la realidad social. De ahí se deriva que los enunciados jurídicos que contienen DDHH presenten una mayor dependencia conceptual de la esfera político-filosófica, en el plano interpretativo y, subsiguientemente, en su aplicación, respecto a la que muestran normas de otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Semejante falta de autonomía se advierte tanto para normas internacionales,<sup>12</sup> como para normas de derecho interno, cuando enuncian DDHH.

Una vez apreciada la necesidad de que estos conceptos, fundamentales en la interpretación jurídica de los DDHH, como las ya mencionadas igualdad o dignidad, se definan a partir valoraciones estrictamente fáctico-culturales y/o axiológicas,<sup>13</sup> la teorización dual de su naturaleza se nos revela como la posición doctrinal más coherente. A mayor abundamiento, debemos citar aquellas normas jurídico-positivas que, en la estela de la Novena Enmienda constitucional estadounidense, consagran la interdicción de limitar *numerus clausus* los derechos legales a la literalidad de la legislación. ¿Cómo ampliar el listado de DDHH<sup>14</sup> más allá de la literalidad del Derecho positivo? Sin duda, el intérprete acudirá a fórmulas deductivas y a la noción de la equidad, mas estos

recursos, en lo que se refiere a definir nuevos derechos para las personas,<sup>15</sup> lo conducirán inevitablemente a conceptos extrajurídicos para concluir su tarea. En otras palabras, la dualidad jurídico-política de los DDHH deriva de las exigencias interpretativas que nos impone su contenido material.

## 1. Excurso, DDHH: naturaleza y fundamentación

A menudo se da cierta confusión conceptual entre los debates de la naturaleza y la fundamentación de los DDHH.<sup>16</sup> La cuestión de su naturaleza como ya hemos expuesto se resume en determinar si pertenecen a la esfera jurídica, la política o participan de ambas. La fundamentación radica en pronunciarse acerca de qué legitima su existencia. Los iuspositivistas muestran preferencia por la legitimación procedimental formal, mientras los iusnaturalistas condicionan la legitimación a su coherencia con determinado ideal ético. El procedimiento y el ideario político-filosófico operan pues no sólo como fuentes de legitimidad, sino de fundamentación de los DDHH. No obstante, debemos matizar que tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo pueden suscribir concepciones estrictamente jurídicas, estrictamente político-filosóficas o mixtas, acerca de la naturaleza de los DDHH.

En la salvaguarda de la propia coherencia, el positivista lo tiene aquí más fácil elija la postura que elija. Le resulta sencillo concebir los DDHH son una institución que pertenece a la política o a la filosofía, distinta a los derechos subjetivos que recoja el Derecho Positivo, al margen de que se les dé el *nomen iuris* de DDHH. ¿Extravagante? No necesariamente. Como es bien conocido, en Europa, parte de la doctrina ha publicitado la idea de que “derechos humanos” es una expresión más propia del ordenamiento jurídico internacional y que a nivel estatal se suele hablar de “DDFF” o alternativamente “derechos constitucionales”<sup>17</sup> u otra denominación similar. Tal vez en el Viejo Continente este planteamiento sea acertado, pero en las constituciones latinoamericanas, especialmente en las que han sucedido a la Constitución de la V República de Venezuela<sup>18</sup> se ha bautizado a los más importantes derechos mencionados en su articulado como DDHH. En todo caso, analizando estas –y otras- diversas concepciones y denominaciones jurídico-positivas, así como del viejo aforismo de que las cosas son lo que son, y no como se las denomina, podría muy bien plantearse el positivista que existen dos clases DDHH. Los DDHH propiamente dichos se interpretarían como una institución política, a confrontar con otra institución propia del Derecho, los *derechos subjetivos humanos legales*, que, independientemente de cómo se los denomine disfrutarían de rango constitucional, de rango legal y de rango convencional, según el caso.

Por supuesto el positivista puede plantearse que los DDHH son una institución enteramente jurídico-positiva. Esta sería la posición más coherente con quien sostenga que los DDHH se fundamentan en la ley positiva.<sup>19</sup> De nuevo, el *nomen iuris* no definirá la categoría, sino que habrá de atenderse al contenido y a las garantías que reciban los derechos subjetivos legislados para poderlos considerar auténticos DDHH. Prácticamente análogas serán las conclusiones para el positivista que suscriba el dualismo. Sencillamente, este admite que los DDHH participan de una naturaleza tanto ideológica o política, en definitiva, extrajurídica, a la vez que de una condición jurídica. Para ambas posturas, la institución es la misma, aunque su configuración conceptual surja tanto desde una perspectiva filosófica, de las ciencias políticas o, por supuesto, del Derecho. Después de todo, las teorías duales también exigen que los DDHH adquieran relevancia jurídico-positiva para existir. Por el contrario, mientras sólo existan en el plano ideológico, serán una propuesta de DDHH, pero aún no serán DDHH.<sup>20</sup>

También el iusnaturalista podrá acomodarse a las tres posiciones. La diferencia estriba en que, si el iuspositivista varía su concepto de los DDHH según la posición que escoge, el iusnaturalista varía la propia noción de Derecho. El iusnaturalismo parte de la premisa de que el Derecho va más allá de la Ley positiva, ahora bien, el Derecho suprapositivo puede entenderse de muchas maneras.

En su versión que podríamos denominar más *extensiva*, tanto las normas y principios éticos que configurarían el derecho natural como la legislación positiva constituyen Derecho por igual. Luego los DDHH serían, bajo este prisma iusnaturalista, Derecho, con independencia de que se les hubiese positivizado o no.

Luego existen los planteamientos que entienden que el derecho natural es el ideal de justicia, ergo, el derecho positivo siempre dará lugar a una mimetización imperfecta, a un sistema normativo inspirado en ese ideal, pero sin posibilidad de emularlo. Al lector probablemente le vengán a la mente los postulados platónicos y no sin razón. Como complemento ejemplificativo, en términos interculturales y de derecho comparado, también resulta oportuno sacar a colación la distinción que las Escuelas Jurídicas musulmanas alejadas del fundamentalismo plantean entre la *sharía* y el *fiqh* (Dupret, 2015, pp. 13-29; Hourami, 2017, pp. 204-205). A diferencia de las tesis hanbalistas y su posterior derivada salafista, estas líneas doctrinales entienden como pecado de asociacionismo<sup>21</sup> el atribuir contenido concreto a la *sharía*, cuyo conocimiento exacto pertenece en exclusiva a Alá. Sólo las leyes –consuetudinarias o escritas- o *fiqh* pertenecen a los hombres. El ideal de justicia, el Derecho

perfecto, que las sustenta y las legitima, se bosqueja, mas nunca se atisba ni se realiza en este mundo, porque sólo la divinidad lo conoce. *Mutatis mutandis*, este planteamiento resulta potencialmente transferible a cualquier planteamiento iusnaturalista, sea teísta, deísta o incluso ateo. Por obvios motivos, estos últimos no hablaran de un Derecho-Justicia de matriz divina, sino simplemente de un ideal de justicia. Dentro de esta concepción resulta asumible plantear que los auténticos DDHH son en realidad el ideal de dignidad humana, el *Derecho supremo*, mientras que las normas de *lege lata*, es decir, las mediocres normas jurídicas que tratan de realizarlos en este mundo se encuentran condenadas a ser una copia deficiente del original.<sup>22</sup>

Abordando en puridad la cuestión de la fundamentación, nuestra toma de postura respecto a la misma atiende a dos criterios uno historicista y el otro epistemológico. Este último nos obliga a rechazar científicamente toda aquella hipótesis que no sea empíricamente contrastable, como ideales de justicia o derechos supra jurídicos. Ni se niega ni se afirma aquí su existencia. Sencillamente, se hace notar que no pueden contrastarse, sólo conjeturarse – o afirmarse- a partir de la pura creencia.

En verdad existen concepciones de lo justo y lo injusto que el Legislador, más o menos pausadamente, va insertando en la legislación vigente. Ahora bien, la historia nos revela que tales concepciones se encuentran en constante transformación. De igual modo, un vistazo del presente nos revela como en el mismo contexto cultural no parece existir una única concepción de lo justo, ya no digamos en términos interculturales. El universalismo tan ansiado por la Ilustración dieciochesca parece un espejismo tan inalcanzable como el mismo horizonte. Estas evidencias, por sí mismas, bastan para otorgarle más confianza a la tesis de una ética carente de principios estables de alcance universal, en favor de particularismos evolutivos y por tanto incompatibles con el iusnaturalismo que parte de la existencia de unas posturas éticas inalterables.

Por eso entendemos que existen diversas éticas para cada sociedad y está fuera de debate que estas se proyectan en sus ordenamientos jurídicos. Si algún día los principios de las distintas éticas humanas se acercan o incluso se unifican no podemos contestarlo aquí. Adicionalmente, desde un punto de vista de fundamentación conceptual, tampoco se puede asumir que la ética sea propiamente un sistema normativo. La moral y la ética son, de hecho, asistemáticas en tanto que eminentemente casuísticas. La definición ética de lo correcto deriva de las resoluciones propuestas a dilemas situacionales, pudiendo cambiarse entonces la forma de entender lo correcto y lo incorrecto. El Derecho, gracias al binomio legislación-interpretación, impide esta situación. Se habla aquí de legislación, en un sentido amplio,

abarcando también la labor jurisprudencial, de capital importancia sobre todo, pero no exclusivamente, en los sistemas judiciales basados en el precedente. En suma, la legislación parlamentaria, los reglamentos administrativos y la jurisprudencia establecen unos parámetros que limitan en mayor o menor medida las posibilidades creativas del intérprete jurídico, si lo comparamos con el filósofo de la moral.

Mientras la ética, como disciplina filosófica, antepone la solución justa, a la coherencia de sus concepciones, pues, como decimos, estas pueden mutarse, en el Derecho, el respeto a los parámetros formalmente establecidos limita la labor del intérprete-aplicador, respecto a su propio concepto material de justicia. En consecuencia, el Derecho impone unos parámetros sistemáticos que permiten a sus estructuras integrar nuevas realidades en sus normas, sin necesidad de sufrir alteraciones por razones intrínsecas. En todo caso, las fricciones entre sistema y entorno<sup>23</sup> podrán llevar fortalecer alternativas de *lege ferenda* que acaben siendo asumidas por el Derecho positivo o, alternativamente, puntos de ruptura jurisprudencial.

Por tanto nos ubicamos en una fundamentación ética relativista del Derecho y una concepción de este como sistema normativo autónomo de la propia noción de ética, con la que puede mantener fricciones, incluso colisionar, sin que de ello derive *per se* una pérdida de efectividad del Derecho.

## 2. Los Derechos Humanos en su vertiente material

Poco oportuno es ahondar ahora en el concepto material de los DDHH, aunque resulta igualmente inevitable tomar una postura en la cuestión. A grandes rasgos, debe repararse en que la heterogeneidad de DDHH únicamente nos permite configurarlos como categoría apelando a su *τέλος*. La meta común que los unifica es la dignidad humana, o, más exactamente, la realización de la dignidad humana.

Hemos referido que, como concepto, la dignidad humana ha evolucionado a lo largo de la historia y en cada una de las diferentes culturas donde ha surgido. Ergo, además, de transfigurarse en el transcurso de ciertas civilizaciones, puede entenderse de forma diferente por distintas culturas que coexistan en el mismo periodo. En el caso de occidente, suele asumirse que la noción vigente de la dignidad humana surge con la Revolución Norteamérica y la Revolución Francesa. Más exactamente, se apela a documentos político-jurídicos de ambos procesos políticos<sup>24</sup> como origen de los DDHH.<sup>25</sup> Aquí compartimos ese parecer, en tanto que coherente con nuestra apuesta por una naturaleza dual de los DDHH, sin olvidarnos por ello de que la noción de dignidad humana

que tratan de introducir en el Derecho positivo los revolucionarios de uno y otro lado del Atlántico había sido teorizada previamente por la Ilustración y el liberalismo inglés.

De hecho, en el momento de recopilar los antecedentes históricos de los DDHH resulta difícil saber cuándo detener el viaje atrás en el tiempo. Son tantos los sucesos que han servido de inspiración y preparación a los teóricos de la dignidad humana.<sup>26</sup>

En nuestra opinión, ha de atenderse a la estrecha relación entre las nociones de salvaguardar la dignidad de una persona y tratar a la persona con justicia. Si bien, no son conceptos completamente idénticos, pues la dignidad es un estatus que se mantiene o se pierde. Por el contrario conducirse con justicia implica siempre una interacción entre dos individuos y, en última instancia, entre el poder, en el sentido de la autoridad política que aspira y/o disfruta del monopolio de la violencia, con el individuo.

A lo largo de la historia, todo poder, unipersonal o colegiado, parece haber aspirado a encarnar la Justicia; o al menos a ser percibido como tal por las personas.<sup>27</sup> La percepción de representar el orden frente al caos, la voluntad divina, o, como es más frecuente en nuestra época, el mejor de los sistemas posibles son una fuente de legitimidad que facilita la cooperación voluntaria como modalidad no físicamente coercitiva de control (Foucault, 2018 y 2019). Sin embargo, pese a sus esfuerzos, es evidente que a menudo el poder no es justo. La filosofía grecolatina merita la condición de pionera en el estudio crítico de las formas de gobierno al diferenciarlas entre justas y degeneradas. El arraigo de esta distinción entre gobernante y tirano, entre buen y mal gobierno, entre poder justo e injusto, es fundamental para que afloren las concepciones contemporáneas de derecho y abuso de poder. En el S XVIII asistimos a una toma de conciencia de este proceso histórico reconfigurando la problemática y sus soluciones. Hasta entonces, las reivindicaciones sociales, pacíficas o violentas, se han sucedido como respuesta a un problema concreto: mantenimiento de tributos pese a desastrosas cosechas, los abusos de la nobleza, el padecimiento de persecución política por un determinado grupo... Con matices, se predicaría lo mismo de las construcciones teóricas, pues se centran en subsanar un aspecto concreto de la sociedad. Incluso cuando abordan diversos problemas sociales en su obra los filósofos anteriores al Siglo de las Luces tienden a plantear una solución particular para cada uno.

La Ilustración toma conciencia de los problemas de la sociedad en su conjunto y propone su alternativa a través de comprensión holística de la convivencia social, sus problemáticas y, por lo tanto, de sus soluciones. La

mejor forma de resolver las distintas situaciones de injusticia pasa por una Ley justa, que ha de identificarse con el respeto por parte de todas las normas del ordenamiento jurídico hacia la dignidad humana, de modo que ninguno de sus preceptos, en el plano declarativo, el interpretativo o el aplicativo, la vulnere.

Sobre este principio regulador abstracto se van concretando distintas reglas y principios para cada faceta de la vida humana que se identificarán con los derechos del hombre y el ciudadano para extenderse luego al resto de la humanidad,<sup>28</sup> lo que les otorgará la nota de universalidad que caracteriza a nuestro concepto vigente de los DDHH. Si uno compara *Las Leyes* –o *La República*– de Platón (1999), con el texto homónimo de Montesquieu (2002) advierte que el primero se preocupa por el bien del Estado o, si se prefiere, de la sociedad en su conjunto. Buenas son aquellas leyes que favorecen la prosperidad de la comunidad. No es que el pensador francés olvide la importancia de la sociedad en su conjunto y su progreso material o su capacidad de defenderse de un enemigo externo; pero sitúa al lado del honor nacional, la dignidad individual. El ciudadano no es un mero instrumento del país y sus gobernantes. Se encuentra subordinado a estos y a las leyes que emitan, pero no debe soportar cualquier trato o abuso. Las buenas leyes en el S. XVIII no se conciben sólo como garantes del bienestar general y del buen funcionamiento de la maquinaria estatal, sino que deben integrar la dignificación del ciudadano y dejar espacio para la libertad y la felicidad individuales. Por supuesto, esto sólo puede hacerse limitando los poderes públicos. El leviatán hobbesiano ha de atarse y domesticarse, pues su existencia ya no se justificar por el mero alejamiento de las incertidumbres que trae consigo la vuelta al estado de la naturaleza. Ahora debe servir al aumento del bienestar en el marco del estado civil, es decir, al bienestar personal y colectivo.

Una vez se asienta en el pensamiento social que los poderes públicos y el Derecho deben garantizar la dignidad humana para ser justos, en otras palabras, para ser legítimos, es fácil entender por qué los derechos del hombre han ido aumentando su objeto y con ello su número hasta convertirse en DDHH. La toma de conciencia de las carestías materiales básicas, de la opresión de los trabajadores,<sup>29</sup> así como de la exclusión de los derechos cívico-políticos de mujeres, de la raza negra y otros grupos sociales han propiciado el enriquecimiento de la idea de la dignidad humana y han fraguado la integración y reconfiguración en DDHH no únicamente de nuevas reivindicaciones producto de las nuevas realidades sociales, sino también de las más antiquísimas demandas, como el derecho al agua. No ha sido hasta la última década que este y los demás derechos al desarrollo han empezado

a encontrar acogida doctrinal como DDHH.<sup>30</sup> Este comportamiento histórico muestra a nuestro parecer que la naturaleza de los DDHH es cambiante y evolutiva, de ahí que sea difícil para nosotros sustentarlos en concepciones éticas estables -incluso rígidas- como hace el iusnaturalismo.

### III. DERECHOS HUMANOS: CARACTERÍSTICAS Y RELACIÓN TERCEROS

La imagen de un leviatán amaestrado evoca las tesis de ALEXY acerca de los DDHH como una relación análoga a cualquier derecho subjetivo. El titular de los DDHH tiene derecho a que estos se le vean cumplidos y respetados. Ahora bien, ¿quién ha de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que implican los DDHH? Responde el catedrático de la Universidad Christian-Albrechts que en última instancia este es el Estado. De ahí deriva su teoría un supuesto derecho humano al Estado de Derecho,<sup>31</sup> como garantía de la persona frente a otros particulares y a los poderes públicos de que sus DDHH se verán satisfechos, sea mediante la interdicción de ciertas injerencias -incluyendo en su caso medidas positivas que aseguren dicha interdicción- o, según el caso, porque proporcionen materialmente ese derecho humano.

Quizás algún economista bromearía diciendo que Alexy defiende el derecho humano al Estado de Derecho *con una tesorería saneada y fructuosa*. Fácil resulta anticipar las críticas doctrinales contra esta tesis de quienes distinguen entre derechos y garantías de los derechos.<sup>32</sup> Se nos perdonará que pasemos por alto la compleja cuestión de los derechos sociales<sup>33</sup> y que no exploremos el debate acerca de si las garantías de los derechos son en puridad derechos, o si la existencia del Estado de Derecho es un derecho humano. No obstante, ya hemos señalado nuestra concepción efectiva -aunque todavía no la hemos descrito- y parcialmente jurídica de los DDHH. En consecuencia, no despreciemos la importancia del complejo conjunto institucional y social que permite distinguir entre quienes disfrutan de sus DDHH y quienes meramente se hacen titulares de una *expectativa de derecho* a los DDHH en base a su propia condición humana. No obstante, a fin de culminar esta fase de nuestra exposición y empezar a bosquejar la fase formal nos conviene ahondar en el nexo de unión entre el formalismo jurídico de una institución del Derecho y su concreto objeto material, es decir, las características abstractas de su contenido, así como su expresión lingüística y conceptual.

Si asumimos que los DDHH se unifican conceptualmente como categoría en su teleología común de garantizar la dignidad humana, parece incuestionable que habrán de ser universales, es decir, potencialmente accesibles<sup>34</sup> en su

titularidad para cualquier ser humano. En el momento en que se excluye a una raza, un sexo, un credo, una orientación sexual..., ya no puede hablarse de dignidad humana, sino de dignidad como privilegio exclusivo de determinados grupos. La meta común de los distintitos DDHH permite deducir asimismo sus notas de interdependencia e indivisibilidad.

En cuanto a la inalienabilidad y la irrenunciabilidad, derivan de su vocación de vincularlos de forma indisociable a la humanidad. En tanto que no podemos perder esta condición, tampoco podemos vernos privados de nuestra expectativa de derecho a ser tratados con la dignidad acorde (Kriele, 1980).

A nuestro parecer, conviene añadir que los DDHH deben tener una importancia fundamental para la vida, en el sentido social y en gran medida biológico, del ser humano. Este parámetro nos permite ampliar la categoría, pero evita a la vez que todo derecho subjetivo se convierta en un derecho humano. En virtud del rasgo de esencialidad, también habría que rechazar la inclusión en la categoría de normas procedimentales de carácter jurisdiccional o administrativo cuyo incumplimiento o vulneración sin duda resultarán lesivos para la satisfacción de un derecho humano, pero que en su disfrute juegan un rol meramente instrumental.<sup>35</sup>

En su expresión lingüística, el Legislador suele vehicular los DDHH como derechos subjetivos como bien señalaba Alexy (2000),<sup>36</sup> a menudo explicitando el rol prestacional que involucra al Estado, ej. “el Estado velará por igualdad entre hombres y mujeres”, aunque tampoco es extraña la omisión expresa del obligado, ej. “todos tienen derecho a la vida”. También puede expresarlos en negativo, ej. “nadie será sujeto a tratos inhumanos o degradantes o a servidumbre forzosa”; o, como interdicción para los poderes públicos, ej. “está prohibida la privación de libertad como sanción administrativa”. No es inusual que los expresen de un modo descriptivo, ej. “la dignidad es inherente a la persona”. Más importante aún es advertir que los enunciados que expresan los DDHH suelen contener conceptos abstractos.

Lo cierto es que más allá de la concreta forma lingüística, materialmente los DDHH son principios de conducta para los poderes públicos e indirectamente para los propios particulares, a fin de respetar la dignidad humana en las distintas facetas vitales de la persona. De ahí que sean altamente modulables, incluso cuando se expresan bajo la aparente forma de una regla,<sup>37</sup> operando la modulación en estos casos según la concreción de los conceptos que la conforman. Evidentemente, de estos principios se derivan auténticos derechos subjetivos en favor de los particulares. A través de la distinción entre los derechos subjetivos elementales para dar cumplimiento al principio

informador que constituye cada concreto derecho humano, de aquellos derechos conexos pero apendiculares, cuya ausencia no afecta a los primeros así como de los ya aludidos derechos de carácter procedimental,<sup>38</sup> se deslinda el denominado contenido esencial de cada derecho humano.

#### IV. ¿QUÉ ES UN SISTEMA DE DERECHO?

Antes de concretar la forma jurídica de los DDHH, bueno sería que acordemos qué definición suscribimos a la hora de hablar de sistema de Derecho u ordenamiento jurídico. Nuestra pretensión, claro está, es una definición que satisfaga las esferas del Derecho interno o Estatal y el Internacional pues ambicionamos una descripción formal y material de los DDHH adecuada a ambas.

Aunque sería injusto atribuir en exclusiva la concepción del Derecho como sistema a la Escuela positivista, lo cierto es que son figuras como Kelsen (1958) y Hart (1968, p. 135 y ss.) quienes más han contribuido al desarrollo. En este proceso, son claves dos conceptos: la efectividad y la validez, entendida como legitimidad creadora de origen formal y procedimental. Esta última se vincula intrínsecamente a las garantías de cumplimiento y más específicamente a la sanción. Una norma se encuentra en vigor cuando su incumplimiento puede ser sancionado, según una prescripción recogida en el propio ordenamiento jurídico. *Grosso modo*, se plantean dos escenarios en materia de concreción y ejecución de dicha sanción para cada derecho concreto: a) ambas funciones son ejercidas y ejecutadas por agentes especializados y apoderados para ello en virtud del ordenamiento jurídico; b) una o ambas de estas funciones se delegan en particulares, incluyendo, hipotéticamente, a la propia víctima (Kelsen, 2002, pp. 79 y 161 y ss.; 2013, pp. 8-10).

En el primer escenario, existe un sistema sancionador monopolizado por unas personas concretas cuyas actuaciones se condicionan, además de al tenor literal de la Ley sancionadora, a la sistematización de su interpretación. En el segundo, carecemos de dicho sistema centralizado, en otras palabras, el ordenamiento jurídico debe reconocer que necesita del auxilio de terceros para mantener su efectividad.<sup>39</sup> Como bien explica Kelsen, la definición de ordenamiento jurídico admite una concepción más restrictiva, según la cual sólo hablaremos de auténtico “derecho” cuando un sistema normativo disponga de dicho mecanismo centralizado de sanciones y otra más abierta que abarca sistemas normativos carentes de dicho mecanismo centralizado de sanción. Bien nos hace notar el jurista austríaco que, desde la postura restrictiva, no puede hablarse de un ordenamiento jurídico internacional. En

consecuencia, ya no sólo la Declaración Universal de DDHH, que como resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas nació sin pretensión de obligatoriedad, sino incluso el Convenio Europeo de DDHH (CEDH), tratado concebido como norma obligativa para sus partes, habríamos de considerarlo como un haz de normas no jurídicas, en tanto que incluso cuando gocen de un intérprete centralizado y preferente, como el Tribunal Europeo de DDHH (TEDH), no pueden ejecutar sus resoluciones sancionadoras sin el auxilio de terceros.<sup>40</sup> Ni que fuera por puro pragmatismo, hemos de rechazar esta concepción por insostenible ante las dinámicas jurídicas de nuestro presente.

A nuestro parecer no hay alternativa a acoger que el sistema jurídico sea un conjunto de reglas y principios que guardan coherencia a través de su interpretación sistémica, cuya validez se determina según un procedimiento creador preestablecido y respetuoso con los principios de forma, jerarquía y competencia. Los incumplimientos fácticos de dicho ordenamiento normativo han de verse contrafácticamente contestados por una sanción (Luhmann, 2005, pp. 181 y ss.).

Ahora bien, qué entendemos por sanción no es algo evidente *per se*. Desde luego, el concepto de sanción no acaba en el Derecho Penal ni en el Derecho Administrativo sancionador. Una declaración de nulidad legal o de inconstitucionalidad constituyen modalidades de sanción *latu sensu*, al igual que la responsabilidad civil.<sup>41</sup> Ahora bien, en el Derecho Internacional Público el concepto de sanción deviene mucho más amplio. KELSEN apuesta por preservar la antigua noción de la guerra como sanción. Este parecer es compartido por la doctrina mayoritaria, si bien, distinguiendo entre escenarios bélicos legítimos e ilegítimos. En nuestra opinión, no se plantea ningún obstáculo doctrinal para entender como sanción internacional parte del *ius bellum*, especialmente cuando la acción bélica se auspiciara por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, autorizando una intervención militar en otro Estado.<sup>42</sup> Tampoco se aprecia óbice en entender que del mismo modo que el Derecho Internacional delega en la coalición internación la concreción de la sanción y su ejecución, pueda ocurrir lo mismo con la víctima que se defiende bélicamente o acudiendo a cualquier clase de contramedidas; o, para ser exactos, no se apreciaría si no fuera porque a menudo la víctima de una agresión ilegítima, en la esfera internacional, dispone de muy escasas posibilidades de defenderse por sí misma de la potencia atacante, ergo estaríamos ante una sanción inefectiva.<sup>43</sup>

Sin embargo, la problemática de las sanciones internacionales no radica tanto en las más graves, como la guerra o medidas sancionadoras económicas

que pueden comportar el desabastecimiento de un país de sus productos básicos, sino precisamente en las sanciones de menor severidad, que podemos denominar simbólicas.

En este bloque ubicaríamos las posiciones doctrinales que sostienen que la mera declaración de un incumplimiento constituye una modalidad de sanción (Pastor Ridruejo, 2014, pp. 565 y ss.; Díez de Velasco, 2014, pp. 843 y ss.). Tan laxa concepción de sanción a nuestro entender plantea problemas.<sup>44</sup> Materialmente, la pena debe suscribir unos estándares intersubjetivos de disuasión y sobre todo de restablecimiento de la confianza en la norma. De otro modo, la pena se reduce a una mera formalidad, como ocurre en determinadas sanciones penales de derecho estatal cuando se aplican a personas de elevado poder adquisitivo. Lo mismo cabe predicar de penas declarativas, de protestas y denuncias diplomáticas, contra los Estados que se han habituado a la mala fama internacional. De ahí que nuestra postura sitúe en el umbral más alto de las legítimas penas del Derecho Internacional público el *ius bellum* y establezca como suelo medidas de sanción económica sustanciales y, en todo caso, de sanciones políticas, encaminadas a suprimir el reconocimiento del ejercicio de las potestades estatales internacionales en determinadas personas, ej., un Estado deja de reconocer a un Jefe del Estado extranjero como tal.

Más discutible es que una orden de busca y captura contra un Presidente o Primer Ministro en el cargo, al amparo del Estatuto de Roma, pueda considerarse una sanción. Para empezar plantea un problema conceptual desde el punto de vista de que los Estados no son a fecha de hoy inculpaables penalmente en la esfera internacional –ni tampoco en la nacional. La orden de detención contra un gobernante busca juzgar al individuo, pero deja intacta la estructura política de poder interno de su Estado. Si el Presidente detenido dimitiera o su propia constitución declara el cargo vacante, se activaría el procedimiento sucesorio. Por el contrario, cuando se deja de reconocer a un gobierno, normalmente no basta la mera dimisión de sus titulares para revertir dicha situación, dado que lo que se persigue es dificultar la interacción de este Estado en la comunidad internacional mediante el bloqueo de sus órganos políticos. Por ello no consideraremos la detención penal como medida de sanción.

## V. DDHH Y SU FORMA JURÍDICA

*Prima facie*, las consecuencias de nuestro planteamiento obligarían a negar la capacidad de vehicular DDHH a las normas cuyo cumplimiento es voluntario, como sería el caso de la *Declaración Universal de DDHH* (1946). Sin embargo, más importante que la efectividad declarada, es la efectividad

fáctica que una norma desarrolla en el devenir del curso interpretativo y aplicativo del Derecho. En apariencia esta aserción parecerá destinada al ámbito internacional, pero también se dirige al ámbito Estatal, o ¿acaso no han desaparecido las que LOWENSTEIN denominó constituciones semánticas, trufadas de prolijas declaraciones de derechos que en la práctica no significan nada? (Loewenstein, 2018, pp. 213-216). *Mutatis mutandis*, algo parecido predicarse del Capítulo III del Título I de la constitución española de 1978.<sup>45</sup>

### 1. Esfera internacional: el *soft law* como parámetro

En el ordenamiento jurídico internacional, distinguimos una notable diversidad de normas. La doctrina suele agruparlas en Derecho originario y derivado (Pastor Ridruejo, 2014, pp. 23-41 y 47 y ss.; Díez de Velasco, 2014, pp. 87 y ss.). En el primer bloque encontramos las normas de origen consuetudinarias y las normas convencionales surgidas del acuerdo de voluntades -expreso o tácito- de sujetos de Derecho Internacional que han entrado en vigor. En cuanto al derivado, surge de la actividad normativa de entidades creadas en virtud del Derecho originario. No resulta difícil advertir porque los límites de esta clasificación se encuentran hoy parcialmente desdibujados.

En los primeros estadios de su evolución, el iuspublicismo internacional contemporáneo venía identificando el Derecho originario con aquel que tenía por legisladores a Estados y excepcionalmente algún otro ente *sui generis*, básicamente, la Santa Sede (Díez de Velasco, 2018, pp. 310-311). Por oposición el derecho derivado no sólo se asociaba a las OO.II., sino que se entendía que en ningún caso este podía adquirir efectividad más allá de los Estados parte de la organización internacional en cuestión y sus propios organismos y personal -normativa *intra corporis* (Díez de Velasco, 2014, pp. 137-139). Además, se le atribuía una efectividad sumamente limitada, especialmente cuando su productor era el organismo asambleario de la organización. En paralelo, las normas *ius cogens* se consideraban derecho originario y el *soft law* indefectiblemente derivado (Díez de Velasco, 2018, pp. 92-96. 183 y ss. 189-193. 247 y ss.; Pastor Ridruejo, 2014, pp. 42-47, 165 y ss., 156-158 y 136-141).

Sin embargo, todas estas concepciones se han visto superadas en mayor o menor medida. Las OO.II. verían consagrada su subjetividad autónoma por la Corte Internacional de Justicia,<sup>46</sup> lo que les permitiría operar como sujetos autónomos del Derecho Internacional Público. En la actualidad su participación en la fragua de tratados internacionales supera a la de los Estados,

siendo sus órganos y foros los espacios ideales para grupos de estudio y las conversaciones diplomáticas que permitirán preparar el texto y facilitarán su posterior ratificación. Su participación, por supuesto, no acaba en la redacción de futuras normas convencionales ni en una suerte de buenos oficios para despejar el acuerdo de voluntades ajenas. Cada vez, resulta más frecuente que un tratado esté abierto a la ratificación por parte de las OO.II., contemplando inclusive el Convenio de Viena (1986) que estos se celebren únicamente entre estas entidades.<sup>47</sup> Ergo, también la entrada en vigor de muchos tratados dependerá de la voluntad de adhesión y ratificación de las OO.II.

Del mismo modo, el *ius cogens* ha participado y participa del derecho derivado e incluso del denominado *soft law*. No únicamente en términos de mera concreción, sino a un nivel verdaderamente constitutivo como, entre otros, demuestra el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad,<sup>48-49</sup> hasta la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Más aún, empezamos a apreciar una notable presencia de *soft law* de exégesis interestatal. Naturalmente hablamos de los tratados que aún no han entrado en vigor. No nos referimos a las obligaciones que la doctrina afirma para el Estado signatario y/o que ratifica un tratado que aún no alcanza el número necesario de partes para su entrada en vigor. Tampoco pensamos en los supuestos de ultractividad de los tratados, sino en el uso de un texto potencialmente convencional como parámetro interpretativo de otras normas o vía para llenar lagunas normativas, verbigracia, por foros judiciales y arbitrales supraestatales.

También es interesante advertir como resoluciones carentes de fuerza imperativa, a menudo simples declaraciones de apariencia política, interactúan con el plano consuetudinario favoreciendo, clarificando o incluso originando normas consuetudinarias obligatorias. Pastor Ridruejo denomina a este fenómeno efecto cristalizador (2014, 11 y 55).

Sobre estas bases el concepto de *soft law* que aquí sostenemos se identifica con la versión amplia del mismo aunque con algunas acotaciones. En las primeras fases de su teorización, la doctrina definía el *soft law* como textos de elevado carácter técnico elaborados en el seno de una organización internacional, por supuesto, dentro de su marco competencial, concebidos con carácter recomendatorio. Sin embargo, su valor técnico se empezó a traducir desde bien temprano, en su adopción como norma obligatoria –de rango legal o reglamentario– por uno o varios Estados en el seno de sus ordenamientos jurídicos. En otras palabras, se producía un acto de recepción normativa según las normas de su derecho interno,<sup>50</sup> que ninguna norma internacional le obligaba a realizar a diferencia de lo que ocurre después de firmar un tratado, o

cuando en virtud de su adhesión al tratado constitutivo de una O.I., esta puede emitir normas teleológicas, cuyo cumplimiento exige de una trasposición.

En pocas décadas, las dinámicas internas del Derecho Internacional Público así como su interacción con los derechos estatales dieron por superada la definición inicial del *soft law*, tan apegada a un objeto técnico-científico y a su falta de obligatoriedad. Esto ha de entenderse en el como parte de dos procesos paralelos: el auge de la actividad en las OO.II. que ampliaron sustancialmente el volumen y temática de sus estudios y la cada vez mayor facilidad de normas internacionales para disfrutar de *enforcement*, como dirían los sajones, gracias a la actividad de tribunales nacionales e internacionales. Por esta vía, la implementación del *soft law* empezó a producirse al margen de los actos formales de recepción por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, gracias a la actividad, a menudo asistemática, de sus tribunales.<sup>51</sup> Desde luego, a medida que los diferentes recursos procesales elevan las causas a los Altos Tribunales del país en cuestión se consolida la interpretación jurisprudencial *–obiter dicta*, según la competencia, un caso puede recaer en primera instancia ante la Corte Suprema de un Estado, lo que agilizaría la tarea de consolidación jurisprudencial.

Así, en el pronunciamiento de múltiples fallos, los jueces acuden al *soft law* como parámetro interpretativo, en términos de especificación de su propio Derecho. Su utilidad se ha manifestado especialmente en la precisión de conceptos jurídicos indeterminados. Un buen ejemplo de este fenómeno lo encontramos en la buena acogida jurisprudencial que han encontrado textos como los Principios de La Habana<sup>52</sup> en la evaluación del uso adecuado de las armas de fuego por parte de funcionarios y agentes de la autoridad. Aún más importante ha sido el rol del *soft law* en materia de seguridad en industrias que trabajan con sustancias peligrosas, tales como la energía nuclear, el uso de productos químicos etc. Otro tanto podría decirse en materia de fijar los estándares financieros en materias de *compliance*. En ese sentido, es importante señalar que también se produce una recepción iusprivatista del *soft law*.

Respecto a la ampliación de su objeto, como hemos mencionado, el *soft law* superó rápido la inicial circunscripción conceptual o a ámbitos científico-tecnológicos, según aumentaban los grupos de trabajo y resoluciones de carácter recomendatorio ya no sólo de sus asambleas, sino de otros órganos, así como la simple publicación oficial de las conclusiones de sus grupos de trabajos, o inclusive las compilaciones de jurisprudencia internacional (Diez de Velasco, 2018, pp. 189-193, 247 y ss.; Pastor Ridruejo, 2014, pp. 156-158 y 136-141). Adicionalmente, ya hemos mencionado que los textos de distintos

tratados que no hayan entrado en vigor pueden comportarse de modo análogo, es decir, reciben la efectividad *ex iurisprudencia*. En consecuencia, parece razonable asimilarlos a la categoría del *soft law*. Merece la pena insistir en que este fenómeno del *enforcing* jurisprudencial no se circunscribe a los tribunales estatales. Los tribunales supranacionales, tanto judiciales como arbitrales, otorgan al *soft law* un tratamiento privilegiado como parámetro interpretativo. Gracias a esta vía, el *soft law* adquiere una potencia de efectividad tanto en el plano internacional como en el estatal.

En definitiva, la tanto los órganos estatales depositarios del poder ejecutivo como el legislativo –dependiendo del modelo constitucional- y en general los tribunales pueden hacer del *soft law* una norma efectiva. Lo mismo sucede con los foros judiciales y arbitrales internacionales y estatales. De ahí que en potencia, podamos decir que el *soft law* pueda devenir una norma efectiva, es decir, sancionable.

Dicho esto, a nuestro entender sería importante no caer en el error de expandir la categoría de *soft law* a cualquier declaración o resolución realizada en un foro internacional. Para que pueda erigirse en vehículo de un DDHH es *conditio sine qua non* que su texto contenga, al menos parcialmente, enunciados susceptibles de aplicarse como enunciados normativos.<sup>53</sup>

## 2. Esfera estatal: ¿los Derechos Humanos son los derechos fundamentales?

Ya se ha referido que los ordenamientos jurídicos de tradición europea continental no suelen recoger la denominación “derecho humano”. Más habitual es que denominen “Derechos Fundamentales” (DDFF) a las normas aquí materialmente descritas como DDHH.<sup>54</sup> Sumariamente, los DDFF constituyen una manifestación del derecho positivo constitucional que ha sido dotado de una especial protección así como de rango jerárquicamente superior dentro del ordenamiento jurídico nacional. En general, el contenido y forma de los DDFF hace que se trate de DDHH positivizados bajo otra etiqueta. Sin embargo, no es correcta la completa igualación, como tampoco la idea de que en ordenamiento jurídico estatal que fije DDFF o derechos constitucionales no legisla DDHH en normas de otro rango u otras fuentes del Derecho. Rara vez suelen recogerse todos los DDHH como DDFF, siendo especialmente pagadores de esta carencia los derechos económicos y sociales.<sup>55</sup> Por otro lado, podemos encontrar DDFF que, por su contenido o formulación, sea difícil entenderlos como DDHH.<sup>56</sup>

La naturaleza del DDHH está en su contenido material no en su forma jurídica. Por contenido material nos referimos a la concesión de derechos subjetivos de notable importancia desde una perspectiva universal, es decir, no limitada a los ciudadanos ni a los extranjeros en situación administrativa regular; y, en su caso, cuando se restrinjan a ciudadanos –y extranjeros en situación regular- sea por una causa justificada, dentro de unos parámetros que no desvirtúen la vocación potencialmente universal que caracteriza a los DDHH.<sup>57</sup> Sobre estas bases, señalamos como indubitable la presencia de DDHH vehiculados dentro del ordenamiento jurídico de un Estado en leyes ordinarias o incluso normas de rango inferior.<sup>58</sup> ¿Pueden ser las ordenanzas o recomendaciones de los órganos estatales portadoras formales de DDHH materiales? En coherencia con lo prescrito para el *soft law* internacional debemos responder afirmativamente con las mismas condiciones dispuestas para aquel, respecto a su enunciación lingüística y contenido, pues los tribunales podrán emplearlas en su labor interpretativa y aplicativa del Derecho positivo para perfilar el contenido de los DDHH. En otras palabras, gozan de efectividad potencial.

Por último, pero no menos importante, existe cierto margen de duda acerca de hasta qué punto la jurisprudencia de los tribunales supranacionales sea fuente de Derecho.<sup>59</sup> Aquí no negamos esa posibilidad, más bien nos decantamos por sostener, aunque resulta evidente la mayor claridad que la labor de Tribunales Supremos y/o Constitucionales en los Estados constituye una auténtica fuente material de Derecho y por tanto sus resoluciones no sólo pueden definir y concretar DDHH, sino que pueden crearlos.<sup>60</sup> Asimismo, según el alcance de su rol constitucional, la jurisprudencia de los Altos Tribunales de un país ata de pies y manos al Legislador ordinario, imponiéndole, para sortear sus mandatos que acuda a la vía de la reforma constitucional.<sup>61</sup>

## VI. CONCLUSIONES

### Primera. Concepción material de los DDHH

Entendemos por DDHH el conjunto de principios cuya integración efectiva, en un ordenamiento jurídico, es decir, asegurando su cumplimiento mediante garantías sancionadoras, salvaguardan la dignidad humana. La concepción de esta dignidad humana puede experimentar variaciones según el momento de la evolución histórica y/o contexto cultural en que analicemos los DDHH. En todo caso, precisamente por entender que son derechos de la humanidad, gozan de un alcance tendente a lo universal y de una importancia sustantiva. Por el

mismo motivo son inalienables e irrenunciables, pues nadie puede perder su condición humana. Son asimismo interdependientes puesto que se unifican en la comunión de su teleología.

## Segunda. Fundamentación de los DDHH

Sin despreciar las fundamentaciones que deriven de creencias personales, como pueden ser los pensamientos religiosos, en este trabajo optamos por una fundamentación de carácter empírico e histórico. El concepto de la dignidad humana surge a partir de la reflexión filosófica en torno a la ética, en especial, a la ética del ejercicio del poder. La dignidad humana sólo se recibe cuando cada persona es tratada con justicia por los poderes públicos y por sus semejantes.

En concreto, acogemos las teorías de corte contractualista, en la línea de RAWLS, aunque profundizando en el concepto de contrato social como metáfora. A nuestro parecer, este discurre en dos planos, la propagación de nuevas ideas en la sociedad, o bien, de un clima de tolerancia a la recepción de nuevos planteamientos éticos. Junto a este primer instante discontinuo, la recepción jurídica de estas nuevas sensibilidades éticas manifiesta el segundo momento del pacto social.

## Tercera. Naturaleza dual de los DDHH

En coherencia con lo planteado, la naturaleza de los DDHH ha de ser para nosotros dual. En tanto que principios conducentes a salvaguardar la dignidad humana, mantienen autonomía en el plano filosófico-político, si bien se concretan y alcanzan su efectividad en el plano jurídico. No obstante, sería un error entender que su naturaleza jurídica domina en última instancia a su vertiente filosófico-política, ya que en la interpretación y la aplicación de los DDHH, los poderes públicos precisan del auxilio extrajudicial; las teorizaciones académicas y la interpretación socialmente más aceptada de tales principios condicionan sendas labores. En este punto se afianza su dualidad conceptual y autonomía, al menos parcial, de la espera estrictamente jurídica en el sentido positivo.

## Cuarta. Ahondado en su concepción jurídica.

Para nosotros el Derecho se distingue de la política, las recomendaciones y similares, en la medida, en que es imperativo, al menos potencialmente. La nota distintiva de este rasgo consiste en la imposición coercitiva, llegando si es preciso al uso violento de la fuerza, para garantizar la vigencia a la

norma y conservar contrafácticamente así como las expectativas sociales en su cumplimiento pese a sus trasgresiones.

Aunque las normas potencialmente efectivas no disfruten de fuerza imperativa en el momento de su promulgación, sí pueden adquirirla mediante la labor ulterior a su redacción, como es que otro Legislador realice un ejercicio formal de recepción, o bien que los órganos jurisdiccionales la integren en el ordenamiento imperativo al convertirla en un parámetro interpretativo de otras normas, inclusive en el contenido preciso de los denominados conceptos jurídicos indeterminados.

Esta efectividad en potencia se encuentra condicionada por la forma del enunciado, de modo que pueda inferirse de este como mínimo un principio o una regla. Cuando no se cumpla este requisito, nos encontraremos ante una mera declaración política, sin posibilidad de elevarse a Derecho efectivo. La dimensión jurídica se concreta en la efectividad en potencia, sin ser necesario que esta llegue a darse. De ahí que admitamos al *soft law* como vehículo óptimo para la positivización de los DDHH, al igual por supuesto que el Derecho Internacional –convencional o consuetudinario- de obligado cumplimiento para uno o varios Estados.

En tanto que principios, los DDHH pueden positivizarse como conceptos indeterminados aislados aunque, generalmente, se les integran mediante una serie de reglas que recogen y concretan estos principios. Para que podamos considerarlos DDHH, como venimos reiterando, es fundamental, con independencia de su exacta concreción lingüística, que el ordenamiento jurídico no los restrinja, salvo causa debidamente justificada, a su propia ciudadanía. Asimismo, el contenido de la norma debe comprender las notas de esencialidad e interdependencia teleológica en pro de la dignidad humana.

Más importante que el rango de la norma es su efectividad. Las meras declaraciones políticas, aunque revista formalmente el rango constitucional, no pueden considerarse auténticos DDHH, en tanto que no participan de la debida dimensión jurídica, ni siquiera auténtico Derecho. Por tanto, cualquier norma del ámbito estatal como internacional susceptible de devenir efectiva, es decir, efectiva en potencia, habrá de reputarse vehículo formal apto para un DDHH, con independencia de la mayor o menor importancia de su rango jerárquico.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Aguar de Luque, L. (1983). Dogmática y teoría de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español. *Revista de Derecho Político*, 18-19. <https://doi.org/10.5944/rdp.18-19.1983.8234>
- Aguar de Luque, L. (1987). El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión. *Revista de Derecho Político*, 24. <https://doi.org/10.5944/rdp.24.1987.8348>
- Agustín de Hipona, S. (2011). *Las Confesiones*. Madrid: San Pablo, 6ª ed.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático. *Derechos y Libertades*, 5. <http://hdl.handle.net/10016/1372>
- Alexy, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica? *Doxa*, 30. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.33>
- Alexy, R. (2018). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alguacil González-Aurioles, J. R. (2006). Objeto y contenido de los derechos fundamentales: presupuestos e implicaciones de una nueva diferenciación dogmática. *Teoría y Realidad Constitucional*, 18. <https://doi.org/10.5944/trc.18.2006.6729>
- Alvarado Planas, J. (2004). Fundamentación Historicista de los Derechos Humanos. En Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 61-92). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia, 1ªed.
- Aristóteles (2008). *Metafísica*. Madrid: Alianza Editorial.
- Aronson, E. (1979). *Introducción a la psicología social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bernabé, A., y Álvarez-Pedrosa, J. A. (eds.) (2004). *Historia y leyes de los hititas. Textos del Reino Medio y del Imperio Nuevo*. Madrid: Ediciones Akal.
- Bottéro, J. (2004). *Mesopotamia. La escritura, la razón y los dioses*. Madrid: Cátedra.
- Cindoncha Martín, A. (2009). Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 179-188. <https://doi.org/10.5944/trc.23.2009.6843>

- Cohn, H. H. (1996). *Los derechos humanos en la Biblia y en el Talmud*. Barcelona: Riopiedras Ediciones.
- Díaz Martínez, M., Morenilla Allard, P., Gimeno Sendra, V., y Torres del Moral, A. (2018). *Los Derechos Fundamentales y su Protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer S.L.
- Diez de Velasco, M. (2014). *Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Doggett, D. (2005). *Mitología: Mitos, Leyendas y fantasías*. Barcelona: RBA Libros, S.A.
- Dupret, B. (2015). *La sharía. Orígenes, desarrollo y usos contemporáneos*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.
- Ecalona Martínez, G. (2004). La naturaleza de los Derechos Humanos. En Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 127-158). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia.
- Escudero, J. A. (2012). *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político Administrativas*. Madrid: Solana e Hijos.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Fioravanti, M. (2015). Derechos y orden constitucional en la época del Derecho público estatal: los tres modelos del siglo XX europeo. En F. J. Ansuátegui Roig, R. de Asís Roig, E. Fernández García, C. R. Fernández Liesa, y G. Peces-Barba (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo IV Siglo XX, Volumen I Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX* (Libro I., pp. 214-249). Madrid: Dykinson, S.L. & Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos, & Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Forsthoff, E. (2015). *Estado de Derecho en mutación. Trabajos Constitucionales 1954-1973*. Madrid: Tecnos.
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Foucault, M. (2019). *Microfísica del poder*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- Garrido Gómez, M. I. (2001). Aspectos e implicaciones de una interpretación integral-material de los derechos fundamentales. *Derechos y Libertades*, 10. <http://hdl.handle.net/10016/1407>
- Gómez Sánchez, Y. (2011). *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Sanz y Torres S.L.
- Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Madrid: Editorial Reus.
- Guariglia, O. (2006). La defensa de los derechos humanos económicos y sociales y los límites de la intervención judicial. *Doxa*, 29. <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.06>
- Hart, H. L. A. (1968). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hierro, L. (2007). Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. *Doxa*, 30. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.34>
- Hjelmgaard, K. (2020, 4 de noviembre). Fact check: President Donald Trump vs. the World Health Organization. <https://eu.usatoday.com/story/news/factcheck/2020/04/11/coronavirus-fact-check-donald-trump-vs-world-health-organization/5128799002/> (consultado el 31 de agosto de 2021).
- Hourami, A. (2017). *La Historia de los árabes*. Barcelona: Maxi.
- Hunt, L. (2009). *La invención de los Derechos Humanos*. Barcelona: Tusquets Editores S.A.
- Jefferson, T. (2014). *Escritos Políticos. Declaración de Independencia, Autobiografía, Epistolario...* Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (1978). *La metafísica del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kant, I. (2016). *Crítica de la razón práctica*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (1958). El concepto de orden jurídico. *Logique et Analyse*, 3-4, 150-167.
- Kelsen, H. (2002). *Teoría General del Estado*. Granada: Editorial Comares.
- Kelsen, H. (2008). *¿Qué es la Justicia?* Ariel: L'Hospitalet de Llobregat.
- Kelsen, H. (2013). *Principios de Derecho Internacional Público*. Granada: Editorial Comares. <https://doi.org/10.5102/rdi.v10i4.2446>
- Ki-Zerbo, J. (2011). *Historia del África Negra. De los orígenes a las independencias*. Barcelona: Ediciones Bellaterra S.L.
- Kriele, M. (1980). *Introducción a la Teoría del Estado Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1ª ed.

- Lara Peinado, F. (Trad. Ed.) (2012). *Código de Hammurabi*. Madrid: Tecnos.
- Lara Peinado, F., y Lara González, F. (Trads. Ed.) (2009). *Los primeros códigos de la humanidad*. Madrid: Tecnos.
- Larenz, K. (2010). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México: Herder.
- Maqueda Abreu, C. (2004). Los DDHH en los orígenes del Estado constitucional. En Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia, 1ªed.
- Maritain, J. (1962). *Filosofía Moral (Examen histórico-crítico de los grandes sistemas)*. Madrid: Ediciones Morata.
- Martínez de Pisón, J. M. (1994). La crítica neoliberal al Estado social. Un resumen y una valoración. *Doxa*, 15-16. <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.11>
- Marx, K. (2014). *Textos de filosofía, política y economía. Manuscritos de París, Manifiesto del Partido Comunista, Crítica del Programa de Gotha*. Madrid: Gredos.
- Montesquieu, Ch. L. (2002). *El Espíritu de las leyes*. Madrid: ISMO.
- Muñoz de Baena, J. L. (2004). Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. En Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 93-126). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia, 1ªed.
- Nakasone, S. y Schake, K. (2020, 21 de septiembre). What the U.N. is good for... or could be. <https://foreignpolicy.com/2020/09/21/what-the-u-n-is-good-for-or-could-be/> (consultado el 31 de agosto de 2021).
- Ortega y Gasset, J. (2014). *Las Meditaciones del Quijote, ¿Qué es la filosofía? y La Rebelión de las Masas*. Madrid: Editorial Gredos, Vol. I.
- Pastor Ridruejo, J. A. (2014). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Peces Barba Martínez, G. (2015). Ética, política, sociedad y derecho en la sociedad del S. XX. En F. J. Ansuátegui Roig, R. de Asís Roig, E. Fernández García, C. R. Fernández Liesa, y G. Peces-Barba (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo IV Siglo XX, Volumen I Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX* (Libro I., pp. 214-249). Madrid: Dykinson, S.L. & Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en

- derechos humanos, & Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez Luño, A. E. (1987). Concepto y concepción de los derechos humanos. *Doxa*, 4, 59-62.
- Pérez Marcos, R. M. (2004). Los DDHH hasta la Edad Moderna. En Y. Gómez Sánchez (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 29-60). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia, 1ªed.
- Pibernat Doménech, X. (1987). La sentencia constitucional como fuente de derecho. *Revista de Derecho Político*, 24. <https://doi.org/10.5944/rdp.24.1987.8350>
- Platón (1999). *Las Leyes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pulido, A. (2015). Economía en el siglo XX. En F. J. Ansuátegui Roig, R. de Asís Roig, E. Fernández García, C. R. Fernández Liesa, y G. Peces-Barba (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo IV Siglo XX, Volumen I Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX* (Libro I, pp. 233-266). Madrid: Dykinson, S.L. & Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos, & Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Rascón García, C. y García González, J. M. (2011). *Ley de las XII Tablas*. Madrid: Tecnos.
- Rawls, J. (2018). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rey Pérez, J. L. (2007). La naturaleza de los derechos sociales. *Derechos y Libertades*, 16. <http://hdl.handle.net/10016/7133>
- Rivas Alba, J. M. (2015). *Prehistoria del Derecho. Sobre una «genética» de los sistemas jurídicos y políticos desde el Paleolítico*. Madrid: Almuzara Ediciones S.L.
- Rodríguez Uribe, J. M. (2015). Los Derechos Fundamentales según Gregorio Peces-Barba. En F. J. Ansuátegui Roig, R. de Asís Roig, E. Fernández García, C. R. Fernández Liesa, y G. Peces-Barba (dir.). *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo IV Siglo XX, Volumen I Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX* (Libro I, pp. 1-49). Madrid: Dykinson, S.L. & Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos, & Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

- Rodríguez-Toubes Muñiz, J. (2015). Teorías sobre el concepto y el fundamento de los derechos en el siglo XX. En F. J. Ansuátegui Roig, R. de Asís Roig, E. Fernández García, C. R. Fernández Liesa, y G. Peces-Barba (dir.). *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo IV Siglo XX, Volumen I Cultura, Sociedad y Política en el siglo XX* (Libro I, pp. 453-455 y 469). Madrid: Dykinson, S.L. & Fundación Gregorio Peces-Barba para el estudio y cooperación en derechos humanos, & Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Samuels, B. (2020, 7 de julio). Trump administration moves to formally withdraw US from WHO. En <https://thehill.com/homenews/administration/506214-trump-administration-formally-withdraws-us-from-who-> (consultado el 31 de agosto de 2021).
- Sánchez Ferriz, R. (2004). Generaciones de Derechos y Evolución del Estado (La evolución histórico-ideológica de las Declaraciones de Derechos: Algún apunte discrepante sobre la teoría de las diversas “Generaciones de Derechos”. En Y. Gómez Sánchez (coord.). *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 207-230). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos México & Universidad Nacional a Distancia, 1ª ed.
- Serrano Tur, L. (2014). *Agua Dulces y Derecho Internacional: El agua como bien común y como Derecho Humano desde la perspectiva del desarrollo sostenible*. Barcelona: Huygens Editorial.
- Strauss, L. y Cropsey, J. (coord.) (2017). *Historia de la Filosofía Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tomás de Aquino, S. (2017). *Suma de Teología I. Parte I*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- Truyol y Serra, A. (1978). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado I. De los orígenes a la baja Edad Media*. Madrid: Alianza Universidad.
- Zagrebel'sky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

#### Notas

- 1 Pese a no mencionarlo expresamente el comunicado oficial de retirada de la OMS por parte de EE.UU. del 6 de julio de 2021, el entonces presidente Trump fundamentó esta decisión en una supuesta conspiración del organismo en favor de las autoridades chinas, lo que habría facilitado la llegada del COVID-19 a su país, apelando asimismo a la inutilidad y falta de rigor científico de un organismo que costaba demasiado dinero al contribuyente norteamericano para lo que le devolvía (Samuels, 2020, Hjelmgard, 2020). Por cierto que estas críticas respecto a

- su inutilidad y coste no fue la OMS el único integrante del organigrama de la ONU en recibirlas por parte del exmandatario (Nakasone y Schake, 2020).
- 2 Concepto empleado por la psicología social, referido a la incomodidad generada en el fuero interno del individuo cuando se da cuenta de que existe una contradicción entre sus pensamientos o sus valores respecto a sus conductas (Aronson, 1979, pp.113-115).
  - 3 Por supuesto, los países empobrecidos tampoco pudieron implementar ciertas medidas dada su falta de recursos.
  - 4 Se emplea aquí este término en el sentido tomista y aristotélico, según la teoría del acto (lo que es la cosa) y su potencia (en lo que puede devenir o transformarse) (Aristóteles, 2008, pp. 271-273 [Libro IX, 1046.a]; de Aquino, 2017, pp. 701-710).
  - 5 Las raíces del Derecho Natural nos llevan hasta Sócrates y Platón en occidente y en términos generales a hasta cualquier civilización, por remota que sea cuyos principios jurídico-políticos se legitimen en el cumplimiento de la voluntad o la moral divina (Truyol y Serra, 1978, pp. 17 y ss.; Escudero, 2012, pp. 86-89; Ki-Zerbo, 2011, pp. 26-30; Bottéro, 2004, pp. 187-220; Lara Peinado y Lara González, 2009, pp. XV-XL y 5 y ss.; Lara Peinado, 2012, pp. XVI y ss., y 7-52; Rascón García y García González, 2011; Bernabé y Álvarez-Pedrosa, 2004, p. 15 y ss.; Doggett, 2005, pp. 10- 16; Rivas Alba, 2015, pp. 86-92). Posteriormente, a las puertas del mundo contemporáneo, Kant (1978 y 2016) intentará hacer surgir al Derecho Moral a partir de la razón, pero enfatizando el rol de la lógica formal en este proceso. La influencia y evoluciones de esta rama de la filosofía del Derecho se mantiene hasta nuestros días, con aportaciones como las de Finis (Rodríguez-Toubes Muñoz, 2015, pp. 453-455 y 469; Muñoz de Baena, 2004, pp. 61 y ss.; Larenz, 2010, pp. 189, 235 y 479; de Hipona, 2011, pp. 343-347; Alvarado Planas, 2004, pp. 67-78; Strauss y Cropsey, 2017, pp. 123 y ss., 158 y ss., 286 y ss. 549 y ss., 639-646, y 737-798). Es interesante señalar el parecer de Hugo Grocio (1925, pp. 52-54), cuando define el D° Natural como producto de la recta razón siendo este “tan inmutable que ni aún Dios lo puede cambiar”, por lo tanto su existencia se independiza así de Dios y se distingue del D° divino, que emana de la directa voluntad de Dios, como ocurre con la Ley Talmúdica, pudiendo incluso entrar en conflicto con el D° Natural. Este planteamiento es pionero y antecedente nítido de la posterior concepción del iusnaturalismo humanista de la Ilustración (Zagrebelsky, 2011, pp. 54 y ss.).
  - 6 Nos dice Kelsen (2008, p. 59): “el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo”.
  - 7 En este trabajo haremos un uso indistinto de los términos “filosofía”, “política” e “ideología”, para referirnos a esta esfera extra o supra jurídica en que parte de la doctrina sitúa a los DDHH. A menudo de manera emplearemos los citados términos en diferentes combinaciones para enfatizar dicho concepto.
  - 8 Rodríguez Uribes, 2015, pp. 1-49; Peces Barba Martínez, 2015, pp. 214-249.
  - 9 Muñoz de Baena, 2004, pp. 61 y ss.; Larenz, 2010, pp. 57-58, 85 y ss., y 233 y ss.; Maritain, 1962, pp. 343-457; Zagrebelsky, 2011, p. 33. Kelsen: “el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo” (2008, pp. 45-112, 183-194 y p. 59).
  - 10 Entendiendo la mediación social como fin primordial del Derecho, antes incluso que la justicia o como su complemento funcional esencial se expresan John Rawls (2018, pp. 5-7) y Luigi Ferrajoli (2018, pp. 880-895).
  - 11 Bien lo expresa el art. 3.1 de nuestro Código Civil.
  - 12 De hecho, precisamente las resoluciones de los órganos internacionales revelan la tensión cuando deben asumir diversas concepciones éticas susceptibles de emplearse en la interpretación de los DDHH, pero opuestas en sí. Basta con ver las tensiones generadas en torno a al matrimonio homosexual o igualitario en el TEDH, desde el silencio más diplomático que jurisdiccional del *c. Chapin y Charpentier v. Francia*, de 9 de junio de 2016, respecto a la imposición en virtud del art. 8 CEDH de alguna forma de regulación administrativa a la Federación Rusa en el *c. Fedotova y otros v. Rusia*, de 13 de julio.
  - 13 Puede aplicarse aquí la descripción de la problemática y método de la nueva justicia constitucional como ponderación de valores y principios que traza Gustavo Zagrebelsky (2011, pp. 122-130 y 140-144).

- 14 A modo de aclaración, aunque en EE.UU. se les denomine derechos constitucionales o, en la jurisprudencia más clásica, “derechos del hombre” o “derechos naturales” (*caso Estados Unidos c. La Amistad* [40 U.S. (15 Pet.) 518 (1841)] sentencia de la Corte Suprema de 9 de marzo de 1841) para nosotros responden a la misma institución desde un punto de vista material. Lo mismo cabe predicar de nuestro propios DDFD (secc. 1ª, Cap. 2º, Título I CE).
- 15 Véase sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., *caso Roe c. Wade*, de 22 de enero de 1973, que establece el derecho a la interrupción del embarazo durante el primer trimestre, al entender que dada la poca autonomía y desarrollo de la vía embrionaria, suponía una ilegítima intromisión en la privacidad de la mujer.
- 16 Robert Alexy (2007, pp. 240-244) menciona ocho justificaciones: la religiosa, la biológica, la intuitiva, la consensual, la instrumental, la histórica-cultural, la explicativa y la existencial; y establece, aproximándose a Habermas y la filosofía del lenguaje, una concepción de la metafísica que, en términos simplificados, podemos identificar con la ética y la moral, como fundamentación de los DDHH (pp. 245-248). Esto también permite apreciar ciertas similitudes entre su tesis y la teoría dual (Alguacil González-Auriolo, 2006, p. 307). Cfr. Cindoncha Martín, 2009, p. 179-188; Díaz Martínez, Morenilla Allard, Gimeno Sendra, y Torres del Moral, 2018, pp. 217-218.
- 17 Ecalona Martínez (2004, p. 157), contrapone los DDHH a los DDFD, entendiendo por los últimos los derechos positivizados y por los primeros “aquellos derechos que se propugnan”, por lo que para él los DDHH operan netamente en el plano político-filosófico, no en el jurídico. Son motivación y causa de la actividad legislativa, no su producto. Por supuesto, nosotros no compartimos esta concepción, si bien nos parece ilustrativa del planteamiento descrito.
- 18 Título III arts. 19 a 135, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia (2009).
- 19 De hecho, si alguien opta por esta postura, implícitamente aboga por una naturaleza jurídica de los DDHH, sea absoluta o mixta.
- 20 Porque “la idea de un nuevo derecho no es todavía derecho, [...] porque] el derecho se compone de muchas más cosas que una idea” escribe José Ortega y Gasset (2014, p. 428).
- 21 Dupret, 2015, p. 18.
- 22 Cuanto más idealista, cuanto más perfecto, sea la idea de justicia, más inefable y, en consecuencia, más fácil resulta sustentar esta creencia.
- 23 Luhmann, 2005, pp. 223 y ss. y 275 y ss.; Rawls, 2018, pp. 29-61.
- 24 Principalmente, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), la Declaración de Independencia (1776), véase Jefferson (2014, pp. 20 y ss.) y la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* (1789). Hunt, 2009, pp. 221 y ss.
- 25 Nótese que hablamos de DDHH como realidad jurídica no filosófica (Hunt, 2009, pp. 115 y ss.).
- 26 Pérez Marcos, 2004, pp. 29-60; Alvarado Planas, 2004, pp. 61-91; Maqueda Abreu, 2004, pp. 159 y ss.; Sánchez Ferriz, 2004, pp. 207 y ss.; Gómez Sánchez, 2011, pp. 50-54; Cohn, 1996, pp. 5-10.
- 27 Junto a algunos de los ejemplos remotos ya citados, Bottéro, 2004, pp. 187-220; Lara Peinado y Lara González, 2009, pp. XV-XL y 5 y ss.; Lara Peinado, 2012, pp. XVI y ss., y 7-52; monarcas medievales, modernos y contemporáneos, además de otros regímenes políticos han buscado su legitimidad en Dios; posteriormente surge la legitimidad en clave de utilidad.
- 28 Hunt, 2009, pp. 71 y ss.; Rodríguez Uribe, 2015, pp. 1-49 y Peces Barba Martínez, 2015, pp. 214-249.
- 29 Matizamos que la integración de las reivindicaciones obreras en los DDHH es un mérito de Berstein y su socialismo reformista de corte democrático, Marx nunca confió en los “derechos” como institución que redimiría a los obreros de su opresión en tanto que, según sus tesis, el derecho propugnado en este Estado siempre se identifican, en mayor o menor medida, con los intereses de quienes rigen el sistema político, es decir, la burguesía, siendo como mucho una concesión de esta, véase Marx, 2014, pp. 5-18, 173-311 y 392 y ss.
- 30 Serrano Tur, 2014, pp. 164-177. La Constitución de Bolivia (art. 20) califica no sólo el acceso al agua, sino acceso al alcantarillado como DDHH.
- 31 Alexy, 2000; Fioravanti, 2015, pp. 543 y ss.

- 32 Böckenförde aboga por “la conveniencia de diferencia entre ámbito material y vital del derecho (*Sach-und Lebensbereich*), contenido de garantía (*Gewährnästunungsgehalt*) e intervención (*Eingriff*) en derecho” en Alguacil González-Aurioles, 2006, p. 307.
- 33 Rey Pérez, 2007; Martínez de Pisón, 1994; Pulido, 2015, pp. 250-256; Forsthoff, 2015; Guariglia, 2006; Hierro, 2007.
- 34 Aunque se vean vulnerados en la vida cotidiana de muchas personas o grupos.
- 35 No pretendemos negar la importancia sustancial de los DDHH de naturaleza procesal, más bien, nos referimos a vulneración de aspectos procesales o procedimentales –en vía administrativa– de cuya infracción no se lesionaría necesariamente la teleología del derecho a un proceso justo, con las debidas garantías procesales, sin perjuicio, claro está de que se infligieran perjuicios de índole menor.
- 36 Cfr. Kelsen, 2002, pp. 77-79 y 91-99.
- 37 A Alexy le debemos también la distinción entre regla y principio, entendiendo por la primera aquella norma que sólo puede cumplirse o incumplirse, mientras que los principios, por definición, son modulables. Cfr. Alexy, 2018, pp. 61-67; Pérez Luño, 1987, pp. 59-62; Alguacil González-Aurioles, 2006.
- 38 Véase nota al pie nº 32.
- 39 “Según este enfoque [más restringido], no existe verdadero derecho mientras exista el principio de auto-ayuda. El establecimiento de un sistema relativamente centralizado de seguridad colectiva se presupone como requisito previo del derecho. [... Según la tesis alternativa] un orden social es considerado como derecho aun cuando sólo establezca un monopolio descentralizado de la fuerza de la comunidad constituida por el orden, es decir, aunque todavía prevalezca el principio de la auto-ayuda” (Kelsen, 2013, p. 8-9). El concepto de auto-ayuda que emplea Kelsen hace referencia al supuesto en que los enunciados normativos permiten a los sujetos integrantes de una comunidad, sea de personas o naciones, la realización de su propio derecho, al amparo de determinadas circunstancias. También permite a terceros auxiliar al sujeto amparado por la norma. En estos supuestos, los sujetos, tanto el que realiza su propio derecho como quienes le auxilian, operan, al parecer del jurista austriaco, como una especie de agentes informales de la autoridad normativa.
- 40 La UE plantea aquí una incógnita o más bien una excepción en tanto que gracias a su relativa autonomía presupuestaria, la Comisión puede imponer sanciones efectivas a los Estados a costa del presupuesto sin colaboración de los Estados.
- 41 Kelsen, 2013, p. 3. Sobre falta de distinción entre sanción civil y penal.
- 42 Por descontado, quedarían fuera de las sanciones internacionales legítimas conductas bélicas que constituyeran crímenes de guerra o de agresión (arts. 8 y 8 bis. Estatuto CPI), cualquier delito o ilícito internacional. Véase, Kelsen, 2013, p. 18 y ss.; Pastor Ridruejo, 2014, pp. 644 y ss., 665 y ss., 725-729; Diez de Velasco, 2014, pp. 212-215, y 2018, pp. 1097 y ss.
- 43 Básicamente si como en el reciente conflicto entre Ucrania y Rusia el país atacado carece de medios bélicos para repeler a su atacante.
- 44 Aunque es indiscutible que a menudo los Estados protestan cuando se les declara incumplidores de algún estándar internacional, aunque no sea obligatorio y que suele tratar de que se retire dicha calificación diplomáticamente y/o revirtiendo su situación de incumplimiento.
- 45 Inagotable fuente de populismo que asegura que se incumple y del subsiguiente escepticismo social hacia la norma suprema.
- 46 Dictamen de la CIJ de 11 de abril de 1949, caso Bernadotte. Diez de Velasco, 2014; Pastor Ridruejo, 2014, pp. 565 y ss.
- 47 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo 1986; cfr. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.
- 48 Aprobado por la CDI en su 48.º período de sesiones celebrado en 1996 [véase el texto con comentarios en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1006, vol. II, Segunda parte, pp. 17-61]
- 49 Similar importancia ha tenido en la consolidación de normas consuetudinarias el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por los hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la CDI en su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001 [véase el texto con comentarios en Documentos oficiales de la Asamblea General, 56.º período de sesiones,

- Suplemento n.º10 (A/56/10), pp.10-405)], cuyos parámetros ha consolidado la CIJ junto a otros foros internacionales.
- 50 Diez de Velasco, 2018, pp. 183 y ss. 189-193. 247 y ss.; Pastor Ridruejo, 2014, pp. 165 y ss., 156-158 y 136-141.
- 51 Como nos muestra el art. 10.2 CE, en lo relativo a la integración de la Declaración Universal de DDHH, la recepción formal de normas y resoluciones –de la Asamblea General de las N.U. en este caso- no imperativas puede realizarse no como norma material, sino como norma de interpretación del propio de Derecho.
- 52 Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990)
- 53 Véase supra el apartado III. Derechos Humanos: Características y relación con terceros.
- 54 “No sin razón, diversos autores utilizan la expresión derechos fundamentales como sinónimo de *derechos humanos*” (Gómez Sánchez, 2011, p. 146. Gaspar Escalona Martínez admite el solapamiento conceptual de ambas categorías, sin embargo, mantiene que los DDDFF tiene “un ámbito significativo más preciso y restringido” que los DDHH, apostillando que “los derechos ya reconocidos son los *derechos fundamentales*, y aquellos derechos que se propugnan son *derechos humanos*” (2004, pp. 154-157). Nosotros, no compartimos este planteamiento, al entender que si bien, los DDHH no pueden perder tal condición ni su nomenclatura al ser reconocidos, pues entonces ¿qué contiene el CEDH? La nomenclatura no es, a nuestro parecer, tan sustancial, como la ubicación de esta en un marco jurídico Estatal o supraestatal, así como las garantías desplegadas sobre la misma. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que la expresión DDHH goce de ese uso político-desiderativo para reivindicaciones sociales aún no positivizadas ni siquiera en el *soft law* internacional. Ahora bien, a nuestro entender en ese estado embrionario, no estamos en puridad ante un derecho humano, como indicamos supra, pues carece de una mínima naturaleza jurídica. Se trata de una pretensión ideológica.
- 55 Peces-Barba, 2015, pp. 49 y ss.; Sánchez Ferriz, 2004, pp. 213-220; Gómez Sánchez, 2011, pp. 231-280 y 574-577; Díaz Martínez, Morenilla Allard, Gimeno Sendra y Torres del Moral, 2018, pp. 323-353.
- 56 En nuestro caso, se me ocurre, verbigracia, el art. 26 CE, en la medida en que la abolición de los Tribunales de Honor emana de nuestra trayectoria histórica, pero en todo caso tribunales como aquellos serían del todo incompatibles con el Dº Humano a un juicio con las debidas garantías o *due process*. Es, pues, redundante con el art. 24 CE
- 57 Verbigracia, la participación política es objetivamente razonable circunscribirla a los propios nacionales y/o a extranjeros en situación regular cuyo país conceda la misma posibilidad a tus ciudadanos.
- 58 Si entendemos el matrimonio entre personas del mismo sexo o la igualdad de derechos de los hijos con independencia de su filiación, en España estas reglas se han desarrollado por el código civil, luego una norma con rango de ley ordinaria, véanse Ley 11//1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- 59 De nuevo excluyendo a la UE y, en buena medida a la Organización Mundial de Comercio, los foros jurisdiccionales y arbitrales de las OO.II. carecen de vías sin la cooperación Estatal directa o través de órganos de la OO.II. participados por los Estados (como el Consejo de Seguridad) para asegurar el cumplimiento ex sanción de sus propias resoluciones. No existe un procedimiento automatizado, sino político para sancionar. De hecho, incluso la Carta de las N.U. y el estatuto de la CIJ fija la buena fe como principio para el cumplimiento de sus resoluciones. Esta flaqueza imperativa hace que se haya cuestionado su rol jurisdiccional en términos análogos a los Altos Tribunales de cada Estado. Sin embargo, no es menos cierto que sus sentencias se ubican en un plano análogo al *soft law* y, además, clarifican a menudo el contenido de normas convencionales y consuetudinarias, así como la relación entre estas (véase SCIJ caso Nicaragua c. EE.UU.), de ahí que para preservar nuestra coherencia nosotros si las consideramos derecho en potencia.
- 60 Pibernat Doménech, 1987; Garrido Gómez, 2001; Díaz Martínez, Morenilla Allard, Gimeno Sendra y Torres del Moral, 2018, pp. 828-834; Aguiar De Luque, 1983 y 1987.

- 61 Verbigracia la STC 260/2007, de 20 de diciembre, veda al Legislador ordinario la privación a los extranjeros de ciertos DDFD recogidos en la constitución salvo modificación de la misma, además, en este caso el procedimiento agravado del art. 168 CE.