

## Dos propuestas para discutir sobre los derechos subjetivos

Juan Samuel Santos Castro<sup>1</sup>

Recibido: 5-7-2021 / Aceptado: 23-11- 2021 / Publicado: 30-7-2022

**Resumen.** Es corriente invocar el lenguaje de los derechos para demandar justicia. Sin embargo, el uso irreflexivo de este lenguaje puede ser perjudicial. En este trabajo, presento dos argumentos en favor de una más atenta reflexión sobre el concepto de derecho subjetivo. Primero, uso la distinción entre el concepto y la concepción de una noción normativa para precisar cuál es la clase de investigación que la reflexión sobre el concepto de derecho implica y los problemas que trae ignorarla para las prácticas de reivindicación de justicia. Segundo, propongo que el que un individuo o colectivo tenga derecho a la satisfacción de un contenido dado significa que existen razones suficientes, pero no absolutas, para que alguien esté obligado a actuar de forma que contribuya razonablemente y de una manera especificada a la satisfacción de tal contenido. Esta propuesta del concepto de derecho subjetivo es “independiente”, en tanto permite la discusión de diferentes concepciones de derechos en una sociedad democrática. Además, articula la idea de que conceder un derecho implica siempre considerar la manera en que se distribuyen las cargas y responsabilidades al interior de una sociedad, así como la forma en que sus instituciones deben funcionar en conjunto.

**Palabras clave:** Concepción; concepto; derechos subjetivos; John Rawls; justicia.

### [en] Two Proposals to Argue about Rights

**Abstract.** It is common to invoke the language of rights to demand justice. However, resorting unreflexively to this language does not do good. In this article, I advance two arguments in favor of a more careful consideration of the notion of subjective rights. First, I rely on the distinction between the concept and the conception of a normative notion to specify the sort of investigation needed on the concept of rights and to point out the problems that overlooking it brings for practices of justice vindication. Second, I hold that to say that an individual or a collective has a right means that there are sufficient, albeit not absolute, reasons for someone to be charged to act in a way to contribute to the satisfaction of that right in a reasonable and defined way. This proposal of the concept of right is “independent” insofar as it allows the discussion of alternative conceptions of rights within a democratic society. It also articulates the idea that granting a right always involves considering the way in which duties and responsibilities are allocated within society and how its main institutions should work together.

**Keywords:** conception; concept; rights; John Rawls; justice.

**Cómo citar:** Santos Castro, J. S. (2022). Dos propuestas para discutir sobre los derechos subjetivos. *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*, 11(2), 335-345. <https://dx.doi.org/10.5209/ltld.77039>

El lenguaje de los derechos constituye una de las formas más corrientes en que individuos o grupos sociales que se perciben como víctimas de injusticias expresan sus reclamos. Tales quejas suelen manifestarse como denuncias de fallas en el reconocimiento, violaciones o desigualdades en la concesión o protección de determinados derechos. Probablemente, debido a las experiencias relativamente exitosas que dejaron las llamadas “revoluciones de los derechos” de los años 60 y 70 del siglo pasado, el lenguaje de los derechos se ha convertido en un elemento imprescindible del repertorio de muchos movimientos sociales alrededor del mundo (Epp, 1998; Skrentny, 2002; Tarrow, 1994; Traugott, 1995). Sin embargo, ni en el debate social ni en el académico sobre cuestiones de justicia es usual definir qué significa exigir y conceder algo como un derecho. Más usual es que se dispute sobre el contenido específico de determinados derechos. Esta situación constituye un problema, pues normalmente, mediante la exigencia de aquello que demandan como un derecho, quienes claman por justicia desean expresar algo peculiar, pero adicional a su mera necesidad de algún bien o de alguna clase de protección. Aunque tener un derecho significa, en general, que una persona le debe una prestación importante a otra, las intuiciones morales que con frecuencia se intentan transmitir mediante el reclamo de derechos son más específicas, pero también inconsistentes.

<sup>1</sup> Facultad de filosofía, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

E-mail: [juan.santos@javeriana.edu.co](mailto:juan.santos@javeriana.edu.co)

ORCID: 0000-0002-3870-2994

*Las Torres de Lucca*. 11 (2), 2022: 335-345

Lo anterior sugiere la necesidad de indagar qué significa afirmar que ciertos beneficios o protecciones constituyen derechos, antes de discutir cuáles deberían ser tales beneficios o protecciones. En otras palabras, debemos preguntarnos qué queremos decir y qué hacemos cuando usamos la noción de derecho subjetivo. Si consideramos estas preguntas, es posible que podamos tomar mejores decisiones acerca de cuáles reclamos de justicia deberían exigirse y concederse como derechos, en contraste con aquellos que deberían expresarse y establecerse mediante otros conceptos morales o defenderse mediante otras estrategias normativas.

En este trabajo, desarrollaré dos argumentos en favor de una reflexión cuidadosa del concepto de los derechos subjetivos. En el primero, recojo la distinción de Rawls entre concepto y concepción de una noción normativa con el fin de precisar cuál es la clase de investigación que la reflexión sobre el concepto de derecho subjetivo implica. Mostraré que recurrir a esta distinción permite evitar dos confusiones muy comunes en la reivindicación de derechos. Segundo, propondré un concepto de derecho subjetivo que, a mi juicio, permite una discusión más clara de las concepciones alternativas de derechos en una sociedad democrática. En la última sección, indicaré las consideraciones que se siguen de mis propuestas para las estrategias de reivindicación de justicia mediante el lenguaje de los derechos.

## El problema

Es normal que las demandas por justicia se expresen en términos de violaciones de derechos.<sup>2</sup> Pero, a pesar de ello, el lenguaje de los derechos no es ni la única, ni la más obvia de las alternativas para describir o llamar la atención sobre una injusticia. Intuitivamente, el contenido de una demanda por justicia debería determinar su forma de expresión, de modo que, si la injusticia es profunda, afecta a un gran número de personas y solo puede ser resuelta mediante reformas estructurales, la reivindicación de justicia debería dirigirse al cambio de las normas sociales o de la comprensión de los ideales y estándares que constituyen o regulan la práctica en cuestión. En tales casos, la exigencia de derechos puede llegar a ser una demanda accesoria o que se sigue de reformas más importantes y profundas. Así pues, al lado de las demandas por más derechos, o por la concesión de derechos a individuos o entidades que aún no los tienen, también tiene pleno sentido expresar los reclamos por justicia como exhortaciones a lo que el Estado u otros agentes deben o no hacer para el logro de bienes comunes, o la satisfacción de ciertas necesidades colectivas (obligaciones), o como reclamos a que el Estado u otros agentes desempeñen las funciones por las que existen (fines).

Parte de la explicación de la preferencia por el lenguaje de los derechos consiste en que, normalmente, las víctimas de injusticias tales como la exclusión política, la desigualdad económica, la discriminación, o la falta de satisfacción de necesidades básicas carecen de los recursos y de la capacidad de organización suficientes para promover reivindicaciones transversales ante el legislativo o motivar cambios constitucionales, que apunten a las causas profundas de sus preocupaciones. Más aún, en muchos casos, no existen mecanismos legales que garanticen que, si se dan tales movimientos, sus demandas serán escuchadas por quienes están en posición de modificar las causas de la injusticia. En tales condiciones, los afectados no tienen alternativa diferente a hacer sus reclamos individualmente, ante los órganos judiciales locales y necesariamente expresadas en el lenguaje de los derechos disponible en el sistema jurídico vigente.<sup>3</sup>

En otros casos, la preferencia por el lenguaje de los derechos es estratégica. Algunos movimientos sociales consideran que la mejor forma de generar un cambio legislativo, que a la larga conduzca a cambios sociales y políticos de largo alcance, es a través de tribunales como las altas Cortes domésticas o los Tribunales internacionales.<sup>4</sup> En este contexto, el lenguaje de los derechos permite revestir al reclamo con la legitimidad y la particular importancia asociada a los derechos legales en los sistemas jurídicos de tradición liberal, y en especial, permite invocar valores como la dignidad humana, la igualdad o la libertad, o apelar directamente a la carta de derechos contenida en tratados internacionales. Quienes invocan derechos de esta manera ganan un

<sup>2</sup> En la literatura jurídica es usual distinguir entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas que componen un determinado sistema jurídico. Derecho subjetivo es el término genérico que denota cualquier clase de prerrogativa, protección o beneficio en cabeza de un individuo o agente específico y que le es debida de acuerdo con alguna clase de norma. Cuando en este texto hablo de derecho o derechos me refiero a los derechos subjetivos, salvo que indique expresamente algo diferente.

<sup>3</sup> En algunos casos, el reconocimiento de derechos puede ser contraproducente, aunque esto puede deberse a factores contingentes a la causa que impulsa las demandas por derechos. Honneth (2014, p. 308) señala que “de forma voluntaria o involuntaria” la proliferación de los derechos sociales en favor de la clase trabajadora que se dio en Europa y Norteamérica a lo largo del siglo xx obstaculizó “el intento de determinar cooperativamente las condiciones de intercambio de la mercancía fuerza de trabajo” que se venía gestando con el auge de los sindicatos y asociaciones de obreros a finales del siglo xix y comienzos del xx.

<sup>4</sup> Skrentny (2002) resalta que las concesiones de derechos civiles que se dieron en los años 60 y 70 en Estados Unidos se explican parcialmente en que las demandas que expresaban fueron comprendidas como cuestiones de seguridad nacional por demócratas y republicanos. Así, más que debido a un intrínseco reconocimiento de las exigencias morales de grupos históricamente discriminados, las élites políticas americanas entendieron que el reconocimiento de los derechos civiles era una buena estrategia para contrarrestar la propaganda socialista impulsada por la Unión Soviética. Para algunas miradas sobre el fenómeno de la reivindicación de justicia a través del litigio estratégico, ver Burke (2002), Cabrillo y Fitzpatrick (2008), Viscusi (2002). Para una lectura del movimiento de los derechos civiles en Estados Unidos como un ejemplo de victoria de la justicia a través del litigio, ver Epp (1998).

cierto margen de maniobra para elaborar su argumento, al no tener que limitarse siempre a las minucias de la ley nacional, y aseguran así una discusión pública y de sofisticado nivel teórico sobre sus demandas de justicia. De esta forma, por ejemplo, el interés por participar e influir en las decisiones políticas que afectan a grupos sociales históricamente discriminados es exigido invocando el derecho a la igualdad de algún individuo. La capacidad legal de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio o para adoptar se demanda en virtud del derecho a la autodeterminación de alguna pareja en particular. La necesidad de grupos indígenas o ancestrales de controlar el uso del suelo en el que viven y sus tradiciones culturales se reivindica mediante la exigencia de derechos colectivos de un grupo concreto. La protección al bienestar de ciertos animales se exige invocando el derecho a la vida o libertad de un solo animal o de un ecosistema particular. En estos casos, problemas transversales, que afectan a un gran número de individuos o grupos, y cuya solución requiere de la intervención de diferentes entidades del sector público y privado, se discuten como si se tratara de violaciones de derechos individuales que afectan a unos pocos.

Otro factor que motiva el recurso a expresar las demandas de justicia como demandas por derechos, o por más derechos, es la existencia de sistemas jurídicos internacionales de derechos humanos. Estos sistemas proporcionan un idioma universal al cual es posible traducir la mayoría de las quejas morales serias, transmitiendo además un especial tono de agravio. La práctica del control judicial, la cada vez más aceptada doctrina del bloque de constitucionalidad y la influencia que organizaciones internacionales y supranacionales ejercen sobre el contenido de la ley doméstica generan expectativas de reivindicación que tornan más imperiosa la tendencia a describir los problemas locales como violaciones de derechos subjetivos reconocibles internacionalmente.<sup>5</sup> Así, la ausencia en la prestación de servicios públicos deja de describirse como el resultado de la ineficacia de sistemas de control político y se entiende como la violación de los derechos inalienables a la salud o a la subsistencia mínima de ciertos individuos. O la incapacidad para conseguir un puesto estable de trabajo deja de reclamarse como el efecto de malas decisiones legislativas en la regulación económica y se expresa como vulneración al derecho social y económico al pleno empleo de alguien.

Si bien las prácticas de reivindicación de derechos a que estos factores han dado lugar han aumentado la percepción de justicia (y en algunos casos, han promovido efectivamente la causa de la justicia), han producido también considerables cambios en el lenguaje moral que se usa para discutir, exigir y conceder justicia que no son siempre afortunados. Por ello, deberíamos reflexionar cuidadosamente sobre las consecuencias de que el lenguaje de los derechos se convierta en la única modalidad de reclamo legítimo. Es pertinente considerar, además de las críticas clásicas al concepto y lenguaje de los derechos expresadas por Bentham (1843/1987), Burke (1790/1987) y Marx (1844/2009), los reparos de autores contemporáneos. Glendon (1991), por ejemplo, escribe:

Our rights talk, in its absoluteness promotes unrealistic expectations, heightens social conflict, and inhibits dialogue that might lead toward consensus, accommodation, or at least the discovery of common ground. In its silence concerning responsibilities, it seems to condone acceptance of the benefits of living in a democratic social welfare state, without accepting the corresponding personal and civic obligations... In its insularity, it shuts out potentially important aids to the process of self-correcting learning. All of these traits promote mere assertion over reason-giving. (p. 14).<sup>6</sup>

En este pasaje, Glendon expresa su preocupación por los efectos perniciosos que trae para el discurso público traducir los conflictos sociales al lenguaje de los derechos. Otros autores consideran el auge de la reivindicación de derechos como un traslado de la fuente de legitimación del sistema político hacia el estamento judicial, el cual paulatinamente neutraliza el papel de la voluntad popular y, gradualmente, socava la democracia. Thornhill, por ejemplo, entiende tal traslado como un alejamiento del paradigma liberal clásico en el que el poder político reside en el pueblo y sus representantes. La consecuencia es una ganancia en autonomía de parte del sistema político que lo inmuniza frente al escrutinio democrático y desplaza su validez hacia la satisfacción de imperativos sistémicos (Thornhill, 2014). Otros autores entienden el fenómeno como una estrategia de las élites políticas y económicas para conservar su poder, pues la consagración de derechos fundamentales en una Constitución escrita les permite aislar del debate legislativo prerrogativas que se ponen en peligro en el cambiante ambiente político actual, pero de las que depende su hegemonía (Hirschl, 2004). El nuevo parlamentarismo, a su vez, critica la práctica del control judicial y el protagonismo que le da al lenguaje de los derechos porque menoscaba las bases mismas de la democracia y la posibilidad de una ciudadanía activa

<sup>5</sup> Para una explicación evolucionista de este fenómeno y del auge paralelo del “nuevo constitucionalismo” en el debate jurídico, ver Dworkin (1978) y Sajó (1990). Para una explicación funcionalista, ver Guarnieri et al. (2002) y Thornhill (2014), y para una explicación de tesis hegemónica, ver Hirschl (2004).

<sup>6</sup> Nuestro lenguaje de los derechos, en su absolutismo, promueve expectativas poco realistas, aumenta el conflicto social, e inhibe el diálogo que puede llevar al consenso, a la acomodación de intereses, o al menos, al descubrimiento de un suelo común. En su silencio acerca de las responsabilidades, tal lenguaje parece condonar la aceptación de los beneficios de vivir en un estado democrático y de bienestar social, sin aceptar las obligaciones personales y cívicas correspondientes... En su aislamiento, este lenguaje elimina potenciales e importantes ayudas al proceso de aprendizaje y autocorrección. Todas esas características [del lenguaje de los derechos] promueven la simple aserción sobre el intercambio de razones.

y responsable (Waldron, 1999, 2005). Finalmente, otros autores ven el movimiento del humanitarismo (la doctrina según la cual cualquier país puede intervenir incluso militarmente en otro, si se sospecha de violaciones flagrantes a los derechos humanos) como una tendencia peligrosa, no solo para la autodeterminación de las naciones intervenidas, sino para la autonomía política y cultural de los Estados menos poderosos de todo el mundo (Kennedy, 2004; Meister, 2011).

Diagnósticos como los anteriores justifican al menos la sospecha sobre la práctica de usar el lenguaje de los derechos para demandar justicia y sugieren la necesidad de cuestionar su solidez filosófica y su conveniencia práctica. Si omitimos hacernos estas preguntas, corremos el riesgo de perder la utilidad de la noción de derecho subjetivo para expresar reclamos de justicia con precisión y fuerza moral. Si permitimos que la noción de derecho subjetivo pierda inadvertida y gradualmente su significado específico y, con él, la intensidad del reclamo que se hace cuando se denuncia la violación de derechos particulares, perderemos una poderosa herramienta para evaluar los agravios morales, para asignar responsabilidades y para priorizar las tareas de prevención y reparación de quienes son víctimas de injusticias. No solo es conveniente, sino que es urgente indagar qué significa afirmar que ciertos beneficios o protecciones constituyen derechos, antes de discutir cuáles deberían ser tales beneficios o protecciones.

### Concepto y concepción

Con el fin de introducir mis dos propuestas para discutir sobre los derechos subjetivos, imagínese, que las reivindicaciones de justicia pueden ubicarse a lo largo de un continuo de posibles reclamos ante autoridades públicas. En un extremo, están aquellas demandas que se apoyan directamente en el texto de la Constitución o de las leyes de un determinado Estado. Normalmente, aquellos textos incluyen explícitamente los derechos demandados y, por ende, es usual que no exista controversia sobre los supuestos de hecho que dan lugar a su reconocimiento. En el extremo opuesto están las demandas que tienen una base textual débil o inexistente en la Constitución y legislación vigentes y que consisten propiamente en intentos políticos por introducir nuevas consideraciones morales al sistema jurídico. Llamemos a las demandas del primer tipo ordinarias, y a las del segundo extraordinarias. Las demandas ordinarias se apoyan en la concepción de justicia y de los derechos adoptada en el Estado respectivo, aunque, cuanto más se alejan de su extremo, menos clara pueda ser su base en las concepciones vigentes.

Las demandas extraordinarias, en cambio, apelan a un lenguaje moral que no siempre coincide con el lenguaje moral o jurídico propio de la comunidad política ante la cual se demanda y no siempre comparte los presupuestos o conclusiones de las concepciones de la justicia y de los derechos adoptadas por tal comunidad. Usualmente, aquello que se exige como derecho no es ni siquiera reconocido como una consideración moral relevante dentro del sistema jurídico. Las demandas extraordinarias de justicia, en otras palabras, son aquellas en las que los ciudadanos cuestionan más o menos radicalmente las concepciones morales y políticas recogidas en su Constitución y su legislación vigentes. Las demandas extraordinarias, y aquellas demandas que se le acercan en el continuo de las demandas de justicia, son la clase de demandas en las que se pone en riesgo la utilidad de la noción de derecho.

En *Teoría de la justicia* (1978), Rawls recurre a la distinción entre el concepto y la concepción de la justicia con el fin de aclarar el alcance de su aporte a la discusión sobre la justicia distributiva. Rawls anota:

Parece entonces natural pensar que el concepto de la justicia es distinto de las diferentes concepciones de la justicia y que está especificado por el papel que tienen en común estos diferentes conjuntos de principios y concepciones. Aquellos que sostienen diferentes concepciones de la justicia pueden entonces, no obstante, estar de acuerdo en que las instituciones son justas cuando no se hacen *distinciones arbitrarias* entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un *balance correcto* entre pretensiones competitivas respecto a las ventajas de la vida social... Considero entonces que el concepto de justicia ha de ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales. Una concepción de la justicia es una interpretación de este papel (Rawls, 1978, pp. 22-27. Mis itálicas).

De acuerdo con este pasaje, el *concepto* define el significado general de la justicia social: podemos llamar justa a una distribución de las cargas y beneficios sociales cuando no hay distinciones arbitrarias en la asignación de derechos y deberes y cuando tal distribución expresa el balance correcto entre pretensiones en competencia. Las concepciones de la justicia, en contraste, son versiones alternativas acerca de qué constituye una distinción arbitraria y de cuál es el balance correcto entre pretensiones en competencia.<sup>7</sup> En otras palabras, el *concepto* de justicia establece cuál es el problema al que se enfrenta el teórico de la justicia y que busca

<sup>7</sup> En *Liberalismo político* (1996, p. 44, nota al pie), Rawls expresa la distinción mediante el contraste entre el significado de un término y los principios necesarios para aplicar tal término.



resolver mediante su *concepción*. El teórico tiene la tarea de encontrar cuál es el “balance adecuado entre pretensiones enfrentadas” y de identificar en qué consiste la “división correcta de las ventajas sociales” (Rawls, 1978, p. 26). Teorías diferentes e incluso antagónicas sobre la justicia deben partir del mismo concepto para que sus propuestas, esto es, sus concepciones, puedan entenderse como atendiendo a la misma discusión. Así es posible comparar cada una con las demás y evaluar cuál de ellas responde, articula y disciplina mejor nuestras intuiciones morales sobre la justicia social.

Pero, la utilidad de la distinción entre concepto y concepción no es exclusivamente teórica. Como también sugiere el pasaje recién citado, un acuerdo en torno al *concepto* de justicia facilita la discusión y posible acuerdo en torno a una *concepción*, o familia de concepciones, entre quienes debaten sobre el diseño de instituciones reales. La distinción es útil en este sentido práctico por las mismas razones que cuando se usa teóricamente: el concepto fija los asuntos a discutir, de modo que quienes disienten pueden identificar más fácilmente en qué consiste su desacuerdo. Es probable que en momentos en que se perciba la necesidad de reformar las instituciones vigentes, los miembros del Parlamento o de la Asamblea Constitucional no lleguen fácilmente a ningún consenso, pero constituye un avance significativo si logran, al menos, dividir los temas sobre los que deben discutir. Distinguir entre el concepto y la concepción puede ser de ayuda en este sentido.

Mi primera propuesta para discutir sobre los derechos subjetivos consiste en aplicar la distinción entre concepto y concepción. El concepto de derecho subjetivo definiría cuál es el problema al que diferentes concepciones alternativas de los derechos subjetivos tratan de responder. Así, mientras que el concepto fija la clase e intensidad moral de las demandas que se expresan como un derechos, las diferentes concepciones mostrarían cuáles son los contenidos de tal clase e intensidad que, en el marco de una legislación o una concepción de la justicia (u otra concepción moral), se deberían reconocer como derechos. Ciertamente, tanto la tarea de formular un concepto, como la de formular una concepción de los derechos es complicada. Mi objetivo en este punto se limita a señalar la utilidad de aplicar esta distinción a la noción de los derechos: el concepto fija los asuntos que se discuten para así poder apreciar con mayor claridad en qué consiste el desacuerdo. Podemos esperar que una vez sea claro qué significa tener un derecho, resulte más fácil discutir cuáles son los derechos que diferentes individuos o colectivos merecen como cuestión de justicia al interior de un sistema normativo dado.

### **Confundir el debate sobre el concepto con el debate sobre la concepción**

Un primer beneficio de distinguir entre el concepto y las concepciones de los derechos subjetivos es que permite apreciar una frecuente confusión en algunos reclamos por justicia. El razonamiento de quienes reclaman parte de una concepción particular que implica que alguien o algo debería tener derecho a algo. Luego, con base en tal concepción, se demuestra que hay un contenido que debería calificarse como un derecho en la jurisdicción que se reclama.

Considérese el siguiente ejemplo. Las demandas por los derechos de los animales son, al menos actualmente, demandas extraordinarias (o muy cercanas en el continuo a ese extremo), pues son pocas las legislaciones en el mundo cuyas concepciones de la justicia reconocen explícitamente tales derechos. El reto al que se enfrenta quien pretenda exigir derechos para los animales es el de demostrar que la concepción de los derechos y de la justicia implícita en la Constitución y las leyes vigentes de su país implica, aunque no lo haga de una forma directa, la protección del derecho exigido. O, alternativamente, proponer un cambio en la *concepción* de la justicia vigente.<sup>8</sup> No obstante, quienes argumentan en favor de tales derechos proceden como si de lo que se tratara fuera de demostrar que ciertos contenidos de supuestos derechos cumplen con los elementos mínimos de una determinada *concepción* de derecho subjetivo. Así, por ejemplo, procede Christopher Stone (Hardin, Stone & Rose, 2009, p. 135) al intentar demostrar que ciertos “objetos naturales” deberían tener derechos legales. Su argumento comienza por identificar los elementos mínimos de la legitimidad procesal, esto es, de aquel conjunto de condiciones que capacita legalmente a un individuo para exigir la protección estatal en favor de sus derechos. Esta es una concepción particular de los derechos al acceso a la administración de justicia propia de la mayoría de sociedades occidentales. Stone identifica tres elementos: que el titular de los derechos pueda interponer acciones en nombre propio; que el daño que se tiene en cuenta para decidir si el derecho en cuestión fue violado sea un daño infligido al propio titular, y que la reparación beneficie al titular del derecho y no a un tercero (Hardin, Stone y Rose, 2009, p. 152). Stone sostiene entonces que, dado que ciertos objetos naturales pueden entenderse plausiblemente como si reunieran tales condiciones, tales objetos naturales deberían tener derechos o, al menos, derechos de legitimidad procesal. Este argumento confunde, de esta manera, la clase de discusión sobre qué significa exigir algo como un derecho y la de si, dentro de un determinado sistema

<sup>8</sup> Una muestra extrema de esto es el episodio protagonizado por Negro, perro abandonado, quien interpuso recurso de tutela ante el Juzgado Tercero del Circuito de Bucaramanga en julio del 2017 para que se protegiera su derecho fundamental a la vida (*El Espectador*, Julio 14 de 2017). Evidentemente, la preocupación de Ludwing Mantilla, el ser humano que en realidad interpuso la acción, era asegurar el bienestar físico y tangible del animal.

normativo o dentro de una específica concepción de la justicia, deberían existir ciertos derechos. Confunde, en otras palabras, la discusión teórica sobre el concepto del derecho subjetivo con la discusión política sobre la concepción de los derechos subjetivos al interior de un sistema jurídico.

Este tipo de confusión no es exclusivo de las demandas de justicia en favor de los animales. Suele aparecer en argumentos que apelan a consideraciones de consistencia: si determinado sujeto tiene ciertos derechos bajo un régimen jurídico dado, y hay otro que comparte algunas de las características del primero, entonces este debería tener los mismos derechos que aquel. El problema es que las características invocadas no siempre son suficientes para aplicar el concepto de derecho debido a la concepción de los derechos subyacente al sistema jurídico o político en cuestión. La confusión podría explicarse en que quienes hacen las demandas están tan convencidos de la importancia de lo que piden que parece natural para ellos exigirlos mediante el lenguaje de los derechos, pues a la base de este lenguaje está la intuición de que hay expectativas urgentes que demandan prioridad frente a otras consideraciones morales. Si es importante, debe ser un derecho. Explicar su importancia, se asume, es equivalente a demostrar que es un derecho. Pero, el problema es que el concepto de derecho no es equivalente al de consideración moral importante: los derechos son una clase especial de consideración moral importante, pero no la única. Para demostrar que cierto beneficio o protección merece el estatuto de derecho, es necesario ofrecer una concepción rival de la justicia, o una interpretación de la vigente de la que se derive que aquello que se demanda debería ser reconocido como un derecho. Las demandas por justicia deberían exigirse como tales.

### **Confundir un rasgo de algunos derechos con el rasgo que define todos los derechos**

Una segunda confusión que se evitaría si se atendiera a la distinción que propongo se deriva de que usualmente, cuando un determinado derecho es reconocido al interior de un sistema jurídico, su titular está legitimado para activar el poder coactivo del Estado y exigir la satisfacción del contenido de tal derecho. Se confunde entonces que, si hay un aspecto del bienestar que se desearía ver respetado e incluso protegido mediante el poder coactivo del Estado, entonces tal aspecto debería exigirse como un derecho. Pero este razonamiento es equivocado. Se confunde una demanda ordinaria en la que una concepción de los derechos define que ciertos derechos se protegen mediante la intervención del aparato estatal, con una extraordinaria en la cual aún no es claro de qué clase de demanda se trata.

Hay tres razones para rechazar la identificación entre los derechos cuya forma de garantía es el derecho de acción ante el Estado y otros derechos.<sup>9</sup> En primer lugar, hay obligaciones jurídicas que son accionables, pero que no tienen su fuente en la existencia de un derecho. Por ejemplo, las obligaciones de solidaridad (leyes del buen samaritano) o las obligaciones de patriotismo (leyes que penalizan el irrespeto a los símbolos nacionales<sup>10</sup>). Identificar todo deber accionable como correlato de un derecho equivale a eliminar la posibilidad de argumentar que hay estados de cosas valiosos por sí mismos a los que diferentes actores pueden contribuir de diferentes maneras (los fines) y dejar, en su lugar, como único objeto de debate el que alguien deba satisfacer ciertas obligaciones porque se le deben a otro. Reducir todo deber a alguna clase de derecho convierte toda discusión moral y jurídica en una disputa de títulos individuales y evita que las partes puedan entender algunos problemas de justicia como asuntos del bien común.<sup>11</sup>

En segundo lugar, considerar que hay derechos solamente cuando hay obligaciones accionables elimina de la categoría a los derechos morales, los cuales, si bien pueden entenderse como respaldados por alguna forma de sanción, no son accionables frente al Estado. El problema aquí es que muchos derechos legales llegan a serlo precisamente porque existen buenas razones para afirmar que hay derechos morales, de modo que eliminar esta última clase implica acabar con la posibilidad de criticar moralmente a la ley vigente.

Finalmente, si lo que hace que una obligación corresponda a un derecho es el respaldo coactivo del Estado, cualquier bien que decidiera protegerse coactivamente podría llamarse derecho. Pero, entonces, perderíamos la fuerza especial de urgencia que se transmite al decir que lo que se exige es un derecho. Perderíamos, en otras palabras, la posibilidad de expresar en la Constitución o en la ley la importancia excepcional que para la comunidad tienen ciertos bienes, a saber, aquellos protegidos mediante derechos.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Ferrajoli (1999) discute la confusión entre los derechos y sus garantías (p. 59).

<sup>10</sup> Por supuesto, hay un sentido correcto, pero trivial, en el que a toda obligación moral o legal se le puede asociar un derecho, o al menos un derecho moral. Nuestros deberes para con nosotros mismos pueden relacionarse con el derecho moral de la humanidad a que desarrollemos las capacidades con que nos dotó la naturaleza, como sostenía Kant (1785/1989), o con el derecho moral de la sociedad a que cada cual cumpla lo mejor posible con su función social, como sostenía Duguit (1975). Incluso, hay un sentido de derecho subjetivo que puede ser usado para calificar cualquier tipo de prerrogativa (“el derecho a hacer pereza”). Sin embargo, en todos estos casos, se pierde la utilidad de llamar a ciertas consideraciones morales “derechos”.

<sup>11</sup> Raz (1984, p. 190) sugiere que reducir todo reclamo moral a un reclamo de derechos es contradictorio con el ideal de la autonomía personal. Este valor requiere para su realización de la existencia de bienes comunes que no pueden concebirse como los correlatos de los derechos individuales o colectivos de nadie.

<sup>12</sup> La tesis que reduce tener derechos a la capacidad de activar el poder coactivo del Estado confunde la manera peculiar en que los derechos legales son protegidos con una tesis plausible y normalmente aceptada sobre la naturaleza de los derechos, a saber, la tesis de la correlatividad, según la cual a los derechos le corresponden deberes. Nótese que esta tesis es opuesta a, y más plausible, que la tesis de que a los deberes le corresponden derechos.

## Hacia un concepto práctico de derecho subjetivo

En esta sección, presentaré un concepto de derecho subjetivo como mi segunda propuesta para discutir sobre los derechos subjetivos. Sostengo que este concepto facilita la discusión pública de las distintas alternativas de concepciones de los derechos al interior de una democracia. En efecto, dado que las *concepciones* de los derechos son invocadas en el debate político democrático con el fin de reclamar y decidir cuáles demandas extraordinarias de justicia merecen atención, la tarea fundamental que debemos esperar que un *concepto* de los derechos desempeñe es práctica: debe ayudarnos a adelantar tal debate. Para ello, el concepto de los derechos subjetivos debe permitir entender las concepciones de derechos como propuestas falibles y siempre abiertas a la discusión democrática. A continuación, ofreceré un par de razones en favor de esta idea y, en la siguiente subsección, defenderé mi propuesta de concepto de derecho subjetivo.

## Un concepto independiente de los derechos

Que los debates académicos, sociales y políticos sobre cuál sea la mejor concepción de los derechos subjetivos disponible para resolver determinadas demandas de justicia parezcan interminables (Harel, 2005; Waldron, 1984; Wenar 2015),<sup>13</sup> no debería motivar incertidumbre o cinismo. Una sociedad democrática es un proyecto moral y político que existe en la medida en que quienes están involucrados en él quieran que exista y actúen en consecuencia. Los teóricos y activistas comprometidos con este proyecto deberíamos reconocer las consecuencias que tal compromiso trae para nuestra actividad. Parte central del proyecto de una sociedad democrática consiste en el principio liberal según el cual “las instituciones sociales, políticas y jurídicas deben ser, en principio, explicables y justificables ante todos aquellos que tienen que vivir en ellas” (Waldron, 2005, p. 272). Hay un sentido, por tanto, según el cual la decisión final sobre la corrección o verdad de una concepción de los derechos corresponde a “aquellos que tienen que vivir” con ella. Los ciudadanos de una sociedad democrática escogen la concepción correcta cuando deciden convertirla en la concepción que inspira su sistema jurídico.<sup>14</sup> Los teóricos y activistas usurpamos tal prerrogativa cuando declaramos a nuestras concepciones sobre los derechos como verdaderas. En contraste, atendemos a aquel principio cuando formulamos cada concepción de los derechos con el objetivo de que oriente el juicio de los demás ciudadanos, aceptando que cada concepción puede ser útil para algunos propósitos, pero no para otros.

Quizás una manera más familiar de expresar esta actitud consiste en asociarla con la “abstinencia epistémica” que Rawls hizo popular en su teoría de la justicia (Rawls, 1978, 1999a, 1999b; Raz, 1990). La idea es, entonces, que una concepción de los derechos subjetivos tiende a fracasar en su objetivo práctico de guiar la reflexión democrática cuando implica la irremediable exclusión de ciertas posiciones sobre los derechos o, incluso, cuando elimina la posibilidad de que sus contenidos puedan ser reivindicados mediante otras consideraciones morales. En una sociedad democrática, la exclusión de cualquier posición moral o política es el resultado de procedimientos políticos legítimos, diseñados para dejar tales posiciones inactivas solo en su aplicación (y a algunas solo temporalmente), pero nunca fuera del debate. Nuestras teorías sobre los derechos, y quizás otras sobre otros importantes conceptos morales y políticos, deberían ser políticas y no metafísicas, esto es, deberían ayudar a los ciudadanos a comprender la complejidad del lenguaje que usan en el debate democrático y las opciones disponibles para alcanzar acuerdos que, a su vez, les permitan convivir conforme a sus ideales políticos.

Esta actitud democrática sobre la concepción implica que el concepto de derecho deba caracterizarse, al menos, por su independencia.<sup>15</sup> Un concepto independiente de los derechos es uno que permita articular de forma aceptable gran parte de las intuiciones que suelen aparecer en el debate sobre los derechos, pero dejando abierta la posibilidad de que, en diferentes momentos y lugares, la decisión democrática defina los contornos de la concepción legalmente válida de derechos, quizás, enfatizando algunos aspectos por sobre otros. Un concepto independiente de los derechos identifica un conjunto de ideas que tiene sentido englobar bajo tal término, dejando abierta la posibilidad de un amplio espectro de respuestas, de manera que, cuando vaya a ser usado en la reivindicación de demandas de justicia o como parte de una concepción moral o política más compleja, su invocación aparezca como justificada.

<sup>13</sup> Me refiero a discusiones en el ámbito doméstico y en el internacional sobre cuestiones como ¿cuáles beneficios o protecciones deberían incluirse en la lista de derechos humanos? ¿cuáles de los derechos legales deberían protegerse de los vaivenes legislativos? ¿cuáles deberían ser los criterios para reconocer derechos a individuos, colectivos o entidades que aún no los tienen? ¿cuáles deberían ser los arreglos institucionales que garanticen la mejor protección posible de ciertos derechos?

<sup>14</sup> O más bien, el conjunto de concepciones, pues dada la naturaleza del proceso político democrático es poco realista aspirar a que sea una sola la concepción que articule el sistema jurídico entero.

<sup>15</sup> Para el uso de este término sigo a Rawls. En Rawls (1999a), el autor usa el término “independiente” para referirse a la característica de la teoría moral, según la cual los desarrollos de esta no dependen de los resultados de la epistemología, la teoría del lenguaje o la metafísica. El término vuelve a aparecer en Rawls (1999b, p. 388), texto en el cual “independiente” se aplica a una concepción política de la justicia cuyo contenido evita difíciles discusiones filosóficas y religiosas que tornen imposible el objetivo práctico de la concepción misma.

## Una propuesta de concepto de derecho subjetivo

En el debate contemporáneo sobre el concepto de derecho subjetivo, hay dos posiciones tradicionales acerca del contenido que esta clase de consideración moral expresa: la teoría de la voluntad y la teoría del interés. Como señalaré a continuación, mi propuesta recoge las intuiciones centrales de ambas, al tiempo que satisface la condición de independencia que introduje en la sección anterior.

La teoría de la voluntad sostiene que los derechos protegen distintas esferas de elección de sus titulares.<sup>16</sup> Tener un derecho, para esta concepción, significa que su titular se encuentra facultado para elegir cómo actuar dentro de un determinado rango de cursos de acción, para lo cual puede exigir a terceros el cumplimiento de deberes que faciliten el ejercicio de tal libertad. En la terminología de Hohfeld (1917), un derecho consiste, propiamente y como mínimo, en el compuesto de dos posiciones jurídicas: una libertad o privilegio (*privilege*) de hacer *x* y un derecho (*claim*) de exigir un deber a otra persona para que esta facilite al titular hacer *x*. Tal deber puede consistir, o bien en la obligación de no impedir que el titular del derecho haga *x*, o bien, en la obligación de contribuir de alguna manera para que el titular haga *x*. En este sentido, como señala Hart, los derechos hacen a su poseedor un “soberano en pequeña escala” (Hart, 1982, p. 183).

La teoría de la voluntad enfatiza el aspecto de control que los derechos conceden. Por ello, otorga un rol crucial a la coacción. Los derechos son instrumentos que, al tiempo que capacitan al individuo para ejercer su libertad, lo constriñen para que no invada la libertad de los otros. Idealmente, los derechos subjetivos de todos los individuos deberían conformar un sistema en el que se distribuyera equitativa, aunque no siempre en la misma proporción, los ámbitos de libertad de todos los individuos (Kant, 1797/1989, p. 39).<sup>17</sup> La coacción aparece en esta teoría como el mecanismo que mantiene la equidad en la distribución de la libertad y, en consecuencia, si el titular de un derecho carece de la posibilidad coactiva de obligar a terceros a respetar o a promover el ejercicio de su libertad, entonces tal individuo carece en la práctica de tal derecho. De allí también que los derechos se presten más naturalmente a la codificación legal, en contraste con los fines, que serían simples aspiraciones, o que las obligaciones, que son exigencias que nadie concreto podría demandar. Consecuentemente, para los defensores de la teoría de la voluntad, la diferencia entre derechos morales y derechos legales es contingente: un derecho legal es un derecho moral que ha sido incluido en un sistema jurídico positivo.

La teoría de la voluntad resulta atractiva como explicación de los derechos subjetivos privados, pero no como explicación general de los derechos, pues su privilegio del ejercicio de la voluntad y de la libertad individual hace que esta teoría represente las relaciones que involucran derechos como vínculos entre individuos adultos, casi siempre consentidos, y en los cuales el Estado interviene exclusivamente para cumplir funciones policivas. No es sorprendente, entonces, que entre las críticas más comunes en su contra esté su incapacidad para dar cuenta de los derechos inalienables, de los derechos de bebés y niños pequeños, y de los derechos de entidades como fetos, animales no humanos, o personas en situaciones de discapacidad mental (Harel, 2005, p. 194).

La teoría del interés, en contraste, sostiene que los derechos subjetivos protegen, no solamente las elecciones de los individuos, sino otros de sus intereses más valiosos.<sup>18</sup> Tener un derecho significa que su titular está facultado para exigir a otros individuos o colectivos específicos, o en últimas a la sociedad, la promoción de algunos de sus intereses. Evidentemente, la teoría del interés es más generosa que la de la voluntad en la extensión tanto del ámbito de protección como de los sujetos que pueden ser titulares de derechos. Pero, precisamente por ello, sus defensores se enfrentan al reto de limitar la clase de bienes y de sujetos que pueden ser apropiadamente protegidos mediante el lenguaje de los derechos. Algunos autores afirman que solamente los intereses de entidades cuyo bienestar sea considerado de “valor último” deberían ser protegidos mediante derechos<sup>19</sup> y que no todo interés de tales entidades merece este tipo de defensa, sino solamente aquellos intereses que sean suficientes para imponer un deber sobre otra persona (Raz, 1986, pp. 177-8, 186).

Así pues, y debido a que los derechos protegen propiamente intereses de elevada importancia moral, en esta teoría, no se puede definir de manera general cuáles son los deberes u otra clase de obligaciones o potestades que corresponden a cada derecho. Sus defensores niegan, por ello, la afirmación de Hohfeld de que los derechos son lógicamente correlativos con los deberes. Los derechos, más bien, tienen una naturaleza dinámica, pues sirven para orientar el razonamiento normativo del legislativo y de las cortes en la creación o modificación de los deberes, libertades, poderes, inmunidades o responsabilidades que aseguran los intereses protegidos mediante derechos. Es por ello que los derechos son, en el fondo, principios normativos, cuya extensión y titularidad puede variar dependiendo del ingenio del intérprete, o de la “agenda agregativa o distributiva del

<sup>16</sup> Entre los defensores más destacados de esta teoría están Kant (1797/1989), Kelsen (1960/1967), Hart (1989), Simmonds (2002) y Wellman (1985).

<sup>17</sup> Kant define el derecho (objetivo) en estos términos: “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad” (Kant, 1797/1989, p. 39).

<sup>18</sup> Entre los defensores más destacados de esta teoría se encuentran Bentham (1843/1987), Mill (2005), Ihering (1911), Lyons (1994), MacCormick (1977) y Raz (1986).

<sup>19</sup> Sin embargo, qué tipo de entidades clasifiquen según este criterio no es una pregunta de la que, a juicio de sus defensores, se deba ocupar una teoría sobre los derechos subjetivos. La capacidad para tener derechos debe discutirse al interior de una teoría más amplia sobre el valor moral (Harel, 2005, p. 195).



estado” (Simmonds, 2002, p. 164). En consecuencia, esta teoría retira el énfasis sobre la coacción, típico de la teoría de la voluntad, y lo pone en la negociación política: los derechos son hitos en el razonamiento práctico de una comunidad que señalan puntos de acuerdo o de concesión entre diferentes grupos de interés. En relación con los derechos, el estado debe procurar alcanzar balances interpretativos cuando surjan conflictos entre ellos o entre los derechos y otras consideraciones sociales, y debe cumplir funciones de garantía y de aplicación cuando exista consenso sobre qué intereses son válidos y cómo se deben proteger.

El problema más importante de la teoría del interés consiste en no poder delimitar claramente la proliferación de derechos a la que conduce la idea de que muchos intereses pueden ser protegidos como derechos. Precisamente por esto, esta teoría no puede dar cuenta de la idea según la cual los derechos son especiales porque tienen una importancia o jerarquía superior a la de otras demandas morales. Así, pese a que intenta retener la intuición de que los derechos tienen un rol especializado en el discurso práctico (Raz, 1986, p. 192), esta teoría tampoco logra capturar su perentoriedad, esto es, la capacidad que se adscribe normalmente a los derechos de dirimir definitivamente la discusión en caso de conflicto con otras consideraciones morales (Simmonds, 2002, p. 205).

Mi propuesta de concepto de derecho subjetivo se apoya considerablemente en la de Arango (2005) y mediante ella, busco recoger lo que, a mi juicio, son los aciertos de las dos tradiciones clásicas. Concibo los derechos como posiciones al interior de sistemas normativos específicos (Hohfeld, 1913). Una posición normativa define el lugar que un individuo o colectivo de individuos ocupa en relación con otros individuos o colectivos. Tales relaciones son normativas en tanto vinculan a las partes mediante razones válidas, en vez de en virtud de las relaciones fácticas (sociales, políticas o económicas) que puedan existir entre ellas. Una relación normativa puede vincular individuos y grupos prescribiendo, prohibiendo o permitiendo acciones u omisiones de una parte en relación con la otra y viceversa y pueden expresarse, al menos, de tres maneras diferentes, a saber, como fines, obligaciones o derechos (Mackie, 1984, p. 168).

Aquello que distingue a los derechos de las demás relaciones normativas es que estos vinculan determinados intereses de ciertos individuos o colectivos con la libertad de acción de otros individuos o colectivos de una manera especial. *Que un individuo o colectivo tenga derecho a la satisfacción de un contenido dado significa que existen razones suficientes, pero no absolutas, para que alguien (otro individuo, un grupo de individuos o una institución) esté obligado a actuar de forma que contribuya razonablemente y de una manera especificada a la satisfacción de tal contenido.* Esta propuesta comparte con las teorías tradicionales la pretensión de que los derechos cumplen un rol especializado dentro del discurso práctico, pero la interpreta de una manera específica: los derechos expresan preocupaciones de gran urgencia. Que una preocupación sea urgente significa, por un lado, que existen *razones en su favor*. Una razón es una pretensión que puede ser públicamente expresada y defendida de buena fe y mediante la cual se busca justificar la conservación o modificación de un estado de cosas. Una razón se distingue de otras clases de afirmaciones porque se apoya en los principios que rigen el sistema normativo o jurídico dentro del cual se invoca el derecho.

Así pues, no cualquier demanda de justicia puede ser reputada como derecho, sino solo aquellas que puedan ser válidamente expresadas mediante razones. Pero, este es un rasgo común de cualquier relación normativa. Por ello, por el otro lado, que una preocupación sea urgente también significa que tales razones son *suficientes* para restringir la libertad del obligado a satisfacer el derecho en cuestión. Una razón es suficiente cuando el deber correlativo impuesto no restringe excesivamente la libertad de aquel sobre quien recae y tal imposición del deber es la última alternativa disponible para asegurar la satisfacción efectiva del derecho. Para juzgar que una razón es suficiente, hay que considerar que proteger un derecho solo puede implicar asegurar el disfrute de su contenido de aquello que Shue llama “amenazas más comunes” (Shue, 1980, p. 29)<sup>20</sup>. Así pues, no toda preocupación de la que con razón se pueda esperar protección social constituye un derecho. Solamente aquellas que justifican exitosamente que alguien soporte un deber, sin cuya imposición no podría garantizarse la protección del derecho de las amenazas más comunes contra tal clase de derechos.

Esta forma de entender en qué consiste tener un derecho da cuenta de la perentoriedad normalmente atribuida a los derechos y, quizás más importante, deja abierta la posibilidad de justificar la protección de los intereses de un individuo, grupo u otra entidad mediante otros conceptos morales (i.e., fines, obligaciones). Además, esta propuesta conduce a la conclusión de que, si alguien cuenta con un derecho, debe ser posible identificar quién y de qué manera otra persona se encuentra obligada a contribuir a la satisfacción del mismo. Los derechos son diferentes a los fines, de modo que no pueden quedar abiertas para el debate legislativo o político posterior las preguntas sobre quién o quiénes están obligados, ni en qué consisten, los deberes correlativos de satisfacción. Además, los derechos también difieren de las obligaciones, lo cual implica que su titular puede exigir su satisfacción como una deuda en su favor. Reconocer un derecho implica, por lo tanto, definir quién se encargará de satisfacerlo y de qué manera.

<sup>20</sup> La idea de “las amenazas más comunes” explica por qué las razones deben ser suficientes, pero no pueden ser absolutas, pues, aunque los derechos expresan preocupaciones urgentes, hay ocasiones en que es excesivamente costoso o, incluso, imposible, satisfacer una preocupación dada, como en situaciones de emergencia, conflicto entre derechos o extrema necesidad.

## Conclusiones

En las sociedades democráticas, la esfera pública y el legislativo constituyen los escenarios apropiados para el debate y la decisión sobre la concepción de la justicia y de los derechos que gobiernan una comunidad política. Cuando se lucha por los derechos es necesario atender a la clase de preguntas que su concepto permite apreciar: ¿cuál es el mejor balance entre las razones que favorecen el bienestar de unos y aquellas que favorecen la libertad de acción de otros?, ¿cuándo debería tener prioridad una clase sobre la otra?, ¿cuál es el aspecto del bienestar de titulares y obligados que importa y es urgente en determinadas circunstancias?, ¿cuáles obligaciones correlativas pueden dar cuenta de las amenazas más comunes contra la satisfacción de tal derecho?, ¿hay alternativas para proteger el contenido que se reclama que la de consagrarlo como un derecho exigible por alguien en particular?

El reconocimiento de un derecho expresa también el acuerdo al que se ha llegado en un sistema normativo sobre cuáles deben ser los recursos y los arreglos institucionales que aseguran la satisfacción razonable del derecho. Por tanto, conceder un derecho o serie de derechos implica siempre considerar la manera en que se distribuyen las cargas y responsabilidades al interior de una sociedad, así como la decisión sobre cómo deben funcionar sus instituciones. La satisfacción de los derechos siempre implica el diseño de complicados esquemas de distribución de los recursos disponibles, pero asegurar que lo estén y que se usen adecuadamente no se sigue naturalmente de su mero reconocimiento legal.

Lo anterior invita a evaluar seriamente la conveniencia de describir y reivindicar todo reclamo por la protección de un interés determinado mediante el lenguaje de los derechos. Un primer paso en esta dirección consistiría en evitar la sobrevaloración de la que actualmente goza la demanda judicial como estrategia para el reclamo de protección del bienestar individual y fortalecer la labor de movimientos políticos y sociales en favor de reformas profundas y transversales de los esquemas de distribución y acceso a recursos básicos. Un segundo paso consistiría en recuperar el papel que debe tener la discusión legislativa en el diseño de los arreglos institucionales que, más que reconocer derechos, se ocupen de satisfacer las necesidades de los ciudadanos o, al menos, de reflejar cuáles necesidades estos quieren ver satisfechas.

Quizás lo que motiva las demandas por más derechos, o porque se reconozcan derechos a humanos o a entidades no humanas que aún no los tienen, es la preocupación por la ausencia de obligaciones o por la inoperancia de las protecciones que ya existen. Pero pretender satisfacer esta motivación mediante la invocación de derechos no siempre es lo mejor: no hay nada en el concepto de derecho subjetivo en sí mismo que prometa responder a tales preocupaciones y, en cambio, se arriesga la utilidad que tal concepto tiene dentro del discurso moral y político.

## Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos Bernal Pulido, Trad.). Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Arango, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos fundamentales*. Legis.
- Bentham, Jeremy (1987). Anarchical Fallacies [Falacias anárquicas]. En Jeremy Waldron (Ed.), *Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the rights of man* (pp.46-76). Meuthen & Co. (Originalmente publicado en 1843).
- Burke, Edmund (1987). Reflections on the Revolution in France [Reflexiones sobre la revolución en Francia]. En Jeremy Waldron (Ed.), *Nonsense upon stilts. Bentham, Burke and Marx on the rights of man* (pp. 96-118). Meuthen & Co. (Originalmente publicado en 1790).
- Burke, Thomas (2002). *Lawyers, lawsuits and legal rights. The battle over litigation in american society* [Abogados, demandas y derechos legales. La batalla por el litigio en la sociedad americana]. University of California.
- Cabrillo, Francisco & Fitzpatrick, Sean (2008). *The economics of courts and litigation* [La economía de las cortes y el litigio]. Edward Elgar Publishing Ltd.
- Duguit, Louis (1975). *Las transformaciones generales del derecho* (C. Posada, Trad.). Heliasta.
- Dworkin, Ronald (1978). *Taking rights seriously* [Tomando los derechos en serio]. Duckworth.
- Dworkin, Ronald (1984). Rights as Trumps [Derechos como triunfos]. En Jeremy Waldron (Ed.), *Theories of rights* (pp. 153-167). Oxford University.
- El Espectador, (2017, 14 de julio). Habla el encargado de darle voz a “Negro”, el primer canino que interpone una tutela en Colombia, *El Espectador*. <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/santander/habla-el-encargado-de-darle-voz-negro-el-primer-canino-que-interpone-una-tutela-en-colombia-articulo-703371>
- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trads.). Trotta.
- Guarnieri, Carlo, Pederzoli, Patrizia, y Thomas, Cheryl A. (2002). *The power of judges: a comparative study of court and democracy* [El poder de los jueces: un estudio comparativo de las cortes y la democracia]. Oxford University.
- Habermas, Jürgen (1996). *Between facts and norms* [Entre hechos y normas]. MIT.
- Hardin, Garret, Stone, Christopher & Rose, Carol (2009). *Derecho ambiental y justicia social*. Siglo del Hombre.

- Harel, Alon (2005). Theories of Rights [Teorías de los derechos]. En Golding, M. & Edmundson, W. (Eds.). *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*. Blackwell.
- Epp, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and the Supreme Court in Comparative Perspective*. University of Chicago Press.
- Ihering Von Rudolf (2011). *El fin en el derecho* (Diego Abad de Santillán, Trad.). Comares.
- Hart, Herbert L.A. (1982). *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory* [Ensayos sobre Bentham: estudios en jurisprudencia y teoría política]. Clarendon.
- Hart, Herbert L.A. (1998). *El concepto del derecho* (Carrió, Genaro, Trad.). Abeledo-Perrot.
- Hirschl, Ran (2004). *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism* [Hacia la juristocracia. Los orígenes y consecuencias del nuevo constitucionalismo]. Harvard University.
- Kant, Emmanuel (1989). *La metafísica de las costumbres* (Cortina, Adela y Cornill, Jesús, Trads.). Tecnos. (Originalmente publicado en 1785).
- Kelsen, Hans (1967). *Pure Theory of Law* (M. Knight, Trad.). [Teoría pura del derecho]. University of California. (Originalmente publicado en 1960).
- Kennedy, Duncan (2004). *The dark sides of virtue: reassessing international humanitarianism* [Los lados oscuros de la virtud: reevaluando el humanitarismo internacional]. Princeton University.
- Marx, Karl (2009). *La cuestión judía* (Manuel Reyes Mate, Trad.). Anthropos. (Originalmente publicado en 1844).
- Lyons, David (1994). *Rights, welfare and Mill's moral theory* [Derechos, bienestar y la teoría moral de Mill]. Oxford University.
- MacCormick, Neil (1977). Rights in Legislation [Derechos en la legislación]. En Hacker, Peter y Raz, Joseph (Eds.). *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A Hart*. Oxford University.
- Meister, Robert (2011). *After evil. A politics of human rights* [Después del mal. Una política de los derechos humanos]. Columbia University.
- Mill, John S. (2005). *Utilitarismo* (Guisán, Esperanza. Trad.). Alianza. (Originalmente publicado en 1861).
- Mill, John S. (2007). *Sobre la libertad* (Mellizo, Carlos, Trad.). Alianza. (Originalmente publicado en 1859).
- Rawls, John (1978). *Teoría de la justicia* (González, María Dolores, Trad.). Fondo de cultura económica.
- Rawls, John (1996). *El liberalismo político* (Domenech, Antoni, Trad.). Crítica.
- Rawls, John (1999a). The independence of moral theory [La independencia de la teoría moral]. En Freeman, Samuel (Ed.). *Collected Papers*. Harvard University.
- Rawls, John (1999b). Justice as fairness: political not metaphysical [Justicia como equidad: política no metafísica]. En Freeman, Samuel (Ed.). *Collected Papers*. Harvard University.
- Raz, Joseph (1984). Right-Based Moralities [Morales basadas en derechos]. En Waldron, Jeremy (Ed.), *Theories of rights* (pp. 153-167). Oxford University.
- Raz, Joseph (1986). *The morality of freedom* [La moral de la libertad]. Oxford University.
- Raz, Joseph (1990). Facing diversity: the case of epistemic abstinence [Enfrentando la diversidad: el caso de la abstinencia epistémica]. *Philosophy and Public Affairs*, 19(1), 3-46. <https://www.jstor.org/stable/2265361>
- Sajó, András (1990). *Limiting government: an introduction to constitutionalism* [Limitando el gobierno: una introducción al constitucionalismo]. Central European University.
- Simmonds, Nigel E. (2002). Rights at the cutting edge [Los derechos a la vanguardia]. En Matthew Kramer, Nigel E., Simmonds & Steiner Hillel (Eds.). *A debate over rights*. Oxford University.
- Skrentny, John (2002). *The minority rights revolution* [La revolución de los derechos de las minorías]. The Belknap Press of Harvard University.
- Tarrow, Sidney (1994). *Power in movement* [Poder en movimiento]. Cambridge University.
- Thornhill, Chris (2014). Rights and constituent power in the global constitution [Derechos y poder constituyente en la constitución global]. *International Journal of Law in Context*, 10, (3), 357-396. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1744552314000160>
- Traugott, Mark (Ed.). (1995). *Repertoires and cycles of collective action* [Repertorios y ciclos de acción colectiva]. Duke University.
- Viscusi, Kip W. (Ed.). (2002). *Regulation through litigation* [Regulación a través del litigio]. Brooking Institution.
- Waldron, Jeremy (1993). *Liberal rights. Collected papers* [Derechos liberales. Ensayos escogidos]. Cambridge University.
- Waldron, Jeremy (1999). *The dignity of legislation* [La dignidad de la legislación]. Cambridge University.
- Waldron, Jeremy (2005). *Derecho y desacuerdos* (José Luis Martí y Águeda Quiroga, Trads.). Marcial Pons.
- Wellman, Carl (1985). *A Theory of Rights* [Una teoría de los derechos]. Rowman & Allanheld.
- Wenar, Leif (2005). Rights [Derechos]. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (Ed.). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/>