

Derechos y autoridad: ¿Qué autoridad se encuentra legitimada para especificar los derechos?

Rights and Authority: ¿Which is the Legitimate Authority to Specify Rights?

ERMAN TEJEDA¹

Resumen: El trabajo presenta lineamientos para elaborar una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos que permita explicar qué autoridad se encuentra legitimada para especificarlos. Esta teoría se encuentra integrada por dos subteorías: una de los derechos humanos y otra de la autoridad. En primer lugar, se indaga sobre la necesidad de concebir una subteoría de los derechos humanos objetiva, realista y sólida, que permita elaborar concepciones de los derechos cuya legitimidad no dependa exclusivamente de la voluntad de los sujetos (sean legisladores o jueces). Para esto, se recurre a la teoría desarrollada por John Finnis en *Natural Law and Natural Rights*, basada en la existencia de bienes humanos básicos. En segundo lugar, se elabora una subteoría de la autoridad respetuosa de la concepción de los derechos humanos propuesta previamente que, a su vez, permita determinar qué órgano

¹ Becario doctoral (Beca cofinanciada CONICET — Universidad Austral). Ayudante Diplomado con Dedicación Exclusiva en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

de gobierno debe tener la última palabra en la especificación de los derechos. La conclusión a la que se aspira llegar es que, una vez respondidos interrogantes sobre qué son los derechos, cuál es su contenido y por qué son importantes, será posible discernir qué órgano político se encuentra en mejores condiciones para especificarlos y, a su vez, bajo qué fundamentos. Las respuestas, así, terminarán por suministrar los lineamientos necesarios para elaborar una teoría de la toma de decisiones políticas en materia de derechos.

Palabras clave: derechos; autoridad; bienes humanos básicos; bien común.

Abstract: The paper presents guidelines to develop an institutional theory of decision-making around rights that explains which authority is legitimated to specify them. This theory is made up of two sub theories: one about human rights, and the other about authority. To that aim, first, the paper reviews the need to conceive an objective, realistic and solid sub-theory of human rights, which allows the elaboration of conceptions of rights whose legitimacy does not depend exclusively on the will of the subjects (whether legislators or judges). In this sense, the paper considers the theory developed by John Finnis in *Natural Law and Natural Rights*. Second, a sub theory of authority of that relies upon the previously proposed conception of human rights is elaborated, which, in turn, allows determining which government body should have the last word in the specification of rights. The conclusion is that, once the questions about what rights are, what their content is and why they are important have been answered, it will be possible to discern which political body is in the best conditions to specify them and, in turn, on what grounds. The answers, thus, will end up providing the necessary guidelines to develop a theory of political decision-making around rights.

Keywords: Rights; Authorities; Basic Human Goods; Common Good

Recibido: 1.9.2022

Aceptado: 1.3.2023

Sumario

1. Introducción

2. Primera parte: derechos

- a. Consideraciones para una subteoría de derechos
- b. Hacia una subteoría de los derechos

3. Segunda parte: instituciones

- a. Consideraciones para una subteoría de la autoridad
- b. Hacia una subteoría de la autoridad

4. Conclusiones

1. Introducción

El primer paso para elaborar una teoría institucional de la toma de decisiones políticas en materia de derechos consiste en discernir cuáles son los problemas que debe poder responder. En este aspecto, los problemas son dos y se encuentran relacionados: (i) existen discrepancias sobre qué son los derechos, cuál es su contenido y cuál es el fin que los hace valiosos, lo que dificulta su especificación (Waldron, 2005, pp. 253-254; Dworkin, 1984, pp. 133, 146, 184) y (ii) a su vez, existen discrepancias sobre qué institución u órgano político

debe ser considerado como autoridad competente para especificarlos (Waldron, 2005, pp. 253-254).

Con relación al problema de los derechos, no existe una idea clara sobre si son libertades, reclamos, potestades, facultades, principios, privilegios, entre otras etiquetas con las que se los suelen denominar (Massini Correas, 2005, p. 80). De igual modo, existe incertidumbre sobre qué es lo que hace valioso a los derechos, más precisamente, se disiente en si protegen intereses, valores o bienes de las personas, aunque existe una aceptación generalizada de que son indispensables para una vida plena en sociedad. Tampoco existe certeza sobre cuál es el contenido de los derechos, esto es, cuáles son sus elementos integrativos y en qué medida deben estar concretizados (Webber et al., 2018, pp. 29-32).

A modo ilustrativo, estas dificultades pueden observarse en el pensamiento de dos autores contemporáneos de gran relevancia en la academia: Jeremy Waldron y Ronald Dworkin. Ambos se exponen sobre una teoría institucional para decidir sobre los derechos sin partir previamente de una teoría sólida sobre lo que son. El primero, Waldron, subraya la existencia de desacuerdos permanentes sobre los derechos y evita dar una definición explícita, al tiempo que resalta la necesidad de un procedimiento equitativo para su abordamiento y postula la legitimidad de los legisladores para realizarlo (Waldron, 2005, pp. 354-355). Por su parte, Dworkin, teoriza sobre los derechos humanos con mayor profundidad y trata de brindar una respuesta más allá de todo desacuerdo. Así, considera que los derechos son “cartas de triunfo”, que los individuos pueden imponer contra el Estado o las mayorías para proteger sus intereses individuales, y cuyas concepciones son elaboradas por el intérprete a partir de un método interpretativo judicial (Dworkin, 2014, pp. 167-168, 399-401; Dworkin,

1984, pp. 11, 37). No obstante, aun en este segundo caso, no hay un análisis en profundidad sobre cuáles serían los intereses que merecen ser protegidos y por qué. A su vez, en la medida en que la concepción de los derechos —lo que incluye la descripción de su contenido— deriva del juicio que el intérprete efectúa al analizar la práctica jurídica y social desarrollada por los miembros de una comunidad, los derechos no tienen consistencia propia, sino que devienen en una pura construcción intersubjetiva, sin un límite sustancial que ponga coto a la voluntad del intérprete. En consecuencia, su incondicionalidad queda comprometida, como así también la función subrayada por Dworkin, consistente en la protección de intereses individuales contra el Estado o las mayorías (Zambrano, 2013, p. 114).²

En ambos casos, tanto los legisladores como los jueces se encuentran sujetos a problemas de legitimidad para decidir sobre los derechos, debido a que parten de nociones abstractas sobre lo que son y no efectúan un esfuerzo serio por dilucidar cuáles son sus elementos constitutivos. Estas particularidades conllevan a que los derechos necesiten ser especificados en sus elementos para que puedan ser comprendidos y tengan fuerza concluyente; esto es, a fin

² Expresa Zambrano: “En otras palabras, se supone que los principios de derecho fundamental son, usando la terminología de Dworkin, cartas de triunfo frente al interés mayoritario. Pero si es un uso mayoritario lo que fija la referencia y con ello el sentido de los principios de derechos fundamental, se incurre en una contradicción performativa. Se niega con la acción lo que se afirma con las palabras. De forma tal que, o los principios de derecho fundamental se refieren a exigencias que tienen algún grado de inmutabilidad e independencia respecto del vaivén de los intereses e incluso de las convicciones mayoritaria, o dejan de ser ‘fundamentales’” (Zambrano, 2013, p. 114).

de que puedan ser tomados como razones necesarias y suficientes para actuar.³

Con relación al segundo problema —la autoridad— puede observarse que el desacuerdo sobre los derechos conlleva una

³La Dra. Zambrano, interpretando el pensamiento de Finnis, menciona que en el Derecho existen *principios de derecho fundamental* que pueden definirse como “toda norma que reconoce o incorpora derechos fundamentales en una práctica constitucional concreta, normalmente —aunque no de forma única— a través de enunciados normativos contenidos en constituciones y declaraciones de derechos”. A su vez, describe que estos principios están divididos en tres clases:

(i) Principios de derecho fundamental concluyentes: concluyen o finalizan el razonamiento práctico, por tanto, se identifican con una razón suficiente y necesaria para actuar. Además, emplean un lenguaje negativo, como, por ejemplo, “nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos...” (art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos). Dichos principios siempre reconocen derechos de naturaleza absoluta y son inalienables.

(ii) Principios de derecho fundamental con fuerza concluyente limitada, como, por ejemplo, “nadie podrá ser arbitrariamente detenido” (art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Estos principios reconocen derechos que, al igual que los de primera clase, no pueden ser restringidos por razones utilitaristas o de orden general, sino solo por las razones enunciadas expresamente en la norma que los prescribe.

(iii) Principios de derecho fundamental con fuerza directiva. Estos emplean fórmulas asertivas, como, por ejemplo, “todo individuo tiene derecho a la vida” (art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Estos se identifican con una razón para actuar necesaria, pero no suficiente, de allí que puedan estar limitados por razones de orden general. A su vez, se identifican con relaciones de dos términos —el sujeto titular de derechos y el objeto de la titularidad— y reconocen derechos inalienables, pero no absolutos.

Zambrano detalla, a título personal, que los dos primeros principios refieren a principios morales absolutos, existiendo entre aquellos y estos una relación de determinación, no de conclusión. Explica que, según Finnis, “ningún principio jurídico posee fuerza concluyente hasta que no se traduce en relaciones de tres términos, entre la persona titular; el derecho/objeto/libertad debido; y la persona obligada. Esta traducción exige especificar la identidad del titular del deber; la identidad del titular del derecho; el contenido exacto del deber; los poderes del titular del derecho para hacer valer su derecho; etcétera, y varía o puede variar de sistema en sistema y, dentro de cada sistema, puede hacerse de muchas formas posibles” (Zambrano, 2013, pp. 89, 92, 93).

discrepancia sobre cuál debe ser la autoridad competente para especificarlos y, también, cuál debe ser la forma idónea para lograrlo (Webber et al., 2018, pp. 15, 22-23, 54). En sencillas palabras, si no se sabe qué son los derechos, cuál es su contenido y para qué sirven, ¿cómo discernir cuál es el órgano que se encuentra en una mejor situación para concretizarlos?

En este aspecto, a diferencia de Dworkin, que postula que el poder judicial es la autoridad máxima para decidir sobre la especificación de los derechos, puesto que los magistrados son quienes resuelven con base en principios y, a diferencia de Waldron, que estima que el Parlamento es quien debe hacerlo, puesto que son los legisladores quienes cuentan con credenciales democráticas suficientes; aquí se partirá de un punto distinto: en un sistema republicano y democrático de gobierno la especificación de los derechos requiere un trabajo en conjunto del poder legislativo y el poder judicial. En otras palabras, la especificación de los derechos concierne a los legisladores, ya que son quienes elaboran las leyes que deben regir en una comunidad, aunque dicha tarea no es exclusiva de ellos (Webber et al., 2018, p. 15). Esto se debe a que los jueces también tienen un papel importante en la especificación de los derechos. Así, mediante la canalización de los reclamos particulares y la consecuente satisfacción del derecho a ser oído, colaboran en la identificación de contradicciones, lagunas y ambigüedades que presenta la legislación, a fin de que pueda ser rectificadas por los legisladores y, en consecuencia, los derechos puedan ser especificados de una forma precisa (Harel, 2018, pp. 192, 201-202).

En esta línea, una teoría institucional de la toma de decisiones políticas en materia de derechos que postula que el poder legislativo y el poder judicial deben interactuar mutuamente para que los

derechos sean especificados y salvaguardados, debe poder responder a los dos problemas mencionados con anterioridad: el de los derechos y el de la autoridad. Por eso, dicha teoría, como se indicó, se encuentra integrada por dos subteorías, una de los derechos y una de la autoridad. Para explicarlas, a lo largo del presente trabajo se procederá de la siguiente manera:

El cuerpo de trabajo se dividirá en dos partes, cada una con dos secciones.

En la primera parte se abordará la subteoría de los derechos. En la primera sección se indagará sobre los inconvenientes que produce la regulación *abstracta* de los derechos, como lo son su expansión irrestricta y la posibilidad de que sean manipulados. Luego se analizarán las dimensiones objetivas y subjetivas de los derechos, puesto que ambas deben ser contempladas para concebir una teoría de los derechos íntegra, de modo que no puedan ser entendidos solamente como una prerrogativa subjetiva, sino que también deben ser considerados como una exigencia de la justicia.

En la segunda sección, se postularán los elementos necesarios de la subteoría de los derechos. En primer lugar, se responderá qué son los derechos y cuál es su contenido. Para ello, se tendrá en cuenta la concepción de los derechos de Wesley Hohfeld, que señala una serie de elementos que integran la estructura interna de todo derecho (sujeto titular, pretensión y sujeto deudor) y, a su vez, explica la existencia de cuatro formas diferentes de entenderlos (libertad, reclamo, poder y privilegio). Acto seguido, a partir de los postulados de Finnis esgrimidos en *Natural Law and Natural Rights*, se indagará sobre por qué los derechos son importantes para los individuos, se detallará la relación que existe entre los derechos y los bienes básicos, los cuales son parte constitutiva del bien común. Por último, Se

subrayará el rol que cumplen los bienes como límites infranqueables que toda autoridad debe respetar para que sus normas sean moralmente correctas y legítimas en términos sustanciales.

En la segunda parte, se abordará la subteoría de la autoridad. Se tratará de discernir qué órganos de gobierno están en mejores condiciones para especificar los derechos y por qué. Como se indicó con anterioridad, el problema de la abstracción de los derechos provoca que crezcan en forma irrestricta y sean manipulables, lo que hace necesario que una autoridad pueda decidir sobre ellos y los determine.

A este fin, en la primera sección de la segunda parte se abordarán los presupuestos necesarios para la elaboración de una teoría de la autoridad, estos son: (i) el problema del desacuerdo sobre qué autoridad se encuentra en mejor posición para especificar los derechos; (ii) la necesidad de reconocer que el poder legislativo sanciona leyes con base en principios, ya que dicha característica no es exclusiva del poder judicial —en contra a los sostenido por Dworkin—; (iii) la aceptación de que el poder legislativo, como consecuencia de su estructura y las características intrínsecas de su modo de funcionamiento, se encuentra en una posición privilegiada para especificar los derechos; (iv) el reconocimiento de que el poder judicial puede contribuir a dicha especificación de los derechos mediante la canalización de los reclamos individuales. De allí que la especificación de los derechos necesariamente exige un esfuerzo mutuo entre el poder judicial y el legislativo.

En la segunda sección de la segunda parte de este capítulo, se describirá una posible forma de enriquecimiento mutuo entre el poder legislativo y el poder judicial para especificar los derechos a partir de ciertos postulados señalados en *Legislated Rights: Securing*

Human Rights Through Legislation, aunque corresponde mencionar que no se adherirá por completo al contenido de dicha obra, puesto que se encuentra enfocado exclusivamente en la especificación de los derechos por medio del poder legislativo y desconoce el rol relevante que tiene el poder judicial en dicha tarea (Etcheverry, 2022, p. 5).⁴ La forma de especificación que se trabajará en el presente trabajo se encuentra desarrollada a partir de la función de “guía de acción” que cumple el derecho. Esto es, por un lado, se subrayará la necesidad de que las leyes se conviertan en verdaderas guías de acción para facilitar la adjudicación judicial, lo cual conlleva que su elaboración deba cumplir con determinadas exigencias, como la regulación de los derechos que tenga en cuenta todos sus elementos constitutivos y la regulación de categorías legales que permitan a los magistrados resolver sus casos, a fin de evitar recurrir a la discrecionalidad al dictar sentencia. Por otro lado, las sentencias también deben devenir en auténticas “guías de acción” para el poder legislativo. Para eso, deben poder identificar los vicios de la legislación —ambigüedad, vaguedad, contradicción y lagunas— y, a su vez, precisar el contenido de los derechos a luz de los hechos del caso, a fin de evitar una comprensión equívoca de los derechos y reducir los consecuentes conflictos que acontecen en la esfera pública.

⁴ Señala Etcheverry: “En el libro que se comenta, se pone tanto énfasis en la etapa legislativa que termina olvidando el eslabón judicial de la cadena de determinación del derecho” (Etcheverry, 2022, p. 5).

2. Primera parte: Derechos

a. Consideraciones para una subteoría de derechos

Esta sección tiene por objeto esbozar los lineamientos para una subteoría de los derechos humanos, a cuyo fin se tratará de responder los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el problema que presentan los derechos en la actualidad? ¿Qué se entiende por la doble dimensión objetiva y subjetiva de los derechos? ¿Qué son los derechos? ¿Cuáles son sus elementos constitutivos? ¿Por qué los derechos son importantes para los miembros de una sociedad? Con respecto a este último interrogante, se vislumbrará la relación que existe entre los derechos y los bienes básicos humanos y, a su vez, entre estos y el bien común. Por último, se detallará cuál es el rol que cumplen los bienes básicos en relación con la legitimidad de las leyes y sentencias que derivan de los órganos legislativo y judicial.

Los inconvenientes derivados de la abstracción

El carácter abstracto de los derechos consiste en entenderlos como realidades desvinculadas de lo que son, sus elementos constitutivos y el fin que persiguen. En este sentido, es habitual que en los discursos jurídicos dichos interrogantes se den por supuestos. No obstante, no abordarlos con precisión genera una errónea comprensión y provoca una retahíla de conflictos entre derechos en la arena política. En este sentido, una teoría de los derechos necesariamente debe poder explicar dichos interrogantes sin darlos por sobrentendidos. Allí reside el éxito de la especificación de los derechos.

Como se mencionó con anterioridad, los problemas que derivan de la abstracción son los siguientes: (i) los derechos pueden expandirse en forma irrestricta y (ii) pueden ser manipulados.

En relación con el primer inconveniente, no discernir qué son los derechos, cuál es su contenido ni cuál es el fin por el cual son valiosos, provoca una “inflación” de derechos. Así, pueden encontrarse derechos “exóticos” que adolecen de vaguedad, como los derechos de las máquinas —robots, androides o ginoides—, los derechos de los animales no humanos —en especial de los primates más evolucionados— y otras singularidades que suelen reclamarse en la esfera política a fin de que sean reconocidas y garantizadas por el Estado. En este aspecto, todo lo que puede ser enmarcado como un deseo, interés, aspiración o libertad puede ser concebido como un derecho, no considerándose al ser humano como sujeto titular exclusivo de ellos (Massini, 1989, p. 87). Dicho fenómeno provoca una degradación de la concepción tradicional de los derechos humanos o, al menos, se aleja de cómo fueron originariamente pensados, cuando su función residía en salvaguardar la dignidad de los seres humanos contra el ejercicio abusivo del poder estatal o de terceros (Sumner, 1985, p. 20; Glendon, 1991, pp. 171-173; Cruz Parceró, 2001, pp. 41-42).

En relación con el segundo inconveniente, el peligro de adherir a una concepción abstracta de los derechos es que puedan ser manipulados por gobiernos, partidos políticos o diferentes organismos, para que sean funcionales a intereses sectarios o demagógicos. Así, es común que sean tergiversados para que encuadren en discursos partidarios o ideológicos. Por lo tanto, devienen en objeto de dominio por quien se encuentra en una posición dominante para decidir qué son, cuál es su contenido y cuál

es el fin que persiguen, lo cual beneficia intereses egoístas y los convierte en instrumentos de poder, con prescindencia de lo que es moralmente correcto en términos objetivos (Massini Correas, 1989, pp. 104-105). Nuevamente, si no se sabe qué es un derecho, cuáles son sus elementos estructurales y cuál es el fin que los hace valiosos, entonces cualquier conducta o estado de cosas puede ser catalogada como un derecho.

La dimensión objetiva y subjetiva de los derechos

Para efectuar una primera delimitación de lo que es un derecho, es meritorio efectuar una remisión a la historia. Así, puede observarse que existe una concepción de los derechos *objetiva*, propia de los jurisconsultos romanos, y otra *subjetiva*, propia de los filósofos de la modernidad como Hugo Grocio y Francisco Suarez. En aras a elaborar una subteoría de los derechos íntegra, es necesario complementar ambas concepciones, puesto que las dos brindan sus respectivos aportes para discernir cómo los derechos deben entenderse en la actualidad.

De este modo, la noción *objetiva*, identifica al derecho con la palabra *ius* que refiere a la *cosa justa o realidad justa*, es decir “la parte de bienes que corresponde a cada ciudadano en los repartos que deben realizarse en la comunidad política” (Massini Correas, 2005, p. 60). En este sentido, se concibe a *ius* como *lo justo en sí mismo* (Massini Correas, 1989, p. 90; Webber et al., 2018; pp. 45-46); es decir, como el objeto de la justicia (*iustitia*), virtud a la que Aquino concibió como “el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho” (Hervada, 2008, p. 46; Aquino, 2018, pp. 269-272; Ortiz de Landázuri, 2020, p. 559). En la antigüedad no existía la noción de derecho como la que se conoce hoy en día, esto es, con

las locuciones “tengo derecho a” o “tengo derecho de”, las cuales remiten a una facultad de exigir que descansa en cabeza de su titular y se identifica con un derecho subjetivo (Massini Correas, 1989, p. 65).

Siguiendo esta línea, la noción subjetiva de los derechos tiene su origen en el pensamiento de Guillermo de Ockham, quien desde su cuasi-nominalismo “redujo el campo de los entes cognoscibles al de los singulares aprehensibles por la sensibilidad” (Massini Correas, 1989, p. 60). De este modo, a partir de concebir a todo conocimiento como un producto de la voluntad, los derechos quedaron reducidos a prerrogativas subjetivas, negando así toda abstracción intelectual. Esta noción del derecho de Ockham termina por influir en la doctrina de filósofos modernos, como Suárez y Grocio, en quienes puede observarse que reemplazan la noción objetiva de los derechos por una subjetiva, caracterizada por concebir al derecho como una facultad (*facultas*) que tiene el sujeto titular y que yace fundada en su naturaleza racional, quedando así eclipsada la noción de derecho como *ipsa res iusta*, expresada por Aquino (Widow Lira, 2001, p. 213).⁵

Así, pueden observarse dos nociones de derecho: la tradicional, de carácter objetivo, enfocada en el estado de cosas justo, y la moderna, de carácter subjetivo, que lo hace en el sujeto titular y su razón (Massini Correas, 1989, p. 90; Webber et al., 2018, pp. 46-47; Finnis, 1992, pp. 235-237).

⁵ Explica Widow que Suárez entiende por *ius* la facultad o aptitud que sobreviene al sujeto luego de que, en virtud de la justicia, un objeto es determinado como suyo. Menciona las siguientes palabras de Suárez traducidas de su *Tractatus de Legibus*: “Y en base a esta posterior y estricta significación del *ius*, se suele llamar propiamente *ius* a cierta facultad moral que cada uno tiene, ya acerca de sus cosas, ya acerca de las cosas que le son debidas. Y así, en efecto, se dice dueño de la cosa del que tiene derecho en la cosa, y del operario se dice que tiene derecho al estipendio, por razón de lo cual se dice digno de su paga” (Widow Lira, 2001, p. 213).

En este aspecto, ambas nociones brindan sus respectivos aportes a cómo deben entenderse los derechos. La noción subjetiva ayuda a la comprensión de los derechos mediante el aporte de un lenguaje que se encuentra en sintonía con cómo los derechos son entendidos en la actualidad y que es habitual entre los juristas. Así, la fórmula “X tiene un derecho a Y”, observable en los tratados internacionales y constituciones nacionales, refiere exclusivamente a aptitudes o posibilidades que tiene el sujeto titular y son oponibles frente al Estado y terceros. No obstante, el peligro de considerar los derechos exclusivamente desde dicha perspectiva, que tiene en cuenta solo la persona del beneficiario y prescinde de las obligaciones que todo derecho conlleva, reside en que puedan devenir imprecisos y su exigibilidad quede comprometida (Massini Correas, 2005, p. 62).

Por otra parte, la noción objetiva de los derechos también provee sus aportes. En primer lugar, es meritorio reconocer que no se encuentra imbuida de un lenguaje que sea acorde a los tiempos presentes. De hecho, en la antigüedad los derechos no hacían referencia exclusivamente a prerrogativas subjetivas sino a situaciones jurídicas que incluían facultades y deberes —como los que tiene el *pater familiae* debido a su posición dentro de su claustro íntimo—. El foco estaba puesto, no en los sujetos, sino en lo que requiere la justicia con respecto al cumplimiento de la pretensión que vincula a ambas partes de la relación: titular y deudor. La ventaja de dicha noción consiste en que considera la exigencia de la justicia para discernir qué debe ser considerado como derecho, no siendo únicamente la voluntad individual del sujeto titular o una norma positiva emanada por la voluntad de los hombres el único criterio para concebirlos como existentes.

Una concepción de los derechos íntegra debe poder complementar ambas dimensiones de los derechos: la subjetiva, que los concibe como facultades de su titular, y la objetiva que tiene en cuenta las exigencias de la justicia para discernir qué facultad debe ser considerada como derecho. Si los derechos (*iura*) tienen un correlato con la justicia (*iustitia*), lo que la justicia exige es la concretización de lo justo; es decir, el derecho que es debido a su titular por aquel que se encuentra obligado a satisfacerlo. Así, tanto la posición tradicional como la moderna, pueden enriquecer la comprensión de los derechos en la medida en que se entiendan en forma interrelacionada y complementaria (Finnis, 1992, p. 239).

b. Hacia una subteoría de los derechos

Conceptualización y composición interna de los derechos

En línea con lo desarrollado, es menester concebir una teoría que tenga en cuenta las exigencias mencionadas en los epígrafes anteriores, esto es: (i) que pueda evitar los problemas concernientes a la expansión irrestricta de los derechos y su manipulación y (ii) que tenga en cuenta la doble dimensión, objetiva y subjetiva, para concebir a los derechos de una manera adecuada. Dichas exigencias deben ser tenidas en cuenta a fin de desarrollar una subteoría de los derechos humanos. De este modo, en lo que respecta al presente epígrafe, se indagará sobre qué son los derechos y cuál es su contenido; y, en los próximos epígrafes, se responderá a la cuestión relativa al fin que persiguen.

¿Qué son los derechos? En un sentido general, como se mencionó con anterioridad, los derechos se identifican con una facultad del sujeto (*facultas*). No obstante, Massini delimita aún más el término y

precisa que los derechos refieren a una *cualidad que inhiere a un sujeto*. La misma se presenta en la realidad como una aptitud de un individuo (sujeto titular) para realizar algo o recibir algo (pretensión) en referencia a otro individuo (sujeto deudor). De allí que suponga en el sujeto una *potencialidad* para la realización u obtención de ciertos objetos. Esta potencialidad no es meramente *fáctica* (es decir, una aptitud de hecho para concretizar cierta conducta), sino *deóntica*, puesto que debe ser reconocida por terceros, aunque el sujeto titular no la ejerza —así, por ejemplo, un sujeto cuadripléjico que no puede moverse por sí mismo sigue siendo titular de la libertad de tránsito aunque no pueda materializarla por voluntad propia— (Massini Correas, 2005, p. 64).

El derecho entendido como *posibilidad deóntica* puede presentarse de cuatro modalidades diferentes: libertad, reclamo, poder y privilegio. En este aspecto, es conveniente seguir a Hohfeld quién, a su vez, en dicha clasificación considera los elementos constitutivos que deben existir en una relación jurídica para que sea identificada con un derecho —sujeto titular, pretensión y sujeto deudor—. En este sentido, puede observarse lo siguiente (Hohfeld, 1919, pp. 35-36; Webber et al., 2018, pp. 41-42; Massini Correas, 1989, pp. 88-89):

- Derecho-reclamo: el sujeto A tiene el derecho (*claim-right*) a reclamar la pretensión X por parte del sujeto B si, y solo si, B tiene la obligación (*duty*) de realizar X en favor de A (Hohfeld, 1919, pp. 6-7, 38).
- Derecho-libertad: A tiene la libertad (*liberty*) de realizar o no la pretensión X con respecto a B si, y solo si, B no tiene ningún derecho-reclamo (*no-right*) de que A realice o no X. Aquí B

tiene un deber de abstención o no-derecho (*no-right*) de que A haga o no X (Hohfeld, 1919, pp. 7, 38-39).

- Poder: A tiene un poder (*power*) con respecto a B en relación con X si, y solo si, B se encuentra expuesto a que su posición legal sea modificada por la realización de la pretensión X por parte de A. Aquí B tiene una responsabilidad (*liability*) de cambiar su posición legal en virtud de la conducta de A en relación con X (Hohfeld, 1919, pp. 7-8, 50-51).
- Inmunidad: A tiene inmunidad (*immunity*) con respecto a B en virtud de X si, y solo si, B no tiene el poder para cambiar la posición legal de A en la realización o no de X. Aquí B tiene una incapacidad (*disability*) para modificar la posición de A en relación con X (Hohfeld, 1919, pp. 8-9, 60-61).

En cualquiera de las cuatro relaciones puede observarse que existen tres términos (A, B y X).⁶ Por consiguiente, las relaciones entre las partes se diferencian según cuál sea el vínculo que existe entre ellas con respecto a la pretensión X. Así, en cada relación existe una correlatividad de categorías que se dan con base en la mencionada pretensión. En la primera relación un derecho-reclamo debe estar

⁶ Massini, aparte de los tres elementos constitutivos de los derechos (sujeto titular, pretensión y sujeto deudor), menciona un cuarto elemento: el *principio o fundamento* que justifica la exigencia del derecho: “tanto la posibilidad de exigir que se denomina como *derecho*, cuanto el *deber* que aparece necesariamente como su correlativo, suponen una cierta instancia justificatoria, que dé razón de esa exigencia y de ese deber; en otras palabras, un fundamento que les otorgue base racional y los distinga de las meras imposiciones de hecho”. Agrega: “todo derecho en el sentido estudiado presupone o importa un principio normativo o valorativo que lo justifica en última instancia”. Por último, detalla que dicho principio normativo reside en el *título* que es “la razón o fundamento inmediato por el cual una conducta es debida por un sujeto a otros”. De allí que una fórmula completa de lo que implica tener un derecho sería: “A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y” (Massini Correas, 2005, pp. 66, 68, 70).

acompañado de una obligación (*liability*); en la segunda, un derecho-libertad lo está de una abstención o no derecho (*no-right*); en la tercera, un poder o potestad está vinculado a una responsabilidad (*liability*); y, en el último caso, una inmunidad está ligada a una incapacidad (*disability*) (Webber et al., 2018, pp. 41-42; Hohfeld, 1919, pp. 37-64).

A modo de ejemplo, puede mencionarse el derecho abstracto regulado en el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que expresa “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”. En aras a especificarlo con todos sus elementos, teniendo en cuenta las relaciones que puede originar en el campo práctico, puede detallarse la siguiente explicación brindada por Webber: una persona A tiene la libertad de criticar las políticas de su gobierno mediante publicaciones en un diario; en forma correlativa, el gobierno tiene el no-derecho de impedirlo. No obstante, A *no* tiene un derecho-reclamo a que el diario publique su crítica, sino que, por el contrario, el diario tiene el derecho-libertad de seleccionar el contenido que quiere mostrar. Por lo que en forma correlativa al derecho-libertad del diario se encuentra el no-derecho-reclamo de A. Por su parte, al ejercer la libertad de prensa, el diario corre con la responsabilidad de ser demandado por el contenido o la forma en que expresa sus contenidos (por ejemplo, en caso de que haya incurrido en difamación). De este modo, la persona perjudicada tiene el poder de iniciar una acción judicial y, a su vez, el diario tiene la inmunidad de no hacer públicas las fuentes de su información, razón por la cual el demandante tiene la incapacidad de efectuar dicha petición (Webber et al., 2018, p. 42).

Por consiguiente, ante una materia como la libertad de expresión pueden dilucidarse diferentes relaciones que involucran a distintos

sujetos y proyectan sus respectivos efectos. Los titulares tienen sus propios derechos con sus correspondientes obligaciones en virtud de una pretensión determinada. Para que los derechos no se solapen entre sí, en cuanto a sus alcances, es necesario especificarlos considerando sus tres elementos. Así, los individuos podrán prever el alcance que tienen y guiar sus conductas de una manera armónica, respetando los derechos de terceros. El corolario que deriva del análisis propuesto por Hohfeld es el siguiente: existe una interdependencia de derechos, producto de la confluencia de las actividades humanas que pueden desarrollarse en una comunidad. Así, los derechos deben ser concebidos en forma interrelacionada, lo que implica que las relaciones de unos deban ser especificadas a la luz de las relaciones de otros (Webber et al., 2018, pp. 43-44).

En conclusión, mediante el presente abordaje es posible responder a qué son los derechos y cuál es su contenido a fin de poder especificarlos. Así, es posible arribar a las siguientes conclusiones: (i) los derechos se corresponden con la aptitud o potencialidad deóntica de un sujeto para exigir la satisfacción de una determinada pretensión a otro sujeto; (ii) esto permite observar que el contenido de los derechos se identifica con tres elementos, el sujeto titular, el objeto o pretensión y el sujeto deudor y (iii) a partir de la propuesta de Hohfeld, es posible observar que dicha potencialidad deóntica puede realizarse de cuatro formas diferentes: libertad, reclamo, privilegio o inmunidad. Lo cual fue explicado mediante el ejemplo de la libertad de expresión. De esta manera, el derecho debe ser delimitado en sus partes y en su objeto, para que pueda dilucidarse cuáles son las obligaciones que se desprenden del mismo y se tornan exigibles.

La importancia de los derechos: bienes básicos y bien común

La cuestión de los derechos no se encuentra completamente abordada solo con explicar qué son los derechos y cuál es su contenido, sino que es menester preguntarse por qué los derechos son importantes para los miembros de una comunidad. Es necesario dilucidar qué relación tienen con los bienes básicos de los individuos y, a su vez, en qué medida su respeto o vulneración afecta la legitimidad de los productos —leyes o sentencias— emanados por los órganos de poder. En este sentido, tales postulados se abordarán mediante los siguientes epígrafes: (i) bienes básicos y derechos humanos; (ii) bienes básicos y bien común y (iii) bienes básicos y autoridad.

Bienes básicos y derechos humanos

Los derechos humanos son importantes porque protegen bienes básicos de los individuos (Finnis, 1992, p. 234). Dicha premisa adquiere importancia porque evita caer en la ambigüedad en la que incurren ciertas teorías de los derechos —como la esgrimida por Dworkin que, por ejemplo, considera que *los derechos protegen valores o intereses*, sin precisar cuáles serían dichos intereses o valores—. Para explicar la vinculación que existe entre derechos y bienes es necesario discernir qué son los bienes humanos básicos, cuáles son sus características y en virtud de qué reglas deben ser interpretados.

Según Finnis, existen ciertos bienes básicos que constituyen aspectos centrales de la realización humana en sentido pleno —llámese florecimiento humano—, de allí que todo individuo debe bregar por perseguirlos y realizarlos, siendo esta una exigencia de la razón práctica, puesto que son “necesarios para formular y ejecutar

un plan racional de vida” (Finnis, 1992, p. 162).⁷ El autor postula que todas las sociedades humanas, en mayor o menor intensidad, muestran una preocupación por salvaguardar ciertos bienes básicos como la vida, el conocimiento, la sociabilidad, el juego, la religión, la experiencia estética y la razonabilidad práctica (Finnis, 1992, pp. 121-122, 183).⁸

Considera, además, que estos bienes pueden protegerse de diferentes formas, ya que las sociedades son culturalmente diversas y muestran diferentes niveles de progreso. Así, por ejemplo, el bien fundamental de la vida puede salvaguardarse mediante la prohibición de la tortura, entre otras. Es debido a su importancia intrínseca y conocimiento generalizado que estos son tenidos como universales (Finnis, 1992, p. 139). Toda vez que los individuos persiguen la realización de dichos bienes, o de algún aspecto de ellos, es que devienen en propósitos o razones básicas de las acciones humanas (Finnis, 2011, p. 443).

El autor menciona que dichos bienes tienen ciertas características: son *fundamentales e irreductibles*, puesto que no

⁷ Véase que Finnis define a los bienes básicos como principios prácticos básicos (*basic practical principles*) que indican formas básicas del florecimiento humano. A su vez, señala que existen unas exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica (*basic methodological requirements of practical reasonableness*) que deben ser tenidas en cuenta para interpretar en forma congruente los bienes básicos a fin de guiar la conducta humana hacia el florecimiento humano (Finnis, 1992, p. 57).

⁸ Corresponde mencionar que, según Finnis, dichos bienes no son taxativos sino enunciativos: pueden existir otros que deriven o se identifiquen con una dimensión de ellos. Expresa: “Ahora bien, aparte de la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética y la religión, hay innumerables objetivos y formas de bien. Pero yo sugiero que, al analizarlos, se verá que estos otros objetivos y formas de bien son maneras o combinaciones de maneras de buscar (no siempre con sensatez) y de realizar (no siempre con éxito) una de las siete formas básicas de bien, o alguna combinación de ellas” (Finnis, 1992, p. 121).

pueden ser concebidos como un mero aspecto de otro bien o un instrumento para realizar otro bien básico; por tanto, no puede considerarse a uno de ellos como más importante que los demás (no existe un orden jerárquico entre ellos), sino que son todos igualmente importantes y apetecibles (Finnis, 1992, p. 123). A su vez, considera que son *evidentes* —*per se nota*—, es decir, se captan por evidencia, la cual se identifica con un conocimiento inmediato por medio del uso de la razón, aunque no conlleva un ejercicio de razonabilidad por inferencia. De allí que los bienes también se tengan como *inderivables* de juicios anteriores o hechos de la realidad y, a su vez, no requieren justificación o demostración alguna (Finnis, 1992, p. 123; Dandois, 2014, pp. 44-47).⁹

⁹ Es menester destacar que el hecho de que los bienes humanos básicos sean evidentes no implica que sean asequibles a todos, sino solo por aquellos que tienen una “sabiduría práctica” (*practical wisdom*). Explica Finnis, quien recurre al Aquinate: “Aun cuando, más tarde, Tomás de Aquino distinguió claramente un tipo de principios prácticos que él consideraba evidentes por sí mismo para cualquiera con experiencia e inteligencia suficientes para comprender las palabras con que se formulan, él enfatizó que los principios morales tales como los Diez Mandamientos son conclusiones a partir de los principios primarios evidentes por sí mismos, que razonar hasta alcanzar tales conclusiones exige un buen juicio, y que hay muchas otras normas más complejas y particulares que han de seguirse y muchos juicios y decisiones morales que han de hacerse, todos los cuales exigen un grado de sabiduría práctica que (dice él) pocos hombres de hecho poseen”. Y, a renglón seguido, señala a partir del pensamiento del estagirita: “ahora, podría decir uno, está muy bien para Aristóteles sostener que la ética solo puede ser satisfactoriamente explicada por quienes y a quienes son experimentados y sabios y realmente poseen hábitos buenos, y que sólo es probable que se hallen estas características en sociedad que ya poseen pautas de conducta suficientemente correctas, y que la moral popular tales sociedades (en cuanto cristalizada y detectable en su lenguaje de elogio y de reprobación, y en sus tradiciones de sabiduría popular) es un indicador generalmente correcto para la elaboración de la ética. Él puede sostener que lo que es correcto y moralmente bueno es visto por el hombre que es prudente y moralmente bueno (el *phronimos*, o también el *spoudaios*), y que lo que un hombre así piensa y hace es el criterio de la terminología adecuada y de las conclusiones correctas en la ética —y en la política—” (Finnis, 1992, pp. 132-133).

También los consideran “pre-morales”, porque su existencia no supone un juicio moral, puesto que no se encuentran vinculados con la bondad o maldad de una acción humana en particular, esto es, en consideración con un objeto, circunstancia y fin determinado (Finnis, 2011, pp. 442-443).¹⁰

Desde un sentido teleológico, tales bienes básicos devienen en importantes para el ser humano porque, en la medida que participa en ellos, puede alcanzar el florecimiento humano o vida plena. De allí que el desafío del razonamiento moral consista en discernir en qué medida es razonable perseguirlos dadas determinadas circunstancias. Así, una vez aplicado dicho discernimiento a situaciones concretas mediante el ejercicio de la razonabilidad práctica es posible diferenciar los actos moralmente correctos de los incorrectos (Finnis, 1992, p. 57). No obstante, si bien los individuos pueden considerar que unos bienes son más importantes que otros, lo cierto es que todos son importantes para lograr el florecimiento humano. De allí la relevancia de que todos sean imprescindibles para lograr un plan de vida coherente. Por ejemplo: un sacerdote puede dar mayor predilección a la religión que a otros bienes como la vida o el juego; sin embargo, no puede negar alguno de ellos a costa de

¹⁰ Explica Finnis, en relación con el carácter *pre-moral* de los bienes básicos (también llamados principios directivos de la acción humana): "el ejemplo es el valor básico o, mejor, el bien inteligible básico del conocimiento, y el correspondiente principio básico del razonamiento práctico. Los principios prácticos básicos recogen los valores básicos como bueno y que han de ser perseguidos (perseguidos) —es decir, son principios normativos que, al informarnos, nos orientan. Como dice la primera oración, no son principios morales— afirmarlos como tales no es cuestión de hacer juicios morales" (Finnis, 2011, p. 442). (La traducción es mía). Al mismo tiempo, corresponde mencionar que, si bien los bienes básicos son pre-morales, estos adquieren normatividad una vez que son "*modelados y regulados* por la razonabilidad práctica", en consideración a una situación concreta (Finnis, 2011, p. 442).

satisfacer otros, todos son importantes para una vida plena (Finnis, 1992, pp. 136-137, 148-154).

Luego de explicar qué son los bienes básicos y cuáles son sus características, es factible discernir qué relación existe entre los bienes básicos y los derechos humanos. En este sentido, el contenido de los derechos no se identifica exclusivamente con un beneficio o interés particular, ni tampoco con un valor. Ambas respuestas adolecen de vaguedad toda vez que no se delimita qué debe ser entendido por interés o valor. Así, por ejemplo, un interés podría abarcar deseos, sentimientos, entre otros elementos de la subjetividad, que van más allá de lo que merece ser tenido como fundamental. Lo mismo sucede cuando se afirma que el contenido de los derechos se identifica con valores, puesto que existen valores de diferentes categorías —pecuniarios, utilitaristas, normativos—, al tiempo que no se precisa la razón por la cual algo debe ser considerado valioso, ni en dónde reside su fuerza deóntica.¹¹

En cambio, Finnis trata de superar dichas ambigüedades y precisa que los derechos protegen bienes básicos o alguna dimensión de ellos, en los cuales reside la razón por la cual son exigibles. Por eso, menciona que se tiene un derecho siempre que:

Una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo inter alia, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de

¹¹ En este aspecto, es meritorio recordar la objeción efectuada por Yowell sobre la falta de una base normativa precisa en la concepción de los derechos de Dworkin (Yowell, 2018, p. 96).

bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo (Finnis, 1992, p. 234; Massini Correas, 2020, p. 35).

Bienes y bien común

En aras a completar la noción de los bienes básicos es menester remarcar que los mismos no forman un compartimento estanco, sino que se encuentran relacionados con el bien común. En este sentido, el bien común consiste en "asegurar todo un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que tendieran a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal" (Finnis, 1992, p. 183). Y, más precisamente, explica que puede ser concebido como:

Un conjunto de condiciones que capacita a los miembros a de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad (Finnis, 1992, p. 184).

Siguiendo esta línea, puesto que la realización de los bienes básicos nunca es completa y sumado al hecho de que pueden ser actualizados de diferentes formas en una comunidad en donde reina la pluralidad de creencias, la única manera de satisfacer los derechos es mediante la cooperación entre sus miembros. De este modo, el bien común exige un esfuerzo colectivo, lo cual puede observarse en forma más nítida en los bienes referidos a la amistad y la familia (Finnis, 1992, pp. 116, 184, 405). Así, coordinar los distintos planes de vida de los ciudadanos es un desafío complejo, requiere que los

sujetos discernan y consensúen cuáles son las condiciones imprescindibles para que cada uno pueda desarrollar su propio plan de vida y, al mismo tiempo, cuál es la mejor forma de garantizarlo, siendo el fin último de la comunidad lograr la vida plena de todos y cada uno de sus miembros (Finnis, 1992, pp. 117, 183-185).

De esto se desprende la siguiente conclusión: asegurar los derechos individuales y promover el bien común son dos caras de una misma moneda. Toda vez que los derechos humanos protegen los bienes básicos, estos deben ser concebidos teniendo en cuenta el bien común y no en forma aislada como si su delimitación descansase en individuos ermitaños que no necesitan vincularse con sus semejantes. De allí el significado del adjetivo *común*, esto es, un bien es común porque en él participan los miembros de la comunidad y es importante para todos (Finnis, 1992, p. 243).¹² De este modo, por un lado, el bien común actúa como un marco para que el ejercicio de los derechos sea posible y, a su vez, como un límite contra concepciones de derechos que impiden que los bienes básicos sean entendidos en forma armónica e interrelacionada (Finnis, 1992, p. 246; Massini Correas, pp. 44-46). Dicha exigencia fue receptada en el Artículo X la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual expresa que el ejercicio de los derechos que protegen bienes humanos básicos debe efectuarse bajo las exigencias del bienestar general (Finnis, 2011, p. 459).

En síntesis, el bien común no debe ser entendido en forma antagonica con los derechos, sino como un bien que los contempla y

¹² Finnis señala que: “el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo beneficio, derivado del cumplimiento del deber por parte de otros, constituye un derecho porque les es exigido a esos otros en justicia” (Finnis, 1992, p. 239).

los hace posibles (Massini Correas, 2020, p. 46). Al respeto, expresa Finnis:

Lo que la referencia a los derechos aporta en ese esbozo —el esbozo de los contornos del bien común— es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término «bien común», a saber, que el bienestar de todos y de cada uno, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo momento por los responsables de coordinar la vida en común. De este modo —concluye— (...) no tiene ninguna cabida una apelación al 'bienestar general' contra el 'ejercicio' de estos derechos (Finnis, 1992, pp. 242-243; Massini Correas, 2020, p. 45).

Esto implica que el bien común no debe ser concebido como un mero instrumento para promover los bienes básicos, sino que más bien, la noción de bien común es intrínseca a la de bienes básicos. El florecimiento de los individuos es posible gracias a la colaboración, cooperación y asistencia recíproca entre los miembros de una comunidad, lo cual hace eco en la idea aristotélica de que la mejor sociedad es aquella en la cual existen vínculos de amistad entre sus integrantes. De este modo, el bien común es deseable y querido por todos y cada uno de los conciudadanos (Finnis, 2011).

En consecuencia, una vez más, corresponde resaltar que cada bien básico “puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotables de formas o una variedad inagotable de ocasiones” (Finnis, 1992, p. 131). La especificación de los derechos humanos requiere, por tanto, un procedimiento racional en donde no se silencien las voces disidentes y se respete la diversidad de creencias. Esto conlleva que la actualización de los derechos no debe reducirse a la concreción de un único plan de vida razonable

según el cual los individuos deban proyectar sus vidas (Finnis, 1992, p. 248; Ortiz de Landázuri, 2020, p. 563). Sin embargo, no podemos dejar de admitir que existen ciertas exigencias de la razonabilidad práctica que deben ser tenidas en cuenta para proyectar un plan de vida íntegro y respetuoso de los requerimientos del bien común, las cuales se desprenden de las características de los bienes básicos mencionadas previamente, esto es: ningún bien es superior a otro, todos son queribles en pie de igualdad, no se debe realizar uno en detrimento de otros y es irracional toda acción que se dirija en forma directa contra alguno de ellos (Finnis, 1992, pp. 136-155; Massini Correas, 2020, pp. 54-56).

En conclusión, puede observarse como la noción de derecho esbozada adquiere un mayor entendimiento si se responde a qué es un derecho, cuál es su contenido y para qué sirven, a partir de los aportes de Finnis y Hohfeld (Finnis, 1992, pp. 228-229). Así, puede afirmarse a modo de síntesis que: un sujeto deviene en titular de un derecho cuando una exigencia de la razonabilidad práctica le reconoce la facultad de requerir a otro sujeto una determinada pretensión —sea de acción, dación u omisión— que deviene en deónticamente necesaria para la realización, promoción o salvaguarda de un bien fundamental básico o una dimensión de este que, a su vez, se constituye como presupuesto necesario para lograr el florecimiento humano (Massini Correas, 2020, p. 35). A modo ilustrativo, el derecho a la educación protege y promueve la realización del conocimiento, el derecho al matrimonio promueve bienes como la amistad y el derecho a la libertad de culto salvaguarda el bien de la religión, descansando en el objeto de protección la razón por la cual son exigibles y deben respetarse (Ortiz de Landázuri, 2020, p. 554).

Bienes básicos y autoridad

No puede dejar de observarse que, conforme a lo explicado, el fundamento de los derechos es objetivo y subyace en la existencia de determinados bienes básicos propios de la naturaleza racional del hombre. No descansa en cálculos utilitaristas ni en un método constructivo que el intérprete debe seguir. Por consiguiente, la fuerza normativa de los derechos no reside en la simple autonomía de la voluntad —sea la voluntad de jueces o legisladores—. De allí que dicho corolario adquiera una doble importancia en la arena política. Puesto que, por un lado, permite limitar la actividad de las autoridades que tienen la potestad de especificar los derechos y su contenido. Y, por el otro, legitima los productos que emanan de las autoridades, puesto que las leyes o sentencias serán legítimas en la medida en que salvaguarden los derechos, los cuales a su vez protegen bienes básicos.

De este modo, la concepción de los derechos, pensada a partir de los postulados de Finnis, se erige como un límite a la aplicación de la teoría integral de la interpretación efectuada por los jueces. No alcanza con satisfacer el presupuesto de la integridad en la elaboración de concepciones de derechos para que estas sean tenidas como auténticas, sino que también deben ser respetuosas de los bienes fundamentales y las reglas de la razonabilidad práctica que permiten comprenderlos de una manera coherente. Lo mismo sucede con los legisladores, la regulación de los derechos por medio de la legislación debe ser respetuosa de los bienes básicos y de las exigencias del bien común. Caso contrario, no estarían legislando para promover el fin último de la comunidad, el florecimiento humano. De este modo, la exigencia del respeto de los derechos, entendido como elementos que protegen los bienes básicos, se

constituye como límites a la arbitrariedad, tanto en lo que respecta a la actividad jurisdiccional como a la actividad legislativa.

Al mismo tiempo, como se mencionó, el respeto a los derechos entendidos como aptitudes deónticas que protegen bienes básicos, o una dimensión de ellos, se erige como una exigencia que otorga legitimidad democrática a los productos emanados de los órganos competentes. Esto se debe a que los bienes básicos constituyen un núcleo sustancial que se encuentra en la estructura de toda comunidad, es decir, conforman los principios que sus miembros deben salvaguardar para poder coexistir como sociedad. En este sentido, puesto que el deber de las autoridades es regular normas para el desarrollo de la comunidad y su convivencia pacífica, el respeto de los bienes deviene en una obligación positiva de toda autoridad estatal.¹³

En definitiva, la autonomía de la voluntad —sea de los legisladores o jueces— requiere un sentido teleológico para proyectarse en forma valiosa, el cual se identifica con la promoción y respeto de los bienes fundamentales —propios y ajenos— y, en sentido ulterior, con el florecimiento humano. La autonomía no es valiosa en sí misma, no constituye una razón para actuar, sino que solo lo es en la medida que propende al bien. De allí que no cualquier proyecto de vida pueda ser considerado como coherente con las exigencias de la razonabilidad práctica, solo aquellos que son conducentes a la perfección humana en su pluralidad de formas. Una vez más, son los bienes básicos los que otorgan un fundamento de

¹³ Finnis detalla, como principio de la autoridad gubernamental, que esta debe ser ejercida por los individuos que pueden resolver, en forma eficaz, los problemas de coordinación de una determinada comunidad. De allí que la autoridad sea considerada un *bien*, cuya existencia se necesita para regular las conductas de los individuos y encaminarlas al florecimiento humano (Finnis, 1992, p. 274).

racionalidad práctica para el respeto y promoción de los derechos humanos y terminan por imbuir a sus concepciones de objetividad (Massini Correas, 2020, pp. 52-54).

3. Segunda parte: Instituciones

a. Consideraciones para una subteoría de la autoridad

La segunda parte del trabajo tiene por objeto desarrollar una subteoría de la autoridad que sea respetuosa de la subteoría de los derechos elaborada previamente. Para eso se tratará de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué órgano se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos humanos? ¿Cuáles son las características que convierten al poder legislativo en un órgano idóneo para especificar los derechos? ¿Qué características hacen que el poder judicial sea considerado un órgano adecuado para contribuir en dicha especificación? Por último, ¿basta una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos para que su respeto sea eficaz?

Problema: desacuerdo y autoridad

El presente epígrafe tiene por objeto dilucidar cuál es el agente u órgano que se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos. A nuestro juicio, una subteoría de la autoridad debe poder dar respuesta a dicho interrogante de una manera fundada.

Desde ya, en un sistema republicano y democrático de gobierno —como el de Estados Unidos o Argentina— el poder es uno, deriva del pueblo y se encuentra distribuido en tres órganos: el poder legislativo, que elabora las leyes, el poder ejecutivo, que las ejecuta, y el poder

judicial, que las aplica a los casos concretos¹⁴. Esta división se debe, por un lado, a la necesidad de evitar que uno de los órganos incurra en un abuso de poder en detrimento de los otros y, por el otro, a la necesidad de salvaguardar la libertad de los ciudadanos. En palabras de Montesquieu, “cuando los poderes legislativo y ejecutivo están unidos en la misma persona, o en el mismo cuerpo de magistrados, no puede haber libertad” (Montesquieu, 2001, p. 173; Hamilton et al, 1957, pp. 206-207).

Estas experiencias han sido recogidas en la parte dogmática de algunas Constituciones modernas, en la que contemplan sistemas de frenos y contrapesos entre los órganos del Estado (*checks and balances*), por medio de los cuales la validez de la decisión de un órgano puede quedar supeditada a la revisión de otro, en caso de que

¹⁴ En este aspecto, en su Artículo 1° la Constitución Argentina expresa: “La Nación Argentina adopta como forma de gobierno la forma federal, republicana y representativa”. Sobre la influencia que tuvo el modelo de gobierno estadounidense en la organización constitucional argentina, véase Miller, 1997, pp. 1484, 1501-1508; García Mansilla, 2004.

También, con respecto a la división funcional del poder, léase la siguiente cita de *El Federalista*: “El examen más ligero de la Constitución Británica nos obliga a percibir que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial de ningún modo se hallan totalmente separados y diferenciados entre sí. El magistrado ejecutivo forma parte integral de la autoridad legislativa. Sólo él posee la prerrogativa de concluir tratados con los soberanos extranjeros, los cuales, ya firmados y con la salvedad de ciertas limitaciones, tienen la fuerza de los actos legislativos. Todos los miembros del departamento judicial son nombrados por él, pueden ser destituidos por él con la aprobación de ambas Cámaras del Parlamento, y componen, cuando quiere consultarlos, uno de sus consejos constitucionales. Una rama del departamento legislativo forma otro gran consejo constitucional del ejecutivo, así como, por otra parte, es el único depositario del poder judicial tratándose de acusaciones contra altos funcionarios, y está investido de la jurisdicción suprema en apelación y otros casos. Además, los jueces tienen tanta conexión con el departamento legislativo, que frecuentemente asisten a sus deliberaciones y participan en ellas, aunque no se les concede voto legislativo” (Hamilton et al., 1957, p. 205).

la misma adolezca de vicios, incorrecciones o, sin ir más lejos, viole los derechos fundamentales de los individuos. Así, por ejemplo, es común que se reconozca al poder judicial la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes del poder legislativo que son violatorias de las cláusulas constitucionales, lo que se conoce como *poder de revisión fuerte*.¹⁵

Este tipo de modelo ha generado un amplio debate acerca de si es legítimo o no que en un sistema democrático de gobierno el poder judicial tenga la última palabra para especificar los derechos por encima de la voluntad de los representantes del pueblo.

En este sentido, una parte de la doctrina postula que, en el marco de una democracia representativa, el soberano es el pueblo y legisla por medio de sus representantes. De allí que los legisladores son quienes deben tener la última palabra en asuntos que conciernen a todos, como el de los derechos. Por consiguiente, la especificación de los derechos debe recaer necesariamente en los legisladores ya que cuentan con mejores credenciales democráticas para hacerlo. Así, el argumento de la democracia según el cual el pueblo se gobierna a sí

¹⁵ En *El Federalista* pueden encontrarse ciertos antecedentes del poder de revisión judicial de la legislación —aunque limitado—, el cual termina por ser consolidado con el fallo *Marbury vs Madison*, Supreme Court of the United States, 5, 137, 1803. Expresa Hamilton: "La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta" (Hamilton et al., 1957, p. 331).

mismo deviene en el principal fundamento de peso en favor a dicha posición (Waldron, 2018, p. 126).¹⁶

Por otra parte, otros pensadores consideran que los legisladores no pueden tener la última palabra en materia de especificación de derechos. Esto se debe a que los representantes no siempre legislan en favor de los intereses del pueblo. Existen legisladores ausentes, hipócritas, tiranos, entre otros apelativos semejantes. Postulan que la corrupción es una moneda frecuente en las democracias débiles donde los intereses partidarios suelen pesar más que los del electorado. Por esta razón señalan que es necesario que un órgano independiente, neutral y experto en materia jurídica tenga la última palabra en cuestiones de derechos. De este modo legitiman al poder judicial, aunque consideran que no puede dictar sentencias en forma arbitraria, sino que debe ser congruente con el espíritu de la Constitución y la historia legislativa y judicial (Dworkin, 1992, pp. 132-133; Dworkin, 2014, p. 197; Dworkin, 1996, pp. 11, 363-364).

¹⁶ Léase el *Discurso inaugural de Abraham Lincoln* del 4 de marzo de 1861, en especial, el siguiente extracto traducido por Sarmiento: “No hago a un lado la posición asumida por algunos, de que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Suprema Corte, ni niego que tales decisiones deban ser sentencias obligatorias para los interesados en un pleito, en cuanto al objeto de la lites; coincido también que sean dignas del mayor respeto y consideración en casos análogos para todos los departamentos de la administración; y mientras que es muy posible que tal decisión sea errónea en un caso dado, sin embargo, como el mal efecto que produciría, estaría limitado a aquel caso particular, además de la probabilidad de que podría ser derogado, y no ser considerado ya como precedente para otros casos, su mal resultado sería mucho más tolerable que el inconveniente de una práctica contraria. Al mismo tiempo todo ciudadano imparcial debe confesar que si la política del Gobierno sobre las más vitales cuestiones que afectan a todo el pueblo, va a ser irrevocablemente fijadas por las decisiones Corte Suprema, desde ese instante la nación abdicaría su soberanía y voluntad propia, como sucede en las causas ordinarias entre partes sobre acciones personales; a menos que de hecho hubiera depositado este poder en manos de aquel augusto tribunal” (Sarmiento, 1899, p. 135).

No obstante, es meritorio desatacar que, aun considerando esta segunda alternativa, el problema vuelve a manifestarse como si fuese una célula cancerígena que se ramifica por todos los tejidos: ¿acaso no existen jueces corruptos que dictan sentencia según sus propias preferencias, influenciados por presiones externas o, lo que es aún peor, sin una coherencia interpretativa mínima? El peligro sigue latente puesto que la corrupción no hace diferencia de roles. Cuando un gobierno es disfuncional invade todas las esferas del poder, sean judiciales o legislativas. Por lo tanto, es menester que una teoría institucional que pretenda resolver dicho problema reconozca tal realidad, caso contrario la teoría de la autoridad que se elabore adolecerá de abstracción.

De este modo, para encontrar una respuesta al problema de la autoridad, en primer lugar, es necesario advertir la incorrección de una premisa postulada por Dworkin: las cortes son un foro de principios y las legislaturas un foro de directrices políticas (Webber et al., 2018, p. 7). Esta es la razón por la cual el autor sostiene que son los jueces quienes deben decidir en materia de derechos. Estima que, a diferencia de los magistrados, los representantes del pueblo son incapaces de legislar con base en principios puesto que son propensos a guiarse por preferencias utilitaristas o partidarias. Considera que en las gradas del parlamento el interés general prima sobre los intereses individuales y existe una competencia que solo beneficia a la posición mayoritaria, de tal forma que los derechos de las minorías quedan comprometidos. Esta es la razón por la cual el poder legislativo no sería idóneo para especificar los derechos como órgano de última instancia (Webber et al., 2018, pp. 139-140). Señala Dworkin que

es menos probable que los legisladores que han sido elegidos, y deben ser reelectos por una mayoría política, se pongan del lado de la mayoría en cualquier discusión seria acerca de los derechos de una minoría en su contra; si se oponen a los derechos de la mayoría con demasiada firmeza, serán reemplazados por aquellos que no lo hagan. Por dicha razón, es menos probable que los legisladores lleguen a decisiones razonables sobre los derechos de la minoría que los funcionarios menos vulnerables en ese sentido (Dworkin, 1992, p. 264).

No puede ignorarse que esta visión dicotómica de concebir al poder legislativo y al judicial deja entrever una noción individualista de los derechos. Según Dworkin los derechos protegen intereses individuales que, a su vez, son entendidos como contrarios al bienestar general. Por consiguiente, dicha visión liberal implica concebirlos con prescindencia de lo que debe entenderse por bien común dentro de una sociedad determinada —en especial, bien común considerado en los términos de Finnis, esto es, como conjunto de condiciones que permite la realización de los bienes básicos de todos y cada uno de los miembros de la comunidad—. Dworkin, concibe al individuo en forma aislada y que la exigencia del compromiso mutuo y la camaradería entre seres humanos como marco de contención se encuentra fragmentada.¹⁷ La conclusión, en palabras de Paul Yowell, es la siguiente:

Es común pensar en los derechos humanos como libertades preservadas de la interferencia del Estado, o reclamos de

¹⁷ Este rasgo liberal e individualista puede observarse en cómo el autor delimita el concepto de la democracia, esto es, por medio del principio de la libertad y la igualdad, sin tener en cuenta el principio de solidaridad que debe existir entre los individuos de una misma comunidad.

derechos que uno puede hacer valer contra el Estado. Dworkin da forma y estructura a este pensamiento en su teoría de los derechos como triunfos, pero su resultado final es trazar una división entre los derechos y el bien común. Esto, a su vez, conlleva una oposición institucional entre legislaturas y tribunales: las legislaturas actúan mecánicamente para agregar preferencias y traducirlas en leyes —el bienestar general se concibe en términos utilitarios—, mientras que los tribunales actúan en virtud de principios al defender un reclamo individual contra el bienestar general —y por ende contra el legislador— (Webber et al., 2018, p. 151).

En conclusión, para elaborar una subteoría de autoridad acorde a una noción de los derechos fundamentales que sea respetuosa de los bienes básicos es menester partir del punto de que tanto el poder legislativo como el poder judicial pueden complementarse para especificar los derechos. A fin de demostrarlo, en los próximos epígrafes se abordarán las siguientes premisas:

(i) Que en cuestiones de derechos no solo los jueces actúan con base en principios, sino que los legisladores también lo hacen.

(ii) Que el poder legislativo cuenta con características intrínsecas que lo posicionan en una situación predilecta para especificar los derechos en vistas al bien común.

(iii) Que, por su parte, el poder judicial cuenta con una capacidad irremplazable para materializar el ejercicio del derecho a ser oído, lo que le permite colaborar con la especificación de los derechos, en especial, en los casos en donde existen lagunas, ambigüedades o contradicciones en la legislación. De este modo, también puede contribuir en la identificación de dichos vicios para que la legislatura pueda enmendarlos y mejorar la legislación.

El poder legislativo y los principios

En relación con la primera premisa, debe reconocerse que tomar decisiones con base en principios no es solo una característica exclusiva del poder judicial puesto que los legisladores también lo hacen cuando deliberan.

Así, puede observarse que los legisladores tienen en cuenta el principio de integridad legislativa, ya que los cambios que efectúan deben ser coherentes con los precedentes legislativos existentes sobre la materia abordada, de tal manera que la legislación sea un cuerpo único y armónico sin contradicciones intersistémicas (Webber et al., 2018, p. 151). Por otra parte, también puede subrayarse el principio de equidad en la participación política, ya que cada uno de los legisladores hace uso de su voz en forma equitativa con los demás — aun con aquellos que pertenecen a posiciones minoritarias—; en este aspecto, el voto de cada uno de sus miembros tiene igual poder de cambio que el de cualquiera de sus pares (Dworkin, 2014, pp. 471-473). Al mismo tiempo, también subyace el principio de racionalidad puesto que los legisladores deben dar buenas razones de las decisiones que toman para salvaguardar el bien común, lineamiento que adquiere especial relevancia, puesto que el debate parlamentario es argumentativo y cada legislador trata de convencer a los demás miembros para que adhieran a su posición (Webber et al., 2018, pp. 8-9, 90-91, 100).

Siguiendo esta línea, puede observarse que legislar con base en principios conlleva desplegar un razonamiento práctico, lo cual se observa en las diferentes etapas de los procedimientos legislativos. Implica elaborar proyectos de ley, trabajar en comisiones especiales, deliberar sobre cuestiones conflictivas, efectuar consultas, entre otras labores. La actividad legislativa exige ponerse en el lugar del otro para

comprender las perspectivas de ciudadanos que pertenecen a contextos heterogéneos, con concepciones múltiples sobre derechos, justicia y democracia. Dicha singularidad provoca que deban esmerarse por aunar esfuerzos comunes, a fin de elaborar una repuesta que se encuentre a la altura de las circunstancias sobre problemas que tienen innumerables formas de resolución (Waldron, 2005, pp. 86-87).

En aras a asegurar la eficacia de la actividad legislativa existen ciertos presupuestos formales para que el razonamiento legislativo, que se desarrolla por medio de la deliberación, acontezca en forma ordenada y no se asemeje a una tertulia. Existen reglas de inicio y finalización de los debates, de ejercicio del derecho a réplica, de interrupción, de determinación de la agenda del orden el día, del uso de la palabra, de propuestas de enmiendas, de aprobación de leyes y cómputo de votos (Waldron, 2005, p. 93). Dichas reglas presuponen que los legisladores tienen conocimiento del texto sobre el que deben deliberar y pueden discernir cuáles son los motivos por los cuáles urge su tratamiento (Waldron, 2005, pp. 102-103).

De este modo, puede observarse que el proceso legislativo se encuentra estructurado de tal manera que las distintas voluntades puedan coordinarse en forma armónica. Esta capacidad para integrar distintos puntos de vista ayuda a que las leyes sean obedecidas y pueda mantenerse una convivencia pacífica entre sectores que defienden intereses contrapuestos (Waldron, 2005, p. 100). Los legisladores son conscientes de que existen problemas que solo pueden resolverse entre todos y que, por tanto, requieren una legislación común dirigida a la acción. Expresa Grégoire Webber:

Entendido desde el punto de vista de los legisladores y sus razones para apoyar u oponerse a una propuesta, «la mayoría»

no es un colectivo sin principios, irracional y el hecho de que «la mayoría» —de electores o de legisladores— quiera algo, argumentamos, no es una razón en sí misma a su favor (Webber et al., 2018, pp. 8-9).

A su vez, siguiendo esta lógica, en adición a las reglas formales sobre cómo se desarrolla la actividad parlamentaria, también puede mencionarse que los representantes fundamentan sus leyes recurriendo a principios sustanciales, los cuales permiten concretizar los derechos humanos. Así, a lo largo de la historia pueden encontrarse leyes significativas que dan cuenta de ello. En Estados Unidos, pueden mencionarse la Ley de la Abolición del Mercado de Esclavos (*Slave Trade Act*, 1807) y la Ley de la Abolición de la Esclavitud (*Slavery Abolition Act*, 1833) (Webber et al., 2018, pp. 178-179). En Argentina, pueden destacarse otras, como la Ley del Sufragio Femenino (1947), que reconoce la igualdad de derechos políticos entre hombres y mujeres; la Ley de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida (1994), que exige la adecuación física de los transportes y construcciones edilicias para que puedan ser utilizados por personas con capacidad reducida. No puede ignorarse que en dichas leyes subyacen principios sustanciales como los de dignidad humana e igualdad.

En conclusión, pueden afirmarse dos conclusiones. La primera es que los representantes del pueblo, al igual que los jueces, resuelven con base en principios formales y sustanciales. La segunda, que los representantes del pueblo, por medio de la legislación, protegen los derechos humanos en vistas al bien común de los miembros de la comunidad (Webber et al., 2018, pp. 10-11). Por tanto, a diferencia de lo que supone Dworkin, estas no son cualidades exclusivas del poder judicial.

El poder legislativo y el bien común

En relación con la segunda premisa, existen varios argumentos que permiten afirmar que el poder legislativo se encuentra en una situación cualitativamente superior, en comparación con otros órganos de gobierno, para especificar y proteger los derechos humanos a la luz del bien común. Esto puede apreciarse a partir de ciertos aspectos propios del poder legislativo:

(i) *Estructura y modo de funcionamiento.* La estructura y el modo de funcionamiento del poder legislativo se destacan porque, en la persona de los legisladores, se encuentran representados los diferentes intereses de la comunidad. A su vez, la deliberación ordenada y equitativa permite que puedan enriquecerse mutuamente, mediante la puesta en común de conocimientos y experiencias, lo que posibilita tener en cuenta todos los aspectos que deben considerarse para determinar las condiciones del bien común. En este sentido, el bien común exige que los derechos deban concretizarse de una manera armónica; por tanto, en una sociedad en donde converge una diversidad de visiones y creencias, es entendible que este requiera ser determinado por individuos que representan diversos intereses. De este modo, coordinar los diferentes planes de vida para que puedan proyectarse en una sociedad requiere un esfuerzo arduo. Amerita discernir cuál es la mejor forma, el mejor marco legal y las mejores herramientas, para que los bienes básicos, considerados en su integridad, puedan ser realizados por los individuos sin que entren en colisión (Webber et al., 2018, pp. 178-179).

(ii) *Capacidad de cambio.* A su vez, una segunda característica del poder legislativo consiste en la posibilidad de efectuar los cambios oportunos que exige el bien común. Esto es, requiere que las

decisiones que se tomen puedan adaptarse a las exigencias cambiantes de la sociedad, siendo la legislación un medio idóneo para lograrlo. Esta característica se encuentra vinculada con la noción de regla de cambio (*rule of change*) de Hart, cuya existencia distingue a toda sociedad moderna y otorga la llave para que los problemas puedan ser resueltos de una manera dinámica, permitiendo abolir y enmendar las leyes que devienen irrazonables o inapropiadas para regular adecuadamente la realidad social (Hart, 1998, pp. 116-118).

(iii) *Iniciativa propia*. Una tercera característica del parlamento es que no se encuentra limitado por la existencia de una iniciativa privada para sesionar. El proceso legislativo no necesita ser motivado por agentes externos, puede legislar por iniciativa propia. En sentido contrario, para que comience el proceso judicial y pueda brindarse respuesta a problemas concretos es necesaria la existencia de una demanda. De allí que se considere que la legislación es *self-starting and self-directing* (Webber et al., 2018, p. 195).

(iv) *Claridad, certeza y notoriedad*. En cuarto lugar, gracias a la claridad, certeza y notoriedad que caracteriza a la legislación, los ciudadanos pueden adecuar sus conductas a las exigencias del bien común. Dichas características no se encuentran manifestadas con tanta intensidad en las sentencias. El tecnicismo judicial suele dificultar la claridad. A su vez, el hecho de que el poder judicial no sea un cuerpo único y coherente dificulta la certeza en las decisiones. Por esto, es común encontrar sentencias que resuelven en forma distinta una misma cuestión. Por otra parte, el hecho de que las sentencias existan después de que los hechos acontezcan dificulta su notoriedad. De este modo, a diferencia de las sentencias, bajo el aura de la legislación el respeto de los derechos se torna posible porque los ciudadanos conocen y entienden las leyes con antelación de sus actos,

pudiendo así guiar sus conductas y proyectar sus planes de vida. Dichas bondades ya fueron señaladas por Bentham, aunque para él la legislación debía estar imbuida de un espíritu utilitarista (Webber et al., 2018, pp. 94, 129; Rodríguez Paniagua, 2013, p. 42).

(v) *Determinación del propio plan de vida*. En quinto lugar, otra ventaja de la determinación legal de los derechos consiste en la posibilidad que otorga a la comunidad de proyectar, por medio de sus representantes, su propio plan de vida sin que dicha decisión sea impuesta por terceros. Esto deriva de la capacidad de la asamblea de receptar los intereses, necesidades e ideales de la comunidad y legislar exclusivamente para sí misma. De este modo, son los representantes quienes eligen qué debe entenderse por una buena vida y cuál es el mejor plan para concretizarla. Por consiguiente, la legislación se erige como un instrumento respetuoso de la voluntad popular, no solo porque puede coordinar la vida de todos los individuos y lograr así efectos considerables en la sociedad, sino porque permite supeditar en la comunidad el poder para autogobernarse (Webber et al., 2018, pp. 109, 113).

(vi) *Perspectiva arquitectónica*. En sexto lugar, otra ventaja a mencionar es que la legislación permite determinar los derechos humanos desde una perspectiva arquitectónica, teniendo en cuenta las distintas áreas temáticas implicadas en la determinación de los derechos, lo cual es de especial relevancia si se tiene en cuenta que, en la práctica, los derechos coexisten en forma interrelacionada. Por su parte, los jueces sentencian teniendo en cuenta, principalmente, las particularidades del caso concreto desde una perspectiva focal y delimitada a los reclamos individuales. En definitiva, las legislaturas pueden abordar los problemas desde una perspectiva global, considerando las necesidades de los individuos en su conjunto y, así,

brindar una mejor atención en la comprensión del bien común y los problemas concernientes a los derechos (Webber et al., 2018, pp. 178-179).

(vii) *Capacidad de impacto*. La séptima y última ventaja favorable a la legislación refiere a su capacidad de lograr cambios considerables en la sociedad. Esto se debe a que las leyes se encuentran dirigidas a la acción con vistas a lograr el bien común, teniendo así efectos directos en los ciudadanos. A modo ilustrativo puede mencionarse el fallo *Brown v. Board of Education*, el cual es considerado un *leading case* en materia de segregación racial (*Brown v. Board of Education*, 1954). En este sentido, sin despreciar la importancia del fallo en cuestiones de principios, es meritorio reconocer que el impacto que tuvo en la sociedad norteamericana, una vez sentenciado en 1954, fue escaso. Así, puede observarse que, diez años después de dicha sentencia, la educación seguía impartándose bajo estándares de segregación racial (*separate but equal*) en la mayoría de los Estados estadounidenses. Solo una cifra ínfima, 1.2% de niños de raza negra, asistía a escuela para niños blancos. Recién en 1964, cuando el Congreso de los Estados Unidos sancionó la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) y, en especial, la Ley de Educación Primaria y Secundaria (*Elementary and Secondary Education Act*, 1965) por la cual se proveyó de fondos a las escuelas con un alto porcentaje de alumnos de bajos recursos, se produjeron cambios considerables en la sociedad. De este modo, para 1973 un porcentaje estimado en un noventa por ciento de alumnos de raza negra comenzaron a recurrir a escuelas integradas, lo que implicó un gran progreso en la disminución de las diferencias raciales (Webber et al., 2018, p. 164).

El poder judicial y el derecho a ser oído

Como se mencionó anteriormente, el poder judicial también puede contribuir mediante sus sentencias en la especificación de los derechos que efectúa el poder legislativo por medio de la legislación.

Para explicar esta posibilidad es conveniente subrayar ciertas diferencias entre los órganos legislativo y judicial vinculadas a sus estructuras y modo de funcionamiento. Por un lado, el poder legislativo, gracias a su capacidad para representar las perspectivas más disímiles de una comunidad, puede emitir leyes que abordan cuestiones de derecho de una manera general. Dichas leyes tienen en cuenta la coordinación que debe darse entre los individuos en miras al bien común. Por el otro, el poder judicial emite sentencias para casos concretos, por lo que son específicas e intentan resolver problemas particulares a partir de reclamos de individuos cuyos derechos se encuentran comprometidos. Las sentencias que dictan los jueces para resolver los problemas se elaboran a la luz de la legislación sancionada que ofrece una respuesta general (Webber et al., 2018, pp. 173-174).

De este modo, el poder legislativo es irremplazable en su capacidad de receptor las necesidades e intereses más acuciantes de la comunidad; mientras que el poder judicial es irremplazable en su capacidad de satisfacer el derecho a ser oído de cada ciudadano considerado en forma individual. Aquí reside la verdadera riqueza del poder judicial, su carácter distintivo. Los magistrados pueden dar respuesta caso por caso y hacer que ella sea respetada por los demás órganos de gobierno.

En este sentido, según Harel el derecho a ser oído es entendido como “la oportunidad del titular del derecho de impugnar lo que se

considere una vulneración de un derecho, ya sea de manera justificada o no” (Harel, 2018, p. 201). Este consta de dos partes: (i) la posibilidad de efectuar un reclamo ante una decisión que menoscaba o puede menoscabar un derecho y (ii) el deber que tiene la autoridad (juez) para sopesar mediante un razonamiento jurídico, serio y de buena fe, la adecuación de la decisión que se encuentra en tela de juicio, y brindar una respuesta fundada teniendo en cuenta las circunstancias concretas (Harel, 2018, pp. 202, 208-209).

Por lo tanto, el ejercicio del derecho a ser oído por un individuo presupone que un derecho anterior fue o será vulnerado. Harel menciona que el reclamo puede darse por dos razones distintas: (i) cuando la justificación otorgada para vulnerar un derecho no es jurídicamente adecuada (por ejemplo, porque se privilegió el interés general en detrimento del particular no existiendo causales excepciones como emergencias, catástrofes, entre otras) o (ii) cuando se niega la existencia de un derecho anterior (Harel, 2018, 201-202).

Así, los tribunales, en la medida en que pueden satisfacer el derecho a ser oído tienen un papel importante en la especificación de los derechos que se encuentran regulados en la legislación y la constitución (Harel, 2018, p. 194). Esto se debe a que pueden encontrarse con situaciones que no fueron previstas por el legislador o que lo fueron de una forma vaga, ambigua o contradictoria, de tal modo que las cláusulas deban ser precisadas.

La satisfacción del derecho a ser oído es una característica propia y preponderante del poder judicial que debe ser tomada en cuenta en la especificación de los derechos. Esta debe ser considerada valiosa, independientemente de todo argumento utilitarista. Esto es, la satisfacción del derecho a ser oído es valiosa aun cuando los resultados de las sentencias no sean justos y los legisladores puedan

llegar a una mejor respuesta; aun cuando el conocimiento experto de los jueces se encuentre comprometido como consecuencia de tecnicismos o perspectivas reduccionistas; y, en definitiva, aun cuando la sentencia no provoque efectos considerables en la sociedad para materializar lo que debería ser una respuesta justa (Harel, 2018, p. 109).

Lo más distintivo de los tribunales no reside en su especial sabiduría para brindar argumentos de principios o en su capacidad para llegar a resultados justos, sino en “los procedimientos y el modo de deliberación que los caracteriza” (Harel, 2018, p. 201). De allí que Harel explique que “estos procedimientos son valiosos intrínsecamente con independencia de la calidad de las decisiones dictadas por los tribunales porque son en sí mismos una materialización del derecho a ser oídos” (Harel, 2018, p. 201). Lo anterior supone afirmar que la revisión fuerte de la legislación por parte del poder judicial se funda en su capacidad para materializar el derecho a ser oído (Harel, 2018, p. 210).

En este sentido, el proceso judicial se encuentra diseñado de tal manera que los particulares puedan presentar sus quejas y obtener una respuesta luego de una investigación pormenorizada. En caso de que el reclamo sea viable, el tribunal puede ordenar la reconsideración de la decisión que se encuentra en tela de juicio y determinar su anulación para salvaguardar el derecho del reclamante. Dicha posibilidad de revisión, una vez más, encuentra su fundamento en las características intrínsecas del proceso judicial —el cual se encuentra dividido en distintas instancias que reflejan su carácter adversarial e igualitario para ambas partes— que posibilitan el razonamiento judicial (Harel, 2018, p. 211).

Siguiendo esta línea, puede observarse que materializar el derecho a ser oído conlleva, necesariamente, la posibilidad de la revisión judicial fuerte. Esto se debe a que su protección exige que las sentencias tengan un efecto que sobrepase los márgenes de los casos particulares y afecte a la legislación consecuyente. De este modo, la revisión judicial no debe concebirse como un privilegio de los magistrados sino como una potestad exclusiva para efectuar la tarea de reconsideración de la decisión objeto de reclamo que es requerida por el derecho a ser oído (Harel, 2018, pp. 214-216).

No obstante, es meritorio subrayar que Harel considera que el derecho a ser oído no presupone una justificación suficiente para fundamentar la supremacía judicial, la cual consiste en la potestad para interpretar de manera oficial el significado de la constitución (Harel, 2018, p. 212), siendo así los jueces “intérpretes únicos y supremos del texto constitucional” (Harel, 2018, p. 216), de tal manera que los demás órganos deben acatar dichos dictados tanto con respecto a casos particulares como futuros (Harel, 2018, p. 216).¹⁸ Por otra parte, considera que la revisión judicial débil según la cual “la decisión está sujeta a reconsideración de parte de entes no jurisdiccionales” (Harel, 2018, p. 220) debilita la satisfacción del derecho a ser oído. Esto se debe a que dichos entes no suelen canalizar los reclamos particulares con la requerida atención y seriedad, ya que

¹⁸ Menciona Harel: “La principal diferencia entre la revisión judicial fuerte y la restringida reside en la tercera condición, es decir, el deber de reconsideración de parte del Estado. La revisión judicial fuerte impone un deber absoluto y exigente de reconsideración por parte de los tribunales. La reconsideración realizada por los tribunales no solo está instigada por el reclamo, sino que está íntimamente vinculada con las particularidades del reclamo individual. En contraste, la revisión judicial restringida generalmente limita o restringe las facultades de los tribunales y asigna la decisión final a instituciones cuyo compromiso con la deliberación fundada es más débil que el del tribunal” (Harel, 2018, p. 219).

son procesos deliberativos adversariales no adecuados para responder a las quejas, salvo que dichos órganos no judiciales actúen como si lo fuesen, esto es, con sus respectivas instancias y características intrínsecas. Aunque, en tal caso, no serían sino órganos del poder judicial, del mismo modo sucede con la rosa que por más que se la llame con otro nombre no cambia su aroma (Harel, 2018, p. 220).

b. Hacia una subteoría de la autoridad

En virtud de las características de ambos órganos ya señaladas se bosquejarán ciertos lineamientos sobre cómo los poderes judiciales y legislativos pueden colaborar entre sí en la especificación y promoción de los derechos. En este sentido, se partirá de las objeciones principales que existen contra ambos órganos: por un lado, los jueces incurren en discrecionalidad al resolver sus casos, al tiempo que no cuentan con credenciales democráticas suficientes para resolver problemas que conciernen al pueblo; por otro, los legisladores sancionan leyes que adolecen de vaguedad, antinomias, lagunas y, en ciertas ocasiones, pueden vulnerar los derechos humanos en favor del interés mayoritario. Este problema obstaculiza la especificación de los derechos y deja al descubierto la imposibilidad de regular todos los casos existentes de una manera íntegra.

La legislación como guía de las decisiones del poder judicial

Como se indicó con anterioridad, el poder judicial tiene ciertas cualidades estructurales y funcionales que hacen que su participación en la especificación y promoción de los derechos humanos sea conveniente. Así, puede mencionarse su capacidad para canalizar

reclamos individuales y materializar el derecho a ser oído mediante un proceso adversarial compuesto de diferentes instancias.

A su vez, tiene ciertas particularidades que lo tornan deficiente con respecto al poder legislativo en la función de especificar los derechos. A diferencia de la legislación que tiene una estructura arquitectónica y sistemática, las sentencias no siguen un patrón común. Así, puede encontrarse que, aun los tribunales que pertenecen a una misma jerarquía, se utilizan diferentes criterios y teorías interpretativas para resolver casos semejantes. Del mismo modo, ante tribunales de jerarquía diferente, no siempre los juzgados inferiores siguen los precedentes de tribunales superiores. De este modo, ante casos análogos pueden encontrarse sentencias opuestas (Webber et al., 2018, p. 175).

En aras a que los derechos sean comprendidos en forma coherente con el bien común, una solución consiste en que la legislación sea concebida como una verdadera guía de acción para que el juez pueda ejercer la adjudicación mediante una interpretación adecuada de la ley, sin incurrir en la arbitrariedad. Así, el poder legislativo, cuando regula derechos fundamentales, debe especificar los tres términos que los integran: sujeto titular, pretensión y sujeto obligado (Webber et al., 2018, p. 161). Una legislación que realiza esta tarea tiene la potencialidad de favorecer la adjudicación judicial de los derechos y limita el problema de la discrecionalidad judicial.

Por el contrario, si la guía que ofrece la legislación permite un razonamiento jurídico amplio, entonces no será idónea para colaborar en la resolución de conflictos (Webber et al., 2018, p. 154). Así, por ejemplo, una ley que regula el derecho a la venta de cannabis para usos paliativos y terapéuticos, debe delimitar necesariamente sus elementos constitutivos —sujeto vendedor, conducta de venta y

sujeto comprador—. Así, debe poder dar respuesta a interrogantes como: ¿cualquier derivado del cannabis puede ser objeto de venta? ¿Pueden venderse solamente medicamentos pre-elaborados o también semillas, esquejes, flores, plantines y plantas? ¿La venta incluye acciones como cultivar, plantar, cosechar y acopiar plantas de cannabis? Si es así, ¿cómo se encuentran delimitadas dichas acciones? ¿Qué tratamientos pueden encuadrarse dentro de usos terapéuticos y paliativos? ¿Existe un límite en cuánto a la cualidad y cantidad de cannabis para la venta? ¿Qué presupuestos deben cumplirse para su venta al público? ¿Quiénes serían los beneficiados? ¿Es necesaria una autorización especial para su compra y consumo? ¿Pueden comprarse derivados del cannabis para su reventa? Entre otros interrogantes que podrían ser necesarios para resolver casos jurisprudenciales relacionados a la comercialización de cannabis para usos médicos.

En este sentido, la guía que ofrece la legislación puede ayudar a la adjudicación judicial de diferentes formas:

En primer lugar, puede facilitar la resolución congruente de sentencias al establecer categorías legales que subsuman los hechos concretos. Las mismas contribuyen a que, ante casos difíciles, el juez pueda encuadrar los hechos y reducir el espectro de posibilidades que admiten el razonamiento moral. De este modo, el magistrado no necesitará estar dotado de las capacidades omnímodas del juez Hércules porque parte de su trabajo, consistente en la adecuación de los hechos a la legislación y consecuente interpretación normativa en sintonía con los precedentes judiciales involucrados, ya habrá sido realizada (Webber et al., 2018, pp. 162-163).

En segundo lugar, la legislación puede evitar que el juez se encuentre sometido a presiones externas, sea que provengan de las partes o de la comunidad. Esto se debe a que la guía que ofrece la

legislación permite al juez imputar la decisión final al poder legislativo y no solo a su persona, de tal modo que la responsabilidad sea compartida, lo que permite al juez actuar con mayor imparcialidad (Webber et al., 2018, p. 163).

En tercer lugar, la resolución de ciertos casos puede llevar a que el juez sea afectado por sus pasiones, sentimientos, miedos, entre otros enemigos internos. Esto suele suceder en los casos que comprometen sus convicciones más íntimas, dificultando la posibilidad de que pueda juzgar en virtud de la razón. Las guías ayudan a reducir tales efectos al proveer al juez de estándares externos para resolver los casos (Webber et al., 2018, pp. 103-104).

En cuarto lugar, puesto que los jueces tienen valores y perspectivas diferentes, la guía que ofrece la legislación reduce el grado de discrecionalidad judicial ante casos análogos. Esto se debe a que todos los magistrados deben cumplir con los mismos estándares, por lo tanto, la coordinación entre ellos se acrecienta y el margen de apreciación se reduce. No obstante, corresponde mencionar que para que dicha posibilidad sea satisfecha, es necesario que la legislación cumpla con los desiderátums de Lon Fuller:

Las leyes deben ser generales (deben haber reglas más que prescripciones individuales), promulgadas (deben ser conocidas por los sujetos), proscriptivas (deben reglamentar para el futuro), claras (deben ser posibles de ser entendidas, al menos por juristas que asesoren a los sujetos de las leyes), coherentes (no deben ser contradictorias), no imposibles de cumplir (deben requerir acciones que los sujetos sean capaces de realizar), estables en el tiempo (deben ser lo suficientemente estables para brindar una orientación confiable), y debe haber congruencia entre las reglas y la acción de los funcionarios que

las aplican (Webber et al., 2018, p. 166; Fuller, 1969, pp. 49-70).¹⁹

Por último, un aspecto relevante de la capacidad de guía que ofrece la legislación es que imbuyen de suficiente legitimidad democrática a la decisión de los jueces. Esto se debe a que, los jueces, al resolver con base en la legislación, hacen que sus sentencias participen de la legitimidad democrática que aquella concede (Webber et al., 2018, p. 166).

En definitiva, una interacción eficaz entre el poder legislativo y el judicial puede contribuir a la especificación de los derechos y producir una promoción de los derechos fundamentales. El poder legislativo puede efectuar un aporte central en dicha labor a través de la legislación de tal modo que esta devenga en guías de acción idóneas para orientar decisiones de los jueces. Dichas guías legislativas facilitan que los jueces puedan resolver sus casos de una manera justa, predecible y fundada y, a su vez, con cierta legitimidad democrática. Al mismo tiempo, ayudan a reducir las presiones externas —sea de las partes o comunidad— e internas, que emergen de la personalidad del magistrado.

La contribución de las decisiones judiciales

En línea con el epígrafe anterior, mediante práctica jurídica y la consecuente canalización del derecho a ser oído, los jueces también

¹⁹ Téngase especialmente presente el último desiderátum en el cual Fuller advierte la necesidad de que legislación sea congruente con la acción de quienes deben aplicarla —jueces—. De allí la necesidad de que estén especialmente dirigida a la actividad judicial (Fuller, 1969, pp. 49-70).

pueden colaborar en la especificación y promoción de los derechos regulados en la legislación.

Esto es posible por dos razones: (i) porque el proceso judicial conlleva una serie de instancias en donde tiene lugar una proximidad con los hechos, una investigación pormenorizada y un análisis de la legislación a la luz de los casos concretos, perspectiva que no acontece en el poder legislativo y (ii) al mismo tiempo, porque, puesto que la actividad judicial conlleva estudiar con precisión la letra y espíritu de las leyes para aplicarla a los casos concretos, los jueces también pueden colaborar mediante el señalamiento de los vicios de vaguedad, lagunas y antinomias que puede padecer la legislación.

Las circunstancias particulares del proceso judicial, consistente en analizar la legislación a la luz de los casos y los casos a la luz de la legislación, hacen posible que los jueces se encuentren en una situación idónea para determinar con precisión el contenido de los derechos y, a su vez, señalar los vicios de la legislación. Estos vicios tienen su origen en lo que se conoce como la textura abierta del lenguaje que, en palabras de Hart, consiste en la posibilidad de que surjan nuevos casos en donde las leyes existentes de un sistema jurídico se tornen indeterminadas para regularlos en su completitud. Esto provoca que el juez deba especificar las leyes existentes, teniendo en cuenta los elementos normativos del sistema y las exigencias de la práctica jurídica a fin de evitar caer en la discrecionalidad judicial (Hart, 1998, pp. 155-160).²⁰

²⁰ Más precisamente, detalla Hart en relación con la textura abierta del lenguaje: "Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una 'textura abierta'. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como

Este fenómeno hace que sea conveniente entender la especificación como una tarea colaborativa y gradual. El poder judicial tiene la capacidad de facilitar la adecuación de la legislación mediante la dilucidación de los vicios que afloran tras el análisis de los casos. Así, la legislación podría ser adaptada por los representantes del pueblo para regular situaciones no contempladas o contempladas de una forma vaga, ambigua o contradictoria.

Para que las decisiones judiciales puedan colaborar con la especificación de los derechos deben cumplir ciertos presupuestos:

- Deben estar destinadas a resolver el caso que se presenta para las partes en juicio y, a su vez, mejorar la legislación aplicable. Esto implica que los jueces deben tener en cuenta que el funcionamiento del poder legislativo se desarrolla mediante la deliberación y el voto en una asamblea marcada por la pluralidad de voces. En consecuencia, sus postulados deben ser objetivos —sin inclinaciones políticas—, deben ser claros y, en especial, deben evitar todo tipo de tecnicismos que obstaculicen la comprensión de los problemas a resolver (Lagarre y Vitetta, 2016, pp. 19-26).
- Las sentencias deben ser entendidas como el producto de la revisión judicial en sentido fuerte, lo que conlleva la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la

una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho". (Hart, 1998, p. 159). También véase la crítica efectuada por Dworkin a Hart, en la obra *Taking Rights Seriously*, según la cual, en los casos difíciles, el juez no debe juzgar con discrecionalidad, sino que debe hacerlo recurriendo a los principios del derecho propios de la práctica jurídica (Dworkin, 1984, pp. 71-101).

legislación. Solo así los reclamos de los particulares serán tratados con seriedad y podrán producir efectos para que la legislación pertinente sea reconsiderada en caso de que sea injusta (Harel, 2018, pp. 217-219). Explica Harel: “los particulares tienen el derecho a ser oídos, que consiste en la oportunidad del titular del derecho de impugnar lo que se considere una vulneración de un derecho, ya sea de manera justificada o no” (Harel, 2018, p. 201).²¹

- Las sentencias deben estar fundadas. El poder judicial, al especificar subsidiariamente la legislación debe evitar recurrir en la discrecionalidad y fundamentar sus sentencias con base en derecho, es decir, debe servirse de los materiales normativos que el sistema jurídico provee—. Esto conlleva a que deba tener en cuenta las exigencias de la práctica jurídica. Así, deberá considerar la historia del precedente y la legislación, y efectuar una lectura moral de la constitución. En este punto adquiere especial relevancia la teoría de la interpretación de Dworkin, puesto que, a pesar de las críticas efectuadas a su pensamiento, no puede negarse su esfuerzo por requerir la coherencia en las sentencias y la necesidad de que todo juez sentencie aplicando una teoría de la interpretación que estructure su razonamiento moral y le otorgue congruencia (Dworkin, 1992, pp. 57-58; Dworkin, 2014, pp. 167-168).

²¹ Señala Harel: “Lo que diferencia la revisión judicial fuerte de la revisión judicial restringida es el hecho de que en la primera el órgano jurisdiccional tiene a su exclusivo cargo la tarea de reconsideración, mientras que en la segunda la decisión está sujeta a reconsideración de parte de entes no jurisdiccionales, que no necesariamente prestan especial e íntegra atención al reclamo particular o el proceso deliberativo decisorio generado a partir de la queja” (Harel, 2018, p. 220).

- Apelación a los bienes básicos humanos. Por último, puesto que la fuerza concluyente de los derechos reside en la protección de los bienes fundamentales o un aspecto de estos, las concepciones de los derechos y demás valores políticos que el juez elabora o desentraña, debe tener en cuenta dicha relación. Debe evitar toda discrecionalidad, esto es, dejarse llevar por sus sentimientos, pasiones o interés personales que menoscaben la legitimidad de la sentencia y hacer de ella una norma que sea lo más objetiva posible. En este aspecto, la objetividad de todo acto humano voluntario lleva consigo una finalidad —la persecución de fines básicos, aunque se disienta en su medida debido a la diversidad de circunstancias—. De allí la necesidad de que al resolver deba considerar las reglas de la razonabilidad práctica para comprender cómo los bienes deben entenderse de una manera armónica. Este desafío conlleva que el juez conciba una teoría moral y jurídica sobre cómo razonar sus sentencias de una forma congruente, lo cual implica actuar con responsabilidad moral (Finnis, 1992, pp. 116, 121-123, 160, 183, 234).

A modo de colofón, se sostiene que la interacción entre el poder legislativo y el poder judicial debe contribuir en la especificación y promoción de los derechos. Dicha tarea puede enriquecerse a través del reconocimiento de las funciones propias de cada órgano. El poder legislativo está abocado a regular los derechos de una manera general teniendo en cuenta el bien común de la sociedad. Por su parte, el poder judicial pretende resolver los casos particulares de una manera concreta y justa por medio de la aplicación de las leyes, lo que en ciertas ocasiones conlleva decidir sobre aspectos que la legislación no llega a regular. De este modo, ambos poderes están imbuidos de

fortalezas y debilidades. El poder legislativo puede especificar los derechos teniendo en cuenta las exigencias del bien común y las perspectivas de los miembros de la comunidad. Pero dicha especificación puede incurrir en una generalización que desatienda los casos particulares y, así, resultar insuficiente o arbitraria. Por otra parte, el poder judicial puede especificar los derechos mediante la satisfacción del derecho a ser oído y captar así las particularidades que se presentan en la realidad, que están contempladas en forma errónea en la legislación o, directamente, no reguladas. Pero dicha especificación puede ser reduccionista e ignorar las exigencias del bien común. El desafío es discernir y aceptar que, en forma aislada, ninguno puede especificar debidamente los derechos. A tal fin es necesario hacer converger las fortalezas de ambos de tal manera que sus debilidades se reduzcan.

4. Conclusiones

Las conclusiones que pueden extraerse de la primera parte del presente trabajo son las siguientes:

(i) Existe un problema a destacar: el carácter abstracto de los derechos. El cual consiste en considerar a los derechos como realidades abstractas, desvinculadas de lo que son, su contenido y el fin que persiguen. Lo que origina inconvenientes como la expansión irrestricta de los derechos y su manipulación por individuos que se encuentran en una situación privilegiada para dotarlos de sentido.

(ii) En virtud de ello, es necesario concebir una subteoría de los derechos que resuelva el problema de la abstracción y, a su vez, sea respetuosa de la doble dimensión objetiva y subjetiva que distingue a los derechos. Esto es, que considere a los derechos como una facultad

subjetiva de su titular, y, al mismo tiempo, como una exigencia de la justicia —su origen no puede ser reducido a la mera voluntad humana—.

(iii) De este modo, teniendo en cuenta las conclusiones precedentes, se elaboró una subteoría de los derechos para responder a las tres preguntas ya mencionadas: qué son los derechos, cuál es su contenido y para qué sirven. Se sostuvo lo siguiente:

(a) Que un derecho es una aptitud o potencialidad deóntica que inhiere a un sujeto para exigir o recibir algo de otro sujeto. De allí que, en cuanto a su contenido, los derechos tengan tres elementos: sujeto titular, pretensión y sujeto deudor. A su vez, un derecho puede presentarse de cuatro modalidades diferentes: libertad, reclamo, privilegio e inmunidad.

(b) Que los derechos protegen bienes básicos de los individuos. Es allí en donde reside su importancia, la razón por la cual son exigibles ante terceros. Estos bienes son siete: vida, conocimiento, juego, sociabilidad, experiencia estética, religión y razonabilidad práctica, aunque la lista no es taxativa. Además, comparten ciertas características: son premorales, irreductibles, evidentes e inderivables. Dichos bienes deben ser interpretados a partir de un conjunto de reglas de la razonabilidad práctica —por ejemplo, no se puede perseguir uno de ellos en detrimento de otros, sino que debe aspirarse a satisfacer todos y cada uno de ellos— a fin de lograr el florecimiento humano. Por último, los bienes son parte constitutiva del bien común, el cual es considerado como el conjunto de condiciones necesarias para que todos y cada uno de los miembros de una comunidad puedan desarrollar sus vidas. De allí que los bienes no deban considerarse como entidades que descansan en individuos ermitaños, aislados del mundo y desinteresados de sus semejantes.

(c) Que la concepción de los derechos como aptitudes deónticas de los sujetos, que protegen los bienes básicos para llegar a una vida plena, tiene una doble función con respecto a los órganos que deciden sobre ellos. Por un lado, actúan como límites a la actividad de las autoridades —jueces y legisladores— que tienen la potestad de decidir sobre su contenido, ya que no pueden tomar decisiones que sean contrarias a los bienes básicos. Por el otro, actúan como elementos de legitimación, puesto que su respeto imbuye de legitimidad a las leyes y sentencias, tornándolas aptas para ser obedecidas.

En esta línea, en relación con las conclusiones precedentes y con especial consideración de la segunda parte del trabajo, se sostiene que:

(i) Existe un problema relacionado con los derechos y la autoridad, esto es, existen desacuerdos sobre qué autoridad se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos. Una doctrina se posiciona a favor de los jueces (Dworkin) y otra a favor de los legisladores (Waldron), cada una con sus respectivos argumentos. No obstante, como se observó, para que la especificación de derechos sea adecuada debe requerir del esfuerzo mutuo de ambos órganos. De allí que los dos actúen como autoridad, con funciones distintas, aunque vinculadas por un mismo fin.

(ii) El poder legislativo reúne ciertas características que lo sitúan en una posición privilegiada para especificar los derechos, entre ellas: (a) puede sancionar leyes en virtud de principios, tanto formales como sustanciales; (b) su estructura o modo de funcionamiento permite aunar los conocimientos y experiencias de los legisladores que comparten diferentes creencias, a fin de llegar a una respuesta enriquecida con las exigencias de la sociedad plural; (c) tiene una

capacidad de cambio que permite adecuar las concepciones de los derechos a las realidades cambiantes de la sociedad; (d) tiene autonomía propia para sesionar, no requiere impulso de un ente externo; (e) sus leyes reúnen las cualidades de certeza, notoriedad y claridad; (f) a su vez, la legislación es la expresión del autogobierno del pueblo, siendo los ciudadanos quienes por medio de sus representantes eligen cómo proyectar sus propios planes de vida; (g) el poder legislativo se encuentra dotado de una perspectiva arquitectónica para especificar los derechos que le permite tener en cuenta las distintas materias temáticas que se encuentran afectadas y (h) la legislación, en virtud de que tiene efectos *erga omnes*, permite lograr cambios eficaces y relevantes en la sociedad.

(iii) El poder judicial también cuenta con ciertas características que lo tornan idóneo para contribuir en la especificación de los derechos: (a) gracias a su estructura y modo de funcionamiento adversarial, puede satisfacer el derecho a ser oído de los reclamantes y brindar una justificación adecuada; (b) a su vez, mediante el razonamiento jurídico y moral, puede identificar las insuficiencias de la legislación —lagunas, ambigüedades o contradicciones internas— a fin de que el poder legislativo pueda rectificarla; (c) el control judicial fuerte permite la reconsideración de las normas jurídicas que sean contrarias a derecho y, por ende, que los demás órganos se tomen las sentencias en serio de tal modo que el derecho a ser oído sea satisfecho; (d) el razonamiento judicial exige al juez elaborar sentencias objetivas, fundadas en bienes básicos humanos, puesto que en ellos reside la fuerza concluyente de los derechos humanos, de allí que los actos judiciales deban ser producto de un obrar responsable —esto requiere que todo juez deba tener una teoría ética sobre cómo razonar sus sentencias en forma congruente, lo que permite una mayor comprensión de los derechos—.

A partir del reconocimiento de las características intrínsecas de cada uno de los órganos se bosquejaron los lineamientos necesarios para una subteoría de la autoridad fundada en el esfuerzo cooperativo entre ambos poderes. De este modo, se arribó a las siguientes premisas:

(a) Ambos poderes son capaces de resolver sus actos por medio de principios y, en virtud de ellos, contribuir en la especificación de los derechos. No siendo esta una capacidad exclusiva del poder judicial.

(b) El poder legislativo puede transformar sus leyes en verdaderas guías de acción para que el poder judicial pueda resolver sus casos con base en ellas sin tener que incurrir en la discrecionalidad. A tal fin es necesario que las guías contengan categorías jurídicas que permitan subsumir los hechos concretos y, a su vez, que los derechos estén determinados en sus tres elementos. Por otra parte, la guía que ofrece la legislación también colabora en la actividad jurisdiccional de distintas formas: facilita la adjudicación judicial, evita las presiones externas e internas y provee estándares comunes a todos los jueces para reducir los márgenes de apreciación e imbuyen de legitimidad democrática a las sentencias.

(c) El poder judicial también puede transformar sus sentencias en guías de acción para orientar las decisiones del poder legislativo, de modo tal que este pueda enmendar los vicios de lagunas, contradicciones y antinomias, a fin contribuir con la especificación de los derechos. Para que las decisiones judiciales puedan cumplir con tal objetivo deben estar destinadas a resolver los casos concretos, deben evitar todo lenguaje técnico que impida su comprensión, estar fundadas con base en derecho y recurrir a los bienes básicos humanos.

Por último, como se advirtió en un principio, no se puede determinar qué autoridad se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos sin determinar previamente qué son, cuál es su contenido y qué fin persiguen. Por eso, en la segunda parte se propuso desarrollar una subteoría de la autoridad que sea complementaria a la subteoría de los derechos elaborada previamente. Esta subteoría de los derechos parte de una concepción realista clásica. A su vez, la subteoría de la autoridad parte de considerar el esfuerzo conjunto y recíproco entre el poder legislativo y el judicial para delimitar los derechos. En la explicación de los lineamientos para concretizar dicha posibilidad consiste el éxito o fracaso del presente artículo.

Referencias bibliográficas

Aquino, T. (2018). *Suma Teológica, T. VIII, Tratado de la Justicia*, Biblioteca de Autores Cristianos, Ed. Bilingüe.

Brown v. Board of Education, Supreme Court of United States, 347, 483, 1954.

Cruz Parceró, J. A (2001), La crítica al lenguaje de los derechos, *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 18, 41-60.

Dandois, M. (2014), Los bienes fundamentales humanos básicos y la fundamentación del derecho. Un estudio de la propuesta de John Finnis, *Díkaion*, Vol. 23 No. 1, 37-53.

Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Ariel.

— (1992), *El imperio de la justicia*, 2° ed., trad. Claudia Ferrari, Gedisa.

- (1996), *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press.
- (2014), *Justicia para erizos*, 1° ed., trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica.
- Finnis, J. (1992), *Ley natural y derechos naturales*, trad. por Cristobal Orrego, Abeledo-Perrot.
- (2011), *Natural Law and Natural Rights*, 2° Ed., Oxford University Press.
- Fuller, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press.
- Garcia Mansilla, M. J. (2004), Separation of power crisis: The Case of Argentina, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32, 307-391.
- Glendon, A. M. (1991), *Rights Talk. The impoverishment of Political Discourse*, The Free Press.
- Hamilton, A., Madison J., Jay J. (1957), *El Federalista*, traducido por Gustavo Velasco de la obra original *The Federalist, A Comentario on the Constitution of the United States* (1788), 2° Ed, Fondo de Cultura Económica.
- Harel A. (2018), *Por qué el derecho importa*, trad. Mariano Vitetta, Marcial Pons.
- Hart, H. (1998), *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió (traducido de la obra original *The Concept of Law*, 1961), Abeledo-Perrot.
- Hervada, J. (2008), *Introducción crítica al derecho natural*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Hohfeld, W. (1919), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and other Legal Essays*, Yale University Press.

- Legarre, S. y Vitetta, M. (2016), La crisis del llamado «legal writing» y la renovación de la enseñanza de la escritura en las facultades de derecho argentinas, *Academia: revista sobre enseñanza del derecho*, N° 28, 15-35.
- Marbury vs Madison, Supreme Court of United States, 5, 137, 1803.
- Massini Correas, C. I. (1989), *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo. Introducción crítica al pensamiento actual acerca de los derechos humanos*, Alfabetá Impresores.
- (2005), *Filosofía del Derecho. Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Lexis Nexis.
- (2020) *Dignidad Humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Miller J. M. (1997), The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith, *The American University Law Review*, 46, 1483-1572.
- Montesquieu, C. (2001), *The Spirit of Laws*, traducido por Thomas Nugent de la obra original *De l'esprit des loix* (1748), Batoche Books Kitchener.
- Ortiz de Landázuri, L. M. C. (2020), Los derechos humanos y el bien común. Una aproximación desde John Finnis, *Persona y Derecho*, Vol. 83, 553-570.
- Sarmiento, D. F. (1889), *Obras de D. F. Sarmiento. Abraham Lincoln. Dalmacio Velez Sarfield*, Tomo XXVII, Mariano Moreno.
- Rodríguez Paniagua J. M. (2013), *Historia del Pensamiento Jurídico 2. Siglos XIX y XX*, Editorial Biblioteca Nueva.
- Sumner, L. W. (1985), Rights Denaturalized, en *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 20-41.

Yowell, Paul (2007), *A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights*, *The American Journal of Jurisprudence*, 52, 93-137.

Waldron, J. (2002), "Introduction: Disagreements on Justice and Rights", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6 (2002) 5-10.

— (2005), *Derecho y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons.

Waldron, J. (2018), *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz, Siglo Veintiuno Editores.

Webber G., Urbina F. J., Yowell P., Köpcke M., Ekins R. y Miller B. (2018), *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge University Press.

Widow Lira, F. (2021), El derecho subjetivo entre la escolástica y la modernidad. La posición de Francisco Suárez, [*Bajo palabra. Revista de filosofía*, N° 26](#), 201-220.

Zambrano, P. (2013), Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva jurídica de la especificación de la acción humana, en *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis. A propósito de la 2da. Edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 87-118.