

¿POR QUÉ LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES SON MÍNIMOS?

María Beatriz Arriagada. C
Profesora de teoría del derecho
Universidad Diego Portales,
Santiago de Chile

0. Introducción

Aunque muchos han sido los esfuerzos por refutar la distinción entre derechos liberales y derechos sociales, ella todavía tiene vigencia y expresa una idea importante: mientras los denominados derechos liberales son indiscutiblemente reconocidos, los derechos sociales son esencialmente controvertidos.¹ Los derechos civiles y políticos son, sin duda, el núcleo duro de los derechos humanos.²

La cuestión es especialmente relevante si se tiene presente que el neo-constitucionalismo, entendido como una nueva cultura jurídica que puede denominarse “el constitucionalismo de los derechos”³, se deja caracterizar por la combinación de dos rasgos: (i) constituciones garantizadas, esto es, protegidas en su efectividad por los jueces, y (ii) constituciones materiales, es decir, con denso contenido sustantivo formado por normas (valores, principios, directrices o derechos) que no sólo limitan el poder sino también lo dirigen a ciertos objetivos.⁴

En un momento en el cual la supremacía de la constitución se descubre en estos dos sentidos que se tratan de conjugar (como norma fundamental de garantía de derechos y libertades y como norma directiva fundamental), el goce de los derechos sociales (como la educación, la subsistencia o el trabajo) representa una típica materia de la constitución como norma directiva, bajo la idea que el Estado se convierte en un instrumento que solamente existe en función de un objetivo a perseguir, de valores a realizar y de necesidades a satisfacer.⁵

¹ MARTÍNEZ DE PISÓN (2009): 89-90. En la misma línea, PECES-BARBA (1999b) p. 57.

² MARTÍNEZ ROLDÁN (2009): 127.

³ PRIETO SANCHÍS (2007).

⁴ *Ibíd*: 213-214.

⁵ FIORAVANTI (2007) [1995]: 127-134.

En este contexto, me interesa revisar los dos más importantes esfuerzos argumentativos dirigidos a superar la distinción entre derechos liberales y derechos sociales y la posición devaluada en que se encuentran los segundos en comparación con los primeros.

La relevancia de estas argumentaciones reside en que ellas parten de la base que las exigencias de justicia que suelen agruparse bajo el rótulo de los derechos sociales han sido incorporadas y declaradas como derechos en la mayoría de las constituciones contemporáneas. En este escenario, su revisión permite verificar cómo ellas fracasan en los objetivos que el neo-constitucionalismo se ha planteado: (i) a nivel teórico, ofrecer una mejor explicación y descripción de los logros de la constitucionalización en los ordenamientos jurídicos contemporáneos que se caracterizan por satisfacer, en diferentes grados, las llamadas condiciones de constitucionalización, y (ii) a nivel ideológico, propugnar la ampliación de estos logros particularmente mediante el desarrollo de los derechos fundamentales.⁶

Una vez establecido este fracaso, revisaré breve y críticamente la propuesta alternativa de Fernando Atria, para luego plantear mi propia propuesta que, a diferencia de las demás, no asume que la solución a la situación devaluada en la que se encuentran los derechos sociales reside en el análisis de ellos mismos sino en el análisis de la forma en que generalmente han sido entendidos los derechos liberales y en la comprensión de que ella no se ajusta al tipo de decisiones que efectivamente adoptan las cortes constitucionales.

La propuesta que defenderé es entonces de carácter explicativo, en el sentido que no pretende agregar nueva información sino resaltar las distinciones que las formas lingüísticas ordinarias suelen pasar por alto y mejorar la terminología cuando ella conduce a malos entendidos, en miras de establecer un orden respecto del conocimiento que se tiene respecto del uso del lenguaje⁷. Se procura poner en claro o hacer explícito algo que es conocido pero de un modo confuso o poco evidente: las distinciones y relaciones básicas de la teoría que subyace a la práctica que se lleva a cabo en torno a los llamados derechos fundamentales.⁸

⁶ Sobre estos objetivos, ver por ejemplo, COMANDUCCI (2009) [2003]: 83 y POZZOLO (2009) [2003]: 188. Sobre las condiciones de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, ver GUASTINI (2009) [2003]:50-58.

⁷ WITTEGENSTEIN (2008) [1953], párrafos 109, 127 y 132.

⁸ Sobre la distinción entre el dominio de una práctica y el dominio de la teoría de esa práctica, ver STRAWSON (1997) [1992]: 47 y ss.

Antes de comenzar y, considerando que la expresión “derechos fundamentales” es problemática, es preciso aclarar que, como punto de partida, asumo que los llamados derechos fundamentales son: (i) posiciones jurídicas subjetivas que, dirigidas a la protección de bienes considerados especialmente importantes, se fundamentan en normas jurídicas positivas, específicamente en la Constitución, entendiéndola que ella es, por definición, rígida;⁹ y (ii) posiciones en que los individuos se encuentran en relación con el Estado. Como consecuencia, excluyo de este análisis a los llamados “derechos colectivos” y los derechos fundamentales desde el punto de vista de su “eficacia horizontal”.

I. El fracaso de los argumentos para superar la distinción entre derechos liberales y derechos sociales¹⁰

La mejor manera de comprender los principales esfuerzos argumentativos dirigidos a superar la distinción entre derechos liberales y sociales es identificar cuál ha sido el foco de su ataque. Ello supone considerar los dos principales argumentos que se han utilizado para justificar la referida distinción.

1.- El primero de estos argumentos consiste en que los llamados derechos liberales (civiles y políticos) son derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales de abstención y los derechos sociales derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales de prestación.¹¹

Este argumento se sustenta en el concepto kelseniano de derecho subjetivo reflejo equivalente al concepto hohfeldiano de derecho subjetivo en sentido propio. En este sentido, un derecho subjetivo no es otra cosa que el reflejo de una obligación (positiva/de acción o negativa/de omisión) de otro u otros,¹² es decir, la posición correlativa a la posición de deber.¹³ Desde esta perspectiva, los derechos subjetivos no son derechos

⁹ Sobre la rigidez de la Constitución entendida como un rasgo definitorio de la misma, ver por ejemplo, FERRAJOLI (2006):23 y GUASTINI (2001):188-189.

¹⁰ Parte importante de lo argumentado en este apartado se encuentra en ARRIAGADA (2015b).

¹¹ Por ejemplo, BÖCKENFÖRDE (2001) [1993]:72 y ss y FERRAJOLI (2009) [1999]:104 y ss.

¹² KELSEN (1991) [1960]:139-143.

¹³ HOHFELD (1992) [1913]:47-52. Sobre esta coincidencia entre Hohfeld y Kelsen, ver por ejemplo CRUZ PARCERO (2007):37.

activos activos (a hacer algo) sino derechos pasivos¹⁴ conferidos por normas regulativas o prescriptivas que imponen obligaciones.¹⁵

2.- El segundo argumento parte de la base que los derechos liberales son posiciones jurídicas judicialmente exigibles frente al Estado, y afirma que los derechos sociales de prestación no son derechos subjetivos en sentido jurídico sino meros beneficios o servicios sociales mientras no estén judicialmente garantizados.¹⁶

Este argumento se sustenta en el concepto kelseniano de derecho subjetivo en sentido técnico. Este es un derecho reflejo provisto de la potestad de poner en movimiento, mediante una acción, el procedimiento destinado a reconocer la falta de cumplimiento de la obligación por el deudor,¹⁷ y puede ser descrito como una conjunción de los conceptos hohfeldianos de derecho subjetivo y potestad o competencia.¹⁸ Se trata de un derecho igualmente pasivo que, a diferencia del simple derecho reflejo, se encuentra judicialmente garantizado,¹⁹ por lo que se fundamenta en dos tipos de normas diferentes: una norma regulativa que impone una obligación y una norma de competencia.²⁰

Los argumentos recién identificados son pues el foco a partir del cual se construyen las dos más importantes líneas argumentales dirigidas a superar la distinción entre derechos liberales y sociales.

1.- La primera de ellas se deriva de la crítica al concepto de derecho subjetivo reflejo y comprende dos argumentos:

1.1.- De acuerdo con el primero, un derecho fundamental no es el reflejo de una obligación de abstención o de prestación sino el reflejo de un *conjunto de obligaciones*

¹⁴ Tener un derecho pasivo significa tener derecho a que se respete una situación o a recibir algo por parte de otro; CRUZ PARCERO (2007):24.

¹⁵ En términos kelsenianos, normas que obligan a cierta conducta enlazando a la contraria una sanción; KELSEN (1991) [1960]:140.

¹⁶ Ver por ejemplo, HART (1982): 185-186; Böckenförde (2001) [1993]: 80; HESSE (2001) [1994]: 98.

¹⁷ O lo que es lo mismo, el poder de participar en la producción de la norma jurídica individual de la sentencia judicial en la que se estatuye una sanción concreta por dicho incumplimiento; KELSEN (1991) [1960]: 146-149 y 152.

¹⁸ La posición activa de potestad o competencia puede definirse como aquella en la que se encuentra el individuo de cuya voluntad depende decisivamente la modificación de determinadas relaciones jurídicas; HOHFELD (1992) [1913]: 67-81.

¹⁹ Sobre la distinción entre los derechos y su garantía judicial, ver por ejemplo ALEXY 2007 [1984]:456 y GUASTINI (1999) [1996]:185.

²⁰ Sobre la diferencia entre estos dos tipos de normas, ver especialmente HART 2009 [1961]: 43-44 y BULYGIN (1991) [1988]: 487-489 y 495-496. Sobre la imposibilidad de asimilar las normas de competencia a las normas permisivas, ver ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991) [1983]: 462. En términos de Kelsen, una norma de competencia es una norma facultativa y “no independientes” porque sólo determina una de las condiciones a las cuales una norma independiente enlaza el acto coactivo; KELSEN (1991) [1960]: 68.

porque todos los derechos implican obligaciones de prestación en sentido amplio. Ni los derechos liberales consistirían simplemente en obligaciones estatales negativas ni los derechos sociales consistirían simplemente en obligaciones estatales positivas a prestaciones fácticas o materiales, pues ambos envuelven obligaciones a prestaciones normativas.²¹

A este argumento puede responderse que la circunstancia de que todos los derechos supongan la realización de prestaciones en sentido amplio no cambia el hecho de que los derechos sociales sean distinguibles de los liberales en razón de su contenido básico es una obligación de prestación en sentido estricto (prestación fáctica o material). Como sugiere Ansuátegui,²² quizás se esté ampliando de manera excesiva la comprensión común de la idea de prestación.

1.2.- El segundo argumento comprende al primero pero llega mucho más lejos desde el momento en que sostiene que un derecho fundamental no es el reflejo de *una* obligación de abstención o de prestación pues todos los derechos consisten en un *conjunto de obligaciones estatales de abstención y de prestación*.²³

A este argumento puede responderse que la circunstancia de que todos los derechos supongan la realización de prestaciones en sentido amplio no cambia el hecho de que los derechos sociales siguen siendo distinguibles de los derechos liberales porque a los primeros no se corresponden obligaciones de abstención.

La reconstrucción de los denominados derechos fundamentales como un conjunto de obligaciones positivas y negativas asume erradamente que los derechos son bienes que se deben proveer y que no se deben dañar. Bajo la noción de “un conjunto de obligaciones de abstención y de prestación” se oculta la idea que los derechos fundamentales son los bienes que a cada individuo corresponden en justicia.²⁴ Y todavía se ha podido llegar más lejos en esta dirección cuando se afirma que los derechos fundamentales resultarían mejor explicados si se los entiende como un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas activas

²¹ ALEXY (2007) [1984]: 171, 383-384 y 391-394, 443 y 454 y PRIETO SANCHÍS (1998):74-81.

²² ANSUÁTEGUI (2010): 57-58.

²³ CRUZ PARCERO (2007):76; EIDE (2001):23-24; ABRAMOVICH y COURTIS (2004):20, 23-36; ANSUÁTEGUI (2010):57; ROSSETTI (2010):116 y ss.

²⁴ Sobre esta confusión y la posibilidad de interpretarla como una caprichosa retrospección hacia la idea romana clásica del derecho, ver ARRIAGADA (2012):69-70 (nota N°46 de ese trabajo)

hohfeldianas, es decir, un conjunto de libertades, derechos subjetivos en sentido propio, potestades e inmunidades.²⁵

El problema de este tipo de reconstrucciones de los derechos fundamentales es que confunden las posiciones jurídicas subjetivas que el derecho objetivo confiere para la protección de bienes con los bienes objeto de esta protección.²⁶ Por lo mismo, no contribuyen a clarificar las posiciones jurídicas subjetivas que el derecho objetivo confiere a los individuos y, por tanto, al objetivo teórico de ofrecer una mejor explicación y descripción de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

A esto debe agregarse que la opinión según la cual los derechos fundamentales consisten en un conjunto de obligaciones de abstención y de prestación (que actualmente parece ser dominante) no ha logrado su objetivo. Y la mejor prueba de ello se encuentra en la copiosa elaboración de argumentos que, para defender la equiparación de los derechos sociales con los derechos liberales, esgrimen la importancia de distinguir a los derechos de su garantía judicial y la existencia de otras formas de exigibilidad. Tales argumentos asumen que los derechos liberales y sociales son, respectivamente, derechos de abstención y de prestación, es decir, derechos reflejos.

2.- La segunda línea argumental dirigida a refutar la distinción entre derechos liberales y derechos sociales es la que ataca el concepto de derecho subjetivo en sentido técnico. Ella comprende dos argumentos que suelen aparecer unidos.

2.1.- De acuerdo con el primer argumento, los derechos sociales no son meros beneficios o servicios sociales sino derechos subjetivos en sentido jurídico, con independencia de si son judicialmente exigibles. Los derechos no deben ser confundidos con su garantía judicial.²⁷ Al respecto, basta tener presente, por ejemplo, el concepto kelseniano de derecho subjetivo reflejo unido a la consideración que el otorgamiento de derechos subjetivos en sentido técnico no es una función esencial del derecho objetivo,²⁸ o el significado definido

²⁵ Por ejemplo, LAPORTA (1987): 23-30; HIERRO (2000): 356; CRUZ PARCERO (2004): 76 y 78 y (2007): 36-38.

²⁶ En esta distinción se fundamentan los modelos de análisis de las posiciones jurídicas subjetivas de Kelsen y Hohfeld. De acuerdo con el primero, al jurista no interesa lo que el derecho objetivo protege (la sustancia) sino la protección (la forma); KELSEN (1987) [1923]: 510 y 539. De acuerdo con el segundo, es analíticamente indispensable distinguir las relaciones puramente jurídicas de los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir; HOHFELD (1992) [1913]: 31.

²⁷ Por ejemplo, ALEXY (2007) [1984]: 456 y CRUZ PARCERO (2007): 30.

²⁸ KELSEN (1991) [1960]: 148-149.

y apropiado que, según Hohfeld, tienen los derechos subjetivos²⁹ unido a la importancia de que el mismo sea diferenciado del concepto de potestad o competencia.³⁰

2.2.- De acuerdo con el segundo argumento, los derechos sociales no son meros beneficios o servicios sociales sino derechos subjetivos en sentido jurídico, independientemente de la forma que adopte su garantía. Hay otras formas de exigibilidad diversas a la garantía propiamente judicial.³¹ En esta línea, se sostiene, por ejemplo, la eficacia directa de la Constitución al menos en su contenido mínimo o esencial,³² la suficiencia de que exista al menos “algún” poder de reclamo, no siendo necesario que este exista en “todos” los casos de violación³³ y la posibilidad de que los derechos sociales sean alegados como formas “convertidas” de derechos de propiedad, libertad o igualdad que sí cuenten con un recurso destinado a su tutela judicial.³⁴

Estos argumentos se vuelven inconsistentes desde el momento en que la importancia de mantener diferenciados a los derechos de su garantía judicial tiende a relativizarse cuando, para defender la juridicidad de los derechos sociales, se insiste en la existencia de otras potenciales formas de exigibilidad, algunas de ellas de indiscutible carácter judicial. Así, a este tipo de defensa podría objetarse que es llevada a cabo al precio de reconocer que los derechos subjetivos deberían ser, a fin de cuentas, algo más que el mero reflejo de obligaciones.³⁵

Esta inconsistencia no contribuye al objetivo teórico de ofrecer una mejor explicación y descripción las posiciones jurídicas subjetivas que las constituciones confieren a los individuos. Pero, además, las formas de exigibilidad que se proponen para los derechos sociales, no cambian su posición devaluada frente a los derechos liberales que, en cambio, habitualmente cuentan un recurso especialmente destinado a su tutela judicial. En sentido opuesto, los intentos de buscar fórmulas para hacer a los derechos sociales judicialmente exigibles ponen precisamente en evidencia su insoslayable diferencia con los derechos

²⁹ HOHFELD (1992) [1913]: 47-52.

³⁰ *Ibíd*: 68.

³¹ Por ejemplo, CARBONELL (2008):46 y PÉREZ LUÑO (1984): 66 y ss.

³² BASTIDA (2007): 116-119.

³³ ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 38 (nota N° 37 de ese trabajo).

³⁴ ROSSETTI (2010): 121 (nota N°54 de ese trabajo) y RUIZ-TAGLE (2009): 23.

³⁵ Como admite Cruz Parceró, conscientes de que buena parte del escepticismo sobre los derechos sociales se basa en constatar que su protección y cumplimiento han sido problemáticos y muy deficientes, sus defensores se han preocupado por encontrar fórmulas para brindarles protección y garantizarlos jurídicamente. En este contexto, lo ideal para algunos sería encontrar el modo de hacerlos justiciables; CRUZ PARCERO (2007): 71.

liberales y, por tanto, el fracaso del objetivo ideológico de ampliar los logros de la constitucionalización.

Frente a ello se puede argumentar que, a diferencia de los derechos liberales, los derechos sociales no son susceptibles de tutela judicial porque no tienen un contenido preciso y los sujetos obligados no se encuentran bien determinados.³⁶ Pero este argumento tampoco logra justificar la falta de protección judicial de los derechos sociales.

En cuanto a la supuesta falta de determinación de su contenido, se sostiene que la diferencia específica de los derechos sociales reside en que las disposiciones que los confieren no precisan, en todos los casos, cuál es la prestación mediante la cual se satisface el derecho y, por tanto, cuándo este resulta vulnerado.³⁷ Pero lo señalado es más bien una característica de las obligaciones impuestas por “normas teleológicas”,³⁸ cuya justiciabilidad obviamente exige establecer criterios para controlar el comportamiento de sus destinatarios.³⁹ Lo cierto es que no hay ninguna razón para afirmar que a las disposiciones que establecen obligaciones de abstención no afecta el mismo tipo de indeterminación.⁴⁰ Es más, si los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación,⁴¹ la falta de precisión de los derechos sociales podría explicarse precisamente porque, debido a la falta de garantía judicial, no ha podido desarrollarse una práctica interpretativa.⁴²

Por su parte, la objeción relativa a la supuesta falta de precisión del sujeto obligado parece fundarse en que la violación de las obligaciones positivas, consistente en una inacción, sería difícilmente imputable a un sujeto determinado a falta de una norma que expresamente lo designare como obligado y respaldare su cumplimiento con una sanción.⁴³ Sin embargo, esta lectura es equivocada, entre otras razones, porque confunde las dificultades que se derivan de que el Estado sea el sujeto obligado (cuestión que ocurre tanto en los derechos de abstención como en los de prestación) con las implicaciones que tendrían las sentencias de los tribunales si derechos sociales de prestación estuvieren

³⁶ GUASTINI (1999) [1996]:185-189. En el mismo sentido, SQUELLA (2000) :518

³⁷ BERNAL (2004):116.

³⁸ GUASTINI (1999) [1996]:189. Sobre las características de estas normas ver, por ejemplo, GUASTINI (1999) [1996]:115 y ATIENZA y RUIZ MANERO (2004):8.

³⁹ PARCERO (2007): 73 y 84 y 94-95.

⁴⁰ PARCERO (2007):83, ARRIAGADA (2010): 45-51; BERNAL (2004):116; PECES-BARBA (1999a):77.

⁴¹ ALEXY (2009) [2003]:32-33 y 35.

⁴² FIGUEROA (2009a):330-331.

⁴³ GUASTINI (1999) [1996]:189.

garantizados judicialmente a pesar de la indeterminación de su contenido. Por lo mismo suele objetarse la falta de capacidad o preparación técnica de los jueces y su falta de legitimidad política para intervenir en decisiones relativas a la distribución de recursos públicos.⁴⁴ De no ser estas las auténticas objeciones a la justiciabilidad de los derechos sociales, no se explica por qué ellas no se plantean también a propósito de los (también indeterminados) derechos liberales.

En este escenario, no es extraño que se afirme que aunque los derechos sociales hayan sido reconocidos por las constituciones modernas y los tratados internacionales y hoy sea posible observar que ellos están siendo tomados en cuenta bajo diversas formas por la jurisprudencia, su situación de violación permanente es una realidad cotidiana en la que se encuentran millones de personas.⁴⁵ La positivización, tanto constitucional como internacional de los derechos sociales, admite ser interpretada como una mera apariencia de solución legítima y justa y, por tanto, como una forma de camuflar y enmascarar el problema de la falta de reconocimiento, protección y garantía de estos derechos.⁴⁶ Frente a la vigencia formal e incluso a la extensión de los derechos sociales en muchas constituciones y tratados internacionales, la práctica impone su progresivo vaciamiento normativo a manos de una nueva *lex mercatoria*, cada vez más global, que debilita de manera sensible su eficacia vinculante y, con ello, el alcance mismo del principio democrático y el Estado de derecho.⁴⁷

Afirmaciones como estas evidencian que los derechos sociales siguen siendo incompletos, deficientes, discapacitados o devaluados frente a los generalmente privilegiados derechos civiles y políticos. Y esto muestra que los esfuerzos argumentativos revisados tampoco contribuyen significativamente al objetivo ideológico del neo-constitucionalismo.

II. La propuesta alternativa de Fernando Atria

Frente al fracaso de los argumentos dirigidos a superar la posición devaluada de los derechos sociales, debe revisarse, aunque muy brevemente, la que quizá ha sido la más

⁴⁴ Para una descripción de estas objeciones, ver FIGUEROA (2009b) y ROSSETTI (2010):121-122

⁴⁵ ROSSETTI (2010): 102.

⁴⁶ MARTÍNEZ ROLDÁN (2009): 114, 127 y 138-142.

⁴⁷ PISARELLO (2007): 13.

interesante propuesta alternativa. Ella es alternativa puesto que se orienta en la dirección exactamente opuesta a los esfuerzos argumentativos recién descritos.

De acuerdo con Atria, las estrategias dirigidas a suprimir las diferencias entre los derechos sociales y los derechos liberales son inútiles. A su juicio, los derechos sociales son radicalmente diferentes a los derechos liberales porque no pueden, como éstos, expresarse en el lenguaje de los derechos subjetivos.⁴⁸

Según Atria, pese a sus mutaciones, el concepto de derecho subjetivo implica la idea liberal, expresada en los derechos civiles y políticos, de que el interés individual se impone frente a los intereses de la comunidad.⁴⁹ Como esta idea se opone directamente a la idea socialista manifestada en los derechos sociales (cada uno de los miembros de la comunidad tiene interés en el bienestar del otro), hablar de derechos sociales es una contradicción en los términos.⁵⁰

El concepto jurídico de derecho subjetivo al que Atria alude supone que una persona: (i) tiene una obligación (ii) cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra, y (iii) que es reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra”.⁵¹ Lo relevante para el derecho es que el titular del derecho tenga la potestad de decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida, esto es, que la exigibilidad de la obligación del deudor esté mediada por la voluntad del acreedor”.⁵²

Desde esta perspectiva, los intentos de la doctrina (que Atria llama “progresista”) por hacer exigibles a los derechos sociales están condenados al fracaso, porque la “juridificación” buscada cobra el precio de des-socializar (privatizar) las demandas socialistas, convirtiéndolas en auténticas demandas liberales dirigidas a que un interés sea atendido aun a costa del interés de los demás.⁵³ Los derechos expresados en estas demandas ya no son sociales, esto es, dirigidos a obtener ciudadanos iguales sino derechos a un mínimo destinado únicamente a eliminar la pobreza de los sujetos de mercado.⁵⁴

⁴⁸ ATRIA (2004a):51.

⁴⁹ ATRIA (2004a): 51-52.

⁵⁰ ATRIA (2004a): 15, 22 y 40- 52 y (2004b):147.

pág. 32. Atria sigue en esto a MARSHALL (1998) [1950].

⁵¹ ATRIA (2004a): 23.

⁵² *Ibíd*: 22, 25, 43 y 47.

⁵³ *Ibíd*: 46.

⁵⁴ ATRIA (2004a):27-32 y (2004b):147-148.

La propuesta teórica de Atria tiene el mérito mostrar que existe una tensión no resuelta entre el concepto y el fundamento de los derechos sociales, al punto que hablar de derechos sociales (en los términos del discurso progresista) puede ser considerado una contradicción, pero no está exenta de problemas.

Aunque este no es el lugar para desarrollarlos en detalle,⁵⁵ baste enunciar que su problema principal consiste en que Atria no distingue correctamente el concepto del fundamento de los derechos subjetivos y, por tanto, de los derechos civiles y políticos que son el punto de referencia que permite calificar a los derechos sociales como inexistentes o al menos como derechos devaluados.

Este problema se presenta por dos razones. La primera de ellas es que el concepto de derecho subjetivo que Atria emplea parece estar comprometido, al mismo tiempo, con la teoría del interés y la teoría de la voluntad, dos teorías que históricamente se han disputado la mejor explicación de los derechos subjetivos.⁵⁶ Aunque Atria reconoce que parece estar suscribiendo una teoría ecléctica (entre voluntad e interés), descarta pronunciarse explícitamente sobre ello,⁵⁷ con lo cual el punto queda sin explicación. Y la cuestión es relevante porque la adscripción a una de estas teorías implica una toma de postura acerca del fundamento y no acerca del concepto de derecho subjetivo.⁵⁸

Vinculada con la anterior, la segunda razón consiste en que Atria incurre en una contradicción cuando, al mismo tiempo que admite su aparente adhesión a una combinación de las teorías del interés y de la voluntad, parece creer que el concepto de derecho subjetivo que él emplea coincide con el concepto kelseniano de derecho subjetivo en sentido técnico, además de puntualizar que está utilizando el término potestad en el sentido de Hohfeld.⁵⁹ La contradicción se presenta porque tanto el análisis de Kelsen como el de Hohfeld de las posiciones jurídicas subjetivas conducen a rechazar cualquier teoría que, en lugar de poner el foco en la estructura o forma de estas posiciones, lo ponga en los

⁵⁵ Para ello ver ARRIAGADA (2014b).

⁵⁶ Una defensa de la teoría de la voluntad se encuentra en HART (1962) [1953]:117-119; (1990) [1955]; y (1982):183-188. Algunos de los discípulos de Hart apoyan, en cambio, diferentes versiones de la teoría del interés; ver MACCORMICK (1988) [1975] y RAZ (2001) [1994]: 57-68. Para un resumen de la discusión de estas teorías ver FINNIS (2000) [1980]: 231-233. Para una descripción de ambas teorías y de las teorías mixtas, DABIN (2006): 67-94.

⁵⁷ ATRIA (2004a):23 y nota n°23 en la misma página.

⁵⁸ ARRIAGADA (2014a).

⁵⁹ ATRIA (2004a):22 y nota N°20 en la misma página.

bienes, valores o necesidades sustanciales que ellas protegen y justifican su otorgamiento.⁶⁰ Esta contradicción evidencia que Atria no sólo cree que la estructura o forma de una posición jurídica excluye ciertos contenidos,⁶¹ sino que también cree que ella está necesariamente vinculada con ciertos contenidos o, al menos, con una forma específica de determinación de contenidos.⁶² Desde esta óptica, en la afirmación “*x* tiene derecho a *y* puesto que *x* tiene la potestad para decidir sobre la exigibilidad de *y*” estaría implicada la afirmación de que es lícito, bueno o justo que *x* reciba *y* conforme a determinado criterio de justicia. Esto es especialmente llamativo si se considera que, en trabajos posteriores, Atria ha admitido que los conceptos jurídicos (entre ellos el de derecho subjetivo) pueden subvertirse.⁶³

A esto debe añadirse que, una vez establecido que los llamados derechos sociales no pueden expresarse en el lenguaje liberal de los derechos subjetivos, Atria no aprovecha la oportunidad de avanzar en la dirección de mejorar la situación devaluada en la que se encuentran frente a los derechos liberales.⁶⁴ Las alternativas posibles parecen ser modificar el concepto de derecho subjetivo utilizado o el fundamento de los derechos sociales, pero Atria se limita a constatar la contradicción entre la forma jurídica de los derechos subjetivos y el contenido de los derechos sociales.

Aunque en trabajos posteriores Atria ha procurado precisamente mejorar la situación de los derechos sociales sin renunciar a la comprensión socialista de los mismos ni a la crítica a la doctrina progresista, su error continua siendo asumir que la estructura de las posiciones jurídicas subjetivas está necesariamente vinculada con las razones que justifican (o pueden justificar) su otorgamiento. Como consecuencia, Atria pierde la oportunidad de ensayar una lectura diferente de los derechos civiles y políticos, atendido que ellos funcionan como el punto de referencia para juzgar la situación de los derechos sociales. Y esta es, como veremos, la clave del problema.

⁶⁰ Sobre esto vale lo consignado en la nota N° 26 de este trabajo. Otras aproximaciones estructurales, por ejemplo, en FERRAJOLI (2007) [2001] y DICIOTTI (2004).

⁶¹ ATRIA (2004a):42 y (2004b):148.

⁶² Sin referencia a la vida en comunidad; ATRIA (2004a):16-17 y (2004b):148-149.

⁶³ Atria (2013) y (2014).

⁶⁴ Como subraya Cruz Parceró, Atria no consigue, ni siquiera a través de la reivindicación del concepto político de derecho subjetivo, mostrar una verdadera alternativa para el socialismo; CRUZ PARCERO (2004): 93.

III. La clave del problema: los llamados derechos civiles y políticos⁶⁵

La primera tesis que me interesa defender es que la situación devaluada en la que efectivamente se encuentran las exigencias de justicia que suelen agruparse bajo la denominación de derechos sociales no puede conocerse mediante su comparación con los derechos liberales, civiles y políticos ni puede salvarse procurando su equiparación; y que la razón de ello no debe buscarse en los derechos sociales sino en los liberales, particularmente en la forma en la cual éstos han sido generalmente entendidos.

Esta forma de entender a los derechos liberales puede sintetizarse en las dos siguientes proposiciones, bastante frecuentes entre los estudiosos del derecho:⁶⁶

- (i) Los derechos fundamentales civiles y políticos son el reflejo de obligaciones jurídicas de abstención que el Estado debe cumplir; y
- (ii) La violación de tales obligaciones es causa de invalidez general (inconstitucionalidad) o particular (inaplicabilidad)⁶⁷ de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas.

Si se distinguen correctamente las normas regulativas de las normas de competencia⁶⁸ y los actos materiales de los actos normativos,⁶⁹ es posible advertir que la primera de estas proposiciones es sólo parcialmente verdadera y que la segunda es completamente falsa.

1.- ¿Qué son los llamados “derechos políticos”?

La razón que en principio justifica la agrupación de los derechos políticos y los derechos civiles bajo una misma categoría analítica es que el contenido normativo activo

⁶⁵ Un desarrollo más extenso del argumento contenido en este apartado se encuentra en ARRIAGADA (2015).

⁶⁶ Ver, por ejemplo, GUASTINI (1999) [1996]:188-189 y 336-337; ORUNESU (2012):103 y 105; PRIETO SANCHÍS (2000): 437 y 445. En la misma línea, FERRAJOLI (2007) [2001]: 34-35, aunque precisando que la infracción de las señaladas obligaciones es o “debiera” ser causa de invalidez.

⁶⁷ Como la “aplicabilidad jurídica” de una norma, entendida como la correlación entre dicha norma y su aplicación afirmada como existente en el presente (BULYGIN (1965):42-47) se juzga con referencia a las mismas normas conforme a las cuales se ha juzgado su validez, la aplicabilidad de una norma, en este sentido, no es otra cosa que su validez singular mientras su inaplicabilidad es su anulación para determinado caso; KELSEN (2009b) [1931]:313-314. La diferencia reside, se supone, en que el juicio de validez es concreto.

⁶⁸ Sobre esta diferencia, ver lo anotado en la nota N°20 de este trabajo.

⁶⁹ FERRAJOLI 2011 [2007]: 464-465. La distinción corresponde aproximadamente a la distinción seraliana entre “hechos brutos”, cuya existencia no depende lógicamente de la existencia de ninguna regla y “hechos institucionales”, cuya existencia es lógicamente dependiente de la existencia de reglas constitutivas; SEARLE (2007) [1969]: 58-61 y (1997) [1995]: 44-46.

que se atribuye a los primeros no modifica la relación de identidad que existe entre su contenido normativo pasivo y el contenido normativo exclusivamente pasivo atribuido a los segundos.⁷⁰ El contenido normativo activo de los derechos políticos connota que su ejercicio supone la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal en los órdenes jurídicos democráticos, principalmente a través de la elección de representantes mediante sufragio.⁷¹

La interpretación según la cual estos derechos reflejan obligaciones estatales negativas presenta un déficit explicativo en cuanto exige que sea puesto entre paréntesis el rol que ellos cumplen en la constitución de la voluntad estatal. A diferencia de los derechos civiles, los derechos políticos no podrían ser definidos exclusivamente como derechos pasivos.

Pero esta interpretación es, sobretodo, incorrecta porque, obviando la distinción entre normas regulativas y normas de competencia, no advierte que los llamados derechos políticos no son derechos subjetivos que reflejan obligaciones de realizar o abstenerse de realizar determinados actos materiales. Ellos no se fundamentan en normas regulativas sino en normas de competencia que, en los órdenes jurídicos democráticos, confieren a los individuos potestades para participar en las decisiones públicas sobre lo que cuenta como derecho.⁷²

Como en los sistemas democráticos los órganos del Estado son competentes para producir normas que obligan a los sujetos sometidos al derecho precisamente porque dichos órganos son elegidos a través del sufragio de los titulares de los denominados derechos políticos, éstos son una condición de la validez de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas.

Una cuestión diferente es que para poder afirmar que los derechos políticos así entendidos existen en un ordenamiento jurídico y que éste es, en consecuencia, democrático, no basta que la Constitución así lo declare. Es necesario que el Estado se abstenga de impedir su ejercicio y provea los medios jurídicos y materiales que lo hagan posible. Admitir esto no equivale a afirmar que estas posiciones jurídicas son derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales de abstención y de prestación.

⁷⁰ Por ejemplo, HABERMAS (2008) [1963]:148-149.

⁷¹ Destacan este aspecto, entre otros, HESSE (2001) [1994] 90-91, ALEXY (2007) [1984]:231 y JELLINEK (1954) [1911]: 315-318. Y la razón por la cual este aspecto suele ocupar un lugar secundario ha sido bien explicada por el último de estos autores; *Ibíd*: 305.

⁷² KELSEN (1991) [1960]:150-152.

Estas consideraciones muestran que la primera proposición que se ha propuesto discutir es sólo parcialmente verdadera, por lo es necesario modificarla eliminando su referencia a los derechos políticos, quedando el foco de análisis constituido por las siguientes dos proposiciones:⁷³

- (i) Los denominados derechos fundamentales civiles son el reflejo de obligaciones jurídicas de abstención que el Estado debe cumplir;
- (ii) La violación de tales obligaciones es causa de invalidez general (inconstitucionalidad) o particular (inaplicabilidad) de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas.

2.- ¿Qué son los llamados derechos civiles?

2.1 Planteamiento del problema

La segunda proposición es completamente falsa porque, obviando la distinción entre normas regulativas y normas de competencia, pasa por alto que de la inobservancia de normas regulativas que imponen obligaciones y confieren derechos no se sigue la invalidez (general o particular) de normas.

Si las normas de competencia, conforme a las cuales se afirma o niega la validez jurídica de otras normas, son de un tipo diferente e irreductible al de las normas regulativas que establecen obligaciones y derechos subjetivos, las normas que consagran los llamados derechos fundamentales civiles (conforme a las cuales se juzga la inconstitucionalidad general o particular de las normas producidas por autoridades públicas) tendrían que ser de competencia; en principio, meta-normas que limitan sustantivamente la competencia normativa de las autoridades públicas. Y en cuanto tales, tendrían que ser diferentes e irreductibles a las normas regulativas que imponen obligaciones y confieren derechos subjetivos.

En este contexto, una opción plausible sería descartar que los derechos civiles sean derechos subjetivos que reflejan obligaciones. En esta línea, Kelsen agrupa, bajo la categoría común de “derechos políticos”, el derecho a elegir a los representantes y las

⁷³ Respecto del sustento de estas proposiciones vale lo consignado en la nota N°66 de este trabajo considerando únicamente la referencia que los autores realizan a los “derechos civiles” y suprimiendo, en consecuencia, la de los “derechos políticos”.

posiciones jurídicas que suelen denominarse derechos civiles. Y sostiene que aunque las disposiciones constitucionales que declaran garantizar ciertos “derechos” (como la libertad personal, la libertad de conciencia o la igualdad) aparezcan como “prohibiciones” de violar tales “derechos” a través de normas de inferior jerarquía, no constituyen realmente derechos reflejos ni derechos subjetivos en sentido técnico porque no consisten en imponer a los órganos jurídicos la obligación jurídica de no dictar tales normas. Sólo constituyen un derecho en el sentido de un poder jurídico, cuando el orden jurídico otorga al individuo afectado por una norma inconstitucional un poder para iniciar, con una queja, el procedimiento dirigido a la supresión de dicha norma.⁷⁴

La explicación kelseniana es fundamental pero sólo parcialmente correcta en la medida en que deja oculto el sentido según el cual los llamados derechos civiles son instrumentos con que los individuos cuentan para defenderse de los poderes fácticos del Estado y sus agentes. Por tanto, antes de volver sobre ella, se debe examinar con mayor atención la sugerencia de que las normas que confieren derechos civiles son normas de competencia.

Si la validez general o particular de las normas producidas por autoridades públicas se juzga de conformidad con las normas que confieren los llamados derechos fundamentales civiles, estas normas tendrían que ser de competencia, y en cuanto tales, diferentes e irreductibles a las normas regulativas que establecen obligaciones y derechos subjetivos. Salvo que se acepte que una norma de competencia pueda ser, al mismo tiempo, regulativa.

Searle parece proponer que esto es posible cuando afirma que las reglas constitutivas constituyen (y *también regulan*) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas.⁷⁵ Como según Searle, las reglas constitutivas se diferencian de las puramente regulativas porque definen nuevas formas de conducta y pueden aparecer como una verdad analítica basada en el significado de la actividad que ellas definen,⁷⁶ las normas de competencia pueden considerarse una especie de las reglas constitutivas.⁷⁷

Lo anterior sugiere que una conducta definida por una norma de competencia (constitutiva) podría ser regulada por la misma norma que entonces sería, a la vez, regulativa. Pero Searle no aclara cómo es posible que las reglas constitutivas sean, por un

⁷⁴ KELSEN (1991)[1960]:150-156.

⁷⁵ SEARLE (2007) [1969]:43.

⁷⁶ *Ibíd*:44-45.

⁷⁷ Sobre las normas de competencia como reglas constitutivas, ver por ejemplo ATIENZA y RUIZ MANERO (2004):85-86; GUASTINI (1999) [1996]:99; FERRER (2000):135.

lado, definiciones o enunciados analíticos basados en el significado de los términos así definidos y, por el otro, reglas regulativas de las actividades por ellas definidas.⁷⁸

Lo que en realidad ocurre es que, aunque una norma no puede ser, al mismo tiempo, constitutiva y regulativa, es perfectamente posible que una conducta definida por una norma de competencia (constitutiva) sea posteriormente regulada por una o más normas regulativas,⁷⁹ en cuanto éstas pueden ordenar o permitir tanto conductas materiales o normativas.

Dado que una regla no es equivalente a los signos en que ella se expresa, la tesis de Searle puede corregirse o reinterpretarse afirmando que es posible que una misma formulación normativa exprese dos reglas diferentes e irreductibles: (i) una constitutiva, que define una forma de conducta y (ii) una regulativa, que manda, prohíbe o permite la conducta definida por la primera.

Se podría entonces interpretar que si se afirma que la violación de las obligaciones de abstención correspondientes a los derechos civiles produce la invalidez jurídica general (inconstitucionalidad) o particular (inaplicabilidad) de las normas producidas por las autoridades públicas, se está queriendo decir que una misma disposición constitucional expresa dos normas diferentes e irreductibles que atribuyen consecuencias jurídicas diversas a un mismo tipo de conducta.

Esto significa que la misma conducta cuya omisión es condición de la validez de otras normas de conformidad con una norma A (de competencia), ha sido prohibida por una norma B (regulativa), y que ambas normas son expresadas en la misma formulación normativa. Aunque en el tipo de afirmación que se analiza parece más bien sostenerse lo inverso: que la omisión de una conducta que una norma A (regulativa) prohíbe es definida por una norma B (de competencia) como condición de validez de otras normas, y que ambas normas son expresadas en el mismo enunciado normativo.

⁷⁸ BULYGIN (1991)[1988]:492. Incluso Ross que, en la misma dirección, distingue entre reglas regulativas y constitutivas según la forma en que tales reglas se relacionan con la actividad (natural o no natural) a la que se refieren, descarta que las reglas constitutivas puedan ser a la vez regulativas, al caracterizarlas como reglas no susceptibles de violación; ROSS (2000) [1968]:68-73

⁷⁹ De hecho, las potestades pueden ser reforzadas mediante deberes; HART (2009) [1961]: 37 y 120. Una cosa es conferir un poder (normativo) y otra es regular el ejercicio de ese poder; ATIENZA y RUIZ MANERO (2004):84. Esto es diferente a sostener, como Schauer, que las reglas constitutivas pierden su carácter constitutivo dentro de las instituciones previamente definidas o constituidas por ellas; SCHAUER (2004) [1991]:63.

En alguna de estas dos alternativas parece poder ubicarse, por ejemplo, la posición de Alexy, según quien el carácter defectuoso de los actos de creación de normas, que caen en el ámbito de la no competencia, podría ser explicado sólo a medias si únicamente se cataloga a estos actos como prohibidos. Si en cambio, se presupone la existencia tanto de una norma de prohibición como de una norma de competencia negativa, con la ayuda de la primera se puede explicar sin mayor problema la calificación prohibida y, con la ayuda de la segunda, la calificación defectuosa.⁸⁰

Esta interpretación de los denominados derechos fundamentales civiles es, sin embargo, incorrecta porque, aunque es cierto que las disposiciones constitucionales que los consagran expresan dos normas jurídicas diferentes e irreductibles, no es cierto que ambas normas se refieran al mismo tipo de conducta. Se olvidado distinguir a los actos materiales de los actos normativos.

2.2 Los dos significados de los derechos civiles

La segunda tesis que quiero defender es que, en miras de la protección de ciertos bienes, las disposiciones normativas que consagran los denominados derechos civiles expresan dos tipos de normas jurídicas que, además de ser diferentes e irreductibles, no se refieren al mismo tipo de conducta:

- (i) *Normas regulativas* que confieren a los individuos *derechos subjetivos*, en cuanto imponen obligaciones de abstención de cuyo cumplimiento depende la *licitud* de las *actuaciones materiales* de las autoridades públicas; y
- (ii) *Fragmentos de normas de competencia* que confieren a los individuos *potestades de participación política* cuyo ejercicio condiciona la *validez* general o particular de las *normas jurídicas* producidas por las autoridades públicas y, por tanto, las decisiones sobre lo que no cuenta como derecho.

Los llamados derechos civiles tienen entonces dos diferentes significados: son derechos subjetivos en sentido técnico y son potestades de participación política.

⁸⁰ ALEXY (2007) [1984]:213-214. Por ello aconseja utilizar la expresión “derecho subjetivo”, siguiendo el uso existente, como un concepto general para posiciones muy diferentes para luego, dentro de ese marco, tratar distinciones y llevar a cabo caracterizaciones terminológicas; *Ibíd*: 162-214.

2.2.1 Los derechos fundamentales civiles como potestades de participación política

La comprensión del sentido según el cual los llamados derechos civiles son potestades de participación política que se fundamentan en normas de competencia exige tener presente varias cuestiones.

En primer lugar, no se debe olvidar la sugerencia kelseniana de que la incorporación de un catálogo de “derechos” fundamentales en una constitución rígida únicamente expresa una decisión de autolimitación consistente en que la afectación de ciertos bienes (como la libertad personal, la libertad de conciencia y la igualdad) sólo es posible mediante normas aprobadas con acuerdo de la minoría, de suerte que toda norma que, sin ser así aprobada, pretenda modificar la constitución es inválida.⁸¹

En segundo lugar, es preciso tener presente que sólo existe una garantía de que tales bienes no van a ser afectados, cuando se prevé alguna forma de controlar que las normas jurídicas se ajusten a la Constitución.⁸²

En tercer lugar, se debe recordar que desde que Kelsen mostró la inexistencia de contradicción entre política y jurisdicción y que el acto de anular una norma es un acto de producción de signo negativo, el órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía puede ser justificadamente considerado un auténtico legislador negativo.⁸³ Junto con ello, Kelsen mostró que la decisión de anular una norma inconstitucional por razones de “contenido” no se fundamenta en la norma misma sino en el “hecho” de no haber sido producida conforme al procedimiento de reforma constitucional. La jurisdicción constitucional consiste simplemente en que una norma debe ser anulada en su validez general (para todos los casos) o particular (para un caso concreto) porque el hecho concreto de su producción se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho, y que por ello es una norma superior.⁸⁴

⁸¹ Ver KELSEN (2009b)[1931]:292-293. Que una constitución sea rígida significa: (i) que las normas constitucionales no puedan ser modificadas del mismo modo que las demás normas, y (ii) que la conformidad con las normas constitucionales es una condición de validez de cualquier norma, de suerte que una norma que pretenda modificar la constitución es inválida; GUASTINI (2001):188-189 y 193. (i) y (ii) corresponden a lo que Kelsen llamó, respectivamente, constitución en sentido formal y constitución en sentido material; KELSEN (2009a) [1929]:140-142 y (1991) [1960]:232-233.

⁸² Ver KELSEN (2009b) [1931]:292-293; GUASTINI (2001):188-189 y 193 y ORUNESU (2012):106.

⁸³ KELSEN (2009b) [1931]:305-308 y 324-325 y nota N°11 del mismo trabajo.

⁸⁴ La jurisdicción constitucional en relación con las normas de inferior jerarquía sólo es posible cuando las normas materialmente constitucionales son también formalmente constitucionales; KELSEN (2009b) [1931]:311-314. Para una explicación de la dificultad que tendría obligar a un órgano legislativo colectivo a

Si se tienen presente estas cuestiones es posible dar el siguiente paso. Este consiste en afirmar que ni del hecho que la constitución haya sustraído ciertas esferas de intereses de la competencia de la legislatura ordinaria ni del hecho que esta decisión esté garantizada mediante un mecanismo de control de constitucionalidad se sigue que los individuos sean titulares de determinadas posiciones jurídicas subjetivas. Porque, entendidos como potestades de participación política, los derechos civiles sólo entran en juego cuando el control de la constitucionalidad de las normas infra-constitucionales se hace depender de la voluntad de los individuos.

Para comprender lo anterior, resulta indispensable descartar que estas posiciones jurídicas sean conceptualmente separables de las acciones “judiciales” que las constituciones suelen conferir, bajo ciertas condiciones, a los individuos. Las acciones de inconstitucionalidad e inaplicabilidad (y en muchos casos las de amparo) no persiguen directamente el cumplimiento de una obligación estatal incumplida ni la ejecución de la sanción prevista para el incumplimiento de dicha obligación, sino la participación de los individuos en las decisiones acerca de lo que no cuenta como derecho. En este sentido, tales acciones forman parte del concepto mismo “derechos civiles” entendidos como potestades de participación política.

Cuando se afirma que las disposiciones constitucionales que consagran los llamados derechos civiles expresan “fragmentos” de normas de competencia y que éstas confieren a los individuos potestades de participación política cuyo ejercicio condiciona la validez (general o particular) de las normas producidas por las autoridades públicas, se quiere decir que estas normas de competencia constituyen el significado de la combinación de al menos cinco disposiciones normativas:

- (i) Una disposición que simplemente declara el aseguramiento de ciertos bienes, tales como “derecho a la vida”, “igualdad ante la ley” o “libertad de conciencia”;
- (ii) Una disposición que condiciona la validez general o particular de toda norma jurídica a su conformidad con la Constitución;
- (iii) Una disposición que condiciona la validez general o particular de la reforma de la Constitución a la obtención de un acuerdo de la mayoría con la minoría y, por

no dictar normas inconstitucionales y las razones para preferir por la solución de anular tales normas, ver KELSEN (1991) [1960]: 155-156 y 234.

tanto, a su aprobación con un quórum más elevado que el previsto para la modificación de las demás disposiciones del orden jurídico;

- (iv) Una disposición que confiere competencia a un tribunal constitucional para declarar la inconstitucionalidad general o particular de las normas producidas por las autoridades públicas que, pudiendo afectar los bienes mencionados en el número (i), no hayan sido aprobadas con el quórum previsto para reformar la constitución; y
- (v) Una disposición que confiera a los individuos la potestad de requerir a ese tribunal que declare la inconstitucionalidad recién mencionada.

Desde esta perspectiva, tener un “derecho” civil, sólo significa tener la potestad de tomar parte, mediante el ejercicio de una acción, en las decisiones judiciales de invalidación o desaplicación de las normas jurídicas de las autoridades públicas. Y tales normas pueden ser declaradas válidas o inválidas y aplicables o inaplicables porque son producidas por actos normativos (legislativos, administrativos o judiciales). Consecuentemente, es incorrecto afirmar que los titulares de los llamados derechos civiles tienen un “derecho subjetivo” a que las autoridades se abstengan de producir normas inválidas o inaplicables. Sólo tienen un poder normativo de signo negativo.

Así deben ser leídas las decisiones adoptadas, en relación con las acciones de inconstitucionalidad, inaplicabilidad (y en muchos casos las de amparo), por las cortes constitucionales. El hecho que, en sentido contrario, ellas insistan en que el ejercicio, conocimiento y resolución de estas acciones se vincula con la protección de derechos fundamentales que reflejan obligaciones estatales y que, en este orden, argumenten profusamente en torno a su violación, sólo se explica porque, las cortes se auto-comprenden como guardianas de la Constitución y los derechos fundamentales y, por tanto, como órganos llamados a aplicar derecho preexistente. Nada de ello cambia el hecho que su competencia (limitada a declarar que determinadas normas no valen o no cuentan como derecho para determinado caso o para todos los casos) no comprende la protección directa de los llamados derechos fundamentales y que, por lo mismo, sea discutible que ellas apliquen derecho preexistente.

En efecto, desde este punto de vista, no es efectivo que los llamados derechos civiles sean derechos subjetivos (o inmunidades o libertades)⁸⁵ que definen auténticos límites sustantivos a la competencia normativa de las autoridades públicas excluyendo *ex ante* determinados contenidos de las futuras normas. Tales límites o “contenidos” son, en cambio, determinables y quedan de hecho determinados cada vez que una norma es declarada inválida o inaplicable porque, a juicio de los jueces constitucionales, no fue producida del modo definido para reformar la constitución, debiendo.

Esto no implica que sea cierto que las disposiciones que consagran los denominados derechos civiles no sean normas que satisfagan los requisitos de una norma jurídica.⁸⁶ Es cierto que se trata de normas cuya aplicación no adjudica el conflicto porque no expresan concepciones sino conceptos que los jueces deben complementar.⁸⁷ Pero precisamente por ello, se trata de normas de competencia que confieren a los individuos la potestad de tomar parte en el proceso en cual los jueces constitucionales deciden lo que no cuenta como derecho.

Entendidos como potestades de participación política, los derechos civiles son entonces perfectamente asimilables con los derechos políticos. Puesto que ambos condicionan la validez de las normas producidas por las autoridades públicas, ambos son constitutivos de la democracia. A través de los primeros, los individuos toman parte en las decisiones de invalidación de las normas jurídicas producidas por autoridades públicas. A través de los segundos, los individuos participan en las decisiones sobre creación, modificación y derogación de las mismas normas. El ejercicio de los primeros limita la competencia normativa de las autoridades públicas condicionando la validez (general o particular) de las

⁸⁵ HART (1982):190-191 considera que son inmunidades que, conferidas por normas de “incompetencia”, impiden cambios legales adversos y son usualmente reclamables judicialmente. En el modelo hohfeldiano la posición de inmunidad –en el grupo de las posiciones de potestad, sujeción, inmunidad, e incompetencia- ocupa exactamente el mismo lugar que –en el grupo de las posiciones de derecho, deber, libertad y no derecho”- ocupa la posición de libertad. Hart, de hecho, las asimila bajo categoría de los “casos negativos” en los cuales el derecho reconoce “negativamente” la elección de un individuo porque “no hay” norma que interfiera si el individuo opta por realizar o por omitir alguna acción (libertad) o por conservar su posición jurídica inalterada (inmunidad); HART (1962) [1953]:118-119 y nota N°14 del mismo trabajo. El propio Hohfeld manifiesta que la inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o contralor jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica; HOHFELD (1992) [1913]:81. Es muy probable que, en razón de lo anterior, algunos autores entiendan a los derechos civiles como “libertades” que preceden al Estado y, al mismo tiempo, como normas de competencias negativas (delimitaciones) relativas al poder del Estado; por ejemplo, BÖCKENFÖRDE (2001) [1993]:48-49.

⁸⁶ Esto es afirmado por ATRIA (2005):27.

⁸⁷ *Ibíd*: 27-28.

normas por ellas producidas. El ejercicio de los segundos condiciona la validez de estas mismas normas porque, en un sistema democrático, las autoridades públicas son competentes para producir normas que obligan a los sujetos sometidos al derecho, precisamente porque dichas autoridades son elegidas a través del sufragio de los titulares de los denominados derechos políticos.

El conjunto de estas posiciones jurídicas subjetivas puede ser denominado “potestades fundamentales”, no “derechos fundamentales”. Porque ellas sirven a la función de creación y transformación del derecho en el mismo proceso en el cual los tribunales con jurisdicción constitucional actúan como legisladores negativos, como consecuencia de lo cual, y a diferencia de lo que comúnmente se cree, no protegen directamente derechos subjetivos.

2.2.2. Los derechos fundamentales civiles como derechos subjetivos en sentido técnico

Dado que las disposiciones que consagran los denominados derechos civiles no sólo expresan (fragmentos de) normas de competencia sino también normas regulativas, estas últimas representan la clave para elucidar el sentido según el cual los derechos civiles son instrumentos con que los individuos cuentan para defenderse de los poderes fácticos del Estado y sus agentes.

Las normas regulativas expresadas en las disposiciones que consagran los denominados derechos civiles confieren auténticos derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales de abstención, de cuyo cumplimiento depende la licitud de actuaciones materiales de las autoridades públicas. Esto significa que los titulares de estas posiciones no tienen derecho a que las autoridades públicas se abstengan de producir *normas* sino derecho a que ellas se abstengan de realizar *actos materiales* que pudieren impedir o interferir el disfrute de los bienes que los mencionados derechos protegen.

Como los actos materiales no pueden ser válidos o inválidos ni aplicables o inaplicables, sino lícitos o ilícitos, el incumplimiento de las obligaciones correspondientes a los derechos civiles constituye un acto ilícito que se encuentra prohibido.

Así considerados, los derechos civiles suelen estar judicialmente garantizados. Esto significa que los sometidos a derecho no sólo tienen un derecho subjetivo a que las autoridades públicas se abstengan de realizar actos materiales que les impidan, por ejemplo, expresarse libremente. También tienen un poder jurídico para reclamar judicialmente frente

al incumplimiento de la correspondiente obligación estatal, ejercitando una acción de amparo, cuyo conocimiento y fallo corresponde a las cortes constitucionales. De esta perspectiva, los derechos civiles pueden ser vistos como derechos subjetivos en sentido técnico, es decir, como derechos (de abstención) judicialmente exigibles.

El carácter material de las actuaciones cuya licitud depende del cumplimiento de las obligaciones que estos derechos reflejan permite conjeturar que, si frente a su violación, los individuos no estuvieren judicialmente amparados, se encontrarían en una situación demasiado precaria frente a los poderes fácticos del Estado y sus agentes.

Ellos son pues los auténticos derechos fundamentales civiles que, amparados directamente por las cortes constitucionales, sirven a la función conservadora del derecho, que aunque no es parte constitutiva de la democracia, es una de las condiciones que la hacen posible.

IV. Derechos civiles generalmente garantizados y derechos sociales devaluados: el problema bien planteado

Establecido que los denominados derechos políticos no son derechos subjetivos y que, en una dimensión importante, los llamados derechos civiles tampoco lo son, es posible advertir por qué la situación devaluada en la que efectivamente se encuentran los derechos sociales no puede conocerse mediante su comparación con los derechos liberales, ni puede salvarse procurando su equiparación. Como había sido anticipado, la razón de ello no debe buscarse en los derechos sociales sino en los liberales, particularmente en la forma en la cual éstos han sido generalmente entendidos.

Cuando se intenta comparar a los derechos sociales con los derechos liberales sin advertir que los llamados derechos políticos no son derechos subjetivos y que los llamados derechos civiles tienen dos diferentes e irreductibles significados, los derechos sociales aparecen como derechos discapacitados pero no se sabe exactamente en que consiste su discapacidad.

La falta de garantía judicial que normalmente afecta a los derechos sociales es naturalmente percibida como injusta. Pero la dimensión de esta injusticia resulta exagerada en la medida ella oculta la asunción incorrecta de que los derechos liberales: (i) son derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales de abstención, sin ulterior

distinción; y (ii) suelen estar judicialmente garantizados, pese a su indeterminación. Al hacer esto, se está comparando lo que no puede compararse.

Aunque la propuesta de Atria es alternativa, ella asume estas mismas premisas, que son propias de la doctrina progresista que este autor critica. Al pasar por alto que los derechos políticos no son derechos subjetivos y que los derechos civiles tienen dos diferentes e irreductibles significados, usa una base comparativa que no sirve para establecer la situación en que efectivamente se encuentran los derechos sociales.

Cuando, en cambio, se advierte que el único modelo que efectivamente sirve de base comparativa está constituido por los derechos civiles, entendidos como derechos subjetivos en sentido técnico, la situación devaluada de los derechos sociales aparece claramente, y de la mano de su solución.

V. Los derechos fundamentales civiles y sociales: la posibilidad de una equiparación

Comparando entonces lo que es posible de compararse, esto es, a los derechos sociales con los derechos civiles entendidos como derechos subjetivos en sentido técnico, se puede calibrar correctamente la situación devaluada en la que efectivamente se encuentran los derechos sociales y, sobre esa base, argumentar a favor de su garantía judicial y, por tanto, de su equiparación con los derechos civiles.

Si la razón que justifica la garantía judicial de los derechos civiles es que las obligaciones de abstención que ellos reflejan se consideran tan importantes o fundamentales que su violación constituye un acto ilícito frente al cual los individuos deben ser amparados, la pretendida equiparación depende de que sea posible afirmar que las obligaciones de prestación que los derechos sociales reflejan son a tal punto importantes o fundamentales que su violación importa una abstención ilícita frente a la cual los individuos deben ser amparados.⁸⁸

Aunque en lo afirmado se encuentra implícita la tesis normativa de que los derechos sociales deben estar judicialmente garantizados, la pregunta central es ¿Cómo deben ser entendidos los derechos sociales para que sea posible afirmar que su garantía judicial es debida?

⁸⁸ En este contexto, es indiferente que la garantía judicial de la realización de la prestación se entienda como dirigida al cumplimiento de la obligación que el derecho social refleja o a la ejecución de la sanción prevista por el incumplimiento de la obligación.

Para responder esta pregunta es útil considerar el tipo de actos cuya realización viola las obligaciones de abstención que los derechos civiles reflejan. Y para ello basta imaginar un mundo en el cual los individuos no dispusieren de recurso judicial alguno para defenderse, por ejemplo, de apremios físicos, privaciones de libertad o despojos de bienes, ejecutados, sin debida autorización, por los agentes del Estado.

La integridad física, la libertad y la propiedad también pueden ser afectadas si las autoridades públicas dictan normas que autorizan la tortura o normas que permiten la detención o expropiación de bienes sin causa justificada, pero para ello contamos con los llamados derechos políticos y los derechos civiles, entendidos como potestades de participación política que, hemos dicho, no son derechos fundamentales sino potestades fundamentales, pues condicionan el ejercicio del poder político.

Los auténticos derechos civiles son fundamentales o básicos porque ponen freno al poder fáctico, constituyen un seguro frente a la violencia. Por lo mismo, su garantía judicial admite ser calificada como mínimo a partir de la cual es posible afirmar que nos encontramos en un Estado de Derecho. Si ella falta, no es posible conservar el derecho, quedando el Estado sin derecho.

Si proyectamos estas consideraciones a los derechos sociales, aparece con claridad que las obligaciones de prestación que ellos reflejan tendrían que ser de una importancia tal que, del mismo modo, pudiere afirmarse que la garantía judicial de su cumplimiento constituye un mínimo indispensable para el Estado de Derecho. Y la conclusión que a estos efectos resulta razonable es que las mencionadas obligaciones deben ser entendidas como dirigidas a la satisfacción de necesidades materiales fundamentales o básicas.

Desde esta perspectiva, los derechos sociales no son sociales en el sentido en que los entiende la tradición socialista reivindicada por Atria, pero tampoco son derechos a un mínimo en el sentido en que los entiende la doctrina progresista que este autor critica. No se trata derechos a un mínimo destinado únicamente a eliminar la pobreza de los sujetos de mercado,⁸⁹ y la garantía judicial de estos derechos no representa la protección de un interés individual que debe ser atendido aun a costa de los demás.⁹⁰ Se trata de derechos mínimos

⁸⁹ ATRIA (2004a):27-32 y (2004b):147-148.

⁹⁰ ATRIA (2004a): 46. A esto Atria después añade que los derechos individuales justiciables expresan el reclamo del hombre egoísta separado de otros hombres y de la comunidad, que es caras del concepto de derecho subjetivo en la tradición liberal ATRIA (2013):147-148.

dirigidos a eliminar la pobreza atendiendo necesidades cuya satisfacción es indispensable para Estado de Derecho.

¿Es posible que haya derechos sociales dirigidos a satisfacer intereses por encima de las necesidades materiales básicas o fundamentales? Desde luego pero ya no se trata de derechos fundamentales. En cuanto derechos fundamentales, los derechos sociales deben estar judicialmente garantizados precisamente porque son mínimos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abramovich, V y Courtis, C (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.

Alchourrón, C. y Bulygin, E (1991) [1983]: “Definiciones y normas,” en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 439-463.

Alexy, R:

.- (2007) [1984]: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

.- (2009) [2003] “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático,” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid: 31-47.

Ansuátegui, F.J. (2010): “Argumentos para una teoría de los derechos sociales,” en Ribotta, S y Rossetti, (editores), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid: 41-62.

Arriagada, M.B:

.- (2012): “Los derechos sociales: Únicos derechos fundamentales”, en Aguilar, G (Coord), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago: 61-91.

.- (2014a): “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales*, N°65: 13-45.

.- (2014b): “Derechos sociales y liberales. Un balance sobre la discusión de 2014”, *Revista Discusiones*, N°15, 2: 247-291.

.- (2015a): “Las cortes constitucionales frente a los ‘derechos civiles y políticos’. Una mirada desde la teoría analítica del derecho”, *Revista española de derecho constitucional*, N° 105, septiembre-diciembre: 105-136.

.- (2015b): “La imposibilidad de equiparar derechos liberales y sociales”, *Revista chilena de derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile), Volumen 42 N°3: 819-842.

Atienza, M y Ruiz Manero, J (2004): *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona.

Atria, F:

.- (2004a): “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones*, N°4: 15-59.

.- (2004b): “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales,” *Discusiones*, N°4: 145-176.

.- (2005): “El derecho y la contingencia de lo político”, *Revista Derecho y Humanidades*, N°11: 19-39.

.- (2013): *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Catalonia, Santiago.

.- (2014): *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, LOM, Santiago.

Bastida, F (2007): “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos,” en (VV.AA), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Bernal, C (2004): “Fundamento concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, N°4: 99-144.

Böckenförde, E (2001) [1993]: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

Bulygin, E:

.- (1965): “El concepto de eficacia,” en Kelsen (et.al) *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires: 23-47.

.- (1991) [1988]: “Sobre las normas de competencia,” en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 485-498.

Carbonell, M (2008): “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas,” en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, volumen 70: 23-47.

Comanducci, P (2009) [2003]: “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, M (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid: 75-98.

Cruz Parcerro, J:

.- (2004): “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria) en *Discusiones: Derechos sociales*, N°4:71-98.

.- (2007): *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid.

Dabin, J (2006): *El derecho subjetivo*, Comares, Granada.

Diciotti, E (2004): “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica” *Quaderni costituzionali* / a. XXIV, N°4: 733-762.

Eide, A (2001): “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights” en Eide, Absjorn (ed.) *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhof Publishers, Dordrecht.

Ferrajoli, L:

.- (2009) [1999]: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.

.- (2007) [2001]: “Derechos fundamentales” en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

.- (2011) [2007]: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid.

Ferrer, J (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, CEPC, Madrid.

Figueroa, R:

.- (2009a): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a la protección de la salud; en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 36 N° 2: 313-342.

.- (2009b) “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica,” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 36 N° 3: 587-620.

Finnis, J (2000) [1980]: *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Fioravanti, M (2000) [1995]: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid.

Guastini, R:

.- (1999) [1996]: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.

.- (2001): *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México D.F.

.- (2009) [2003]: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Carbonell, M (edit.), *Neconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid: 49-73.

Habermas, J (2008) [1963]: *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid.

Hart, H.L.A:

.- (1962) [1953]: “Definición y teoría en la ciencia judicial”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires: 117-119.

.- (1990) [1955]: “¿Existen los derechos naturales?”, *Revista de Estudios Públicos*, N°37: 4-61.

.- (1982): “Legal Rights” en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York: 162-193.

.- (2009) [1961]: *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Hesse, C (2001) [1994]: “Significado de los derechos fundamentales” en Benda (et.al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Evap-Marcial Pons, Madrid: 1-15.

Hierro, L (2000): “¿Qué derechos tenemos?”, en *Doxa*, N° 23: 351-375.

Hohfeld, W (1992) [1913]: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México D.F.

Jellinek, G (1954) [1911]: *Teoría general del Estado*, (2ª edición), Albatros, Buenos Aires.

Kelsen, H:

.- (1987) [1923]: *Problemas capitales de la teoría jurídica*, Porrúa, México D.F. (Trad. Wenceslao Roces).

.- (2009a) [1929] *De la esencia y valor de la democracia*, KRK Ediciones, Oviedo.

.- (2009b) [1931] “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid: 289-366.

.- (1991) [1960]: *Teoría pura del Derecho*, (2ª edición) Porrúa, México D.F.

Laporta, F (1987): “Sobre el concepto de derechos humanos,” en *Doxa*, N°4: 23-46.

MacCormick, N (1988) [1975]: “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 5, Madrid.

Marshall, T.H (1998) [1950]: *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid.

Martínez Roldán, L, (2009): “Los derechos sociales como derechos humanos y como derechos constitucionales” en Zapatero, V y Garrido, M (edit.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia* (Madrid, Cuadernos democracia y derechos humanos, Universidad de Alcalá): 113-142

Orunesu, C (2012): *Positivismo Jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid.

Pérez Luño, A (1984): *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

Peces-Barba, G:

.- (1999a): *Curso de derechos fundamentales Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

.- (1999b): “Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto,” en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid: 7-66.

Pisarello, G (2007): *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid.

Pozzolo, S (2009) [2003]: “Un constitucionalismo ambiguo” en Carbonell, M (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid: 187-210.

Prieto Sanchís, L:

.- (1998): *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid.

.- (2000): “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura en el sistema de libertades,” en *Derechos y libertades*, N°8, enero/junio: 429-468.

.- (2007): “El constitucionalismo de los derechos” en Carbonell, M (ed.), *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid: 213-235.

Raz, J (2001) [1994]: *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona.

Ross, A (2000) (1968): *Lógica de las normas*, Colmares, Granada. (original de 1968)

Rossetti, A (2010): “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Ribotta, S y Rossetti, A (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid: 101-126.

Ruiz Tagle, P (2009): “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile,” *Revista de Derecho y Humanidades*, N° 15: 17-35.

Schauer, F (2004) [1991], *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid.

Searle, J:

.- (2007) [1969]: *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Cátedra, Madrid.

.- (1986) [1978]: “La filosofía del lenguaje” (diálogo con John Searle), en Magee, Bryan, *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, Fondo de Cultura Económica, México D.F: 190-211.

.- (1997) [1995]: *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona.

Squella, A (2000): “Democracia y Derecho”, en Garzón Valdés, E y Laporta, F, *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.

Srawson, P (1997) [1992]: *Análisis y metafísica*, Paidós, Barcelona.

Wittgenstein, L (2008) [1953]: *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona.