

# LAS CORTES CONSTITUCIONALES FRENTE A LOS «DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS». UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO (\*)

*Constitutional Courts against “Civil and Political Rights”.  
A Look from Analytic Theory of Law*

MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES

## RESUMEN

Utilizando dos importantes distinciones provenientes de la teoría analítica del Derecho («normas regulativas-normas de competencia» y «actos materiales-actos normativos»), este artículo explicita las distinciones y relaciones básicas de la teoría que subyace a la práctica interpretativa de las disposiciones constitucionales que consagran los llamados derechos civiles. La identificación de los dos diferentes significados que éstos tienen permite clarificar las distintas funciones que respecto de cada uno de ellos cumplen los tribunales con jurisdicción constitucional, a la vez que obtener conclusiones sobre la posibilidad o imposibilidad de agruparlos, bajo una misma categoría analítica, con los llamados derechos políticos.

*PALABRAS CLAVE:* derechos liberales; derechos fundamentales; normas de competencia; normas regulativas; jurisdicción constitucional.

## ABSTRACT

Using two important distinctions from the analytic theory of law («regulatory rules-competence rules» and «material acts-normative acts»), this article highlights the basic distinctions and relations of the theory underlying the interpretative practice of

---

(\*) Un borrador de este trabajo fue discutido en el Coloquio de Justicia Constitucional de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile. Agradezco las observaciones de todos los participantes. Agradezco especialmente la lectura minuciosa de este texto y las agudas sugerencias realizadas por el profesor Claudio Agüero San Juan. Los errores que pudieren subsistir son de exclusiva responsabilidad de la autora.

constitutional provisions that enshrine the so-called civil rights. The identification of their two different meanings allows both to clarify the different functions that the courts with constitutional jurisdiction comply regarding each of these, and at the same time obtain conclusions about the possibility or impossibility to group them together, under the same analytical category, with the so-called political rights.

**KEY WORDS:** liberal rights; fundamental rights; competence norms; regulative norms; constitutional jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN.—II. DOS DISTINCIONES RELEVANTES DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO: 1. *Normas regulativas y normas de competencia*. 2. *Actos materiales y actos normativos*.—III. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS POLÍTICOS?—IV. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS CIVILES?: 1. *Planteamiento del problema*. 2. *Los dos significados de los derechos civiles*: a) *Los derechos fundamentales civiles como derechos subjetivos en sentido técnico*. b) *Los derechos fundamentales civiles como potestades de participación política*: a') *La rigidez de la Constitución, el control de constitucionalidad y las Cortes constitucionales como legisladores negativos*. b') *La reconstrucción de los derechos civiles como potestades de participación política*. c') *¿Límites sustantivos a la producción de normas?*—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Como la expresión «derechos civiles y políticos» no se usa en un solo sentido y sus diversos significados suelen ser poco claros, debo precisar que, como punto de partida, asumo que son posiciones jurídicas subjetivas que suelen agruparse bajo la denominación de derechos fundamentales liberales que, estando dirigidas a la protección de bienes considerados especialmente importantes, se fundamentan en normas jurídicas positivas, específicamente en la Constitución, asumiendo que ésta es, por definición, rígida (1). Se trata, además, de posiciones en que los individuos se encuentran en relación con el Estado, quedando excluidos los llamados «derechos colectivos» y los derechos fundamentales vistos desde la perspectiva de su «eficacia horizontal».

Circunscrito así el tema, el foco de análisis de este trabajo serán las siguientes dos proposiciones, bastante frecuentes entre los estudiosos del Derecho (2):

---

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

(2) 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,

(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) (3) de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas.

Argumentaré que la primera de estas proposiciones es sólo parcialmente verdadera y que la segunda es completamente falsa. Mostraré que la suposición de que ambas son verdaderas ha producido un malentendido en torno al significado de los denominados derechos fundamentales liberales (civiles y políticos), y que aquél no sólo impide justificar satisfactoriamente la común agrupación de los derechos civiles y de los derechos políticos bajo una misma categoría analítica, sino que también fundamenta creencias erradas sobre algunas de las funciones de las cortes constitucionales.

El tipo de análisis que se realiza pretende ser, como sugirió Wittgenstein, una «compilación de recuerdos» destinada a una finalidad determinada. Es un análisis 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 lenguaje (4). 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 liberales (5).

Se debe hacer entonces presente que la interpretación que propone es aplicable a los órdenes jurídicos democráticos (6) cuyas constituciones (rígidas) consagran los llamados «derechos políticos» (al sufragio y a optar a cargos

---

aunque precisando que la infracción de las señaladas obligaciones es o «debiera» ser causa de invalidez.

(3) 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.

(4) WITTEGENSTEIN (2008) [1953], parágrafos 109, 127 y 132.

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

(6) Se entiende democracia como un método que, para adoptar las decisiones sobre la producción del Derecho, se dirige fundamentalmente a la consecución de compromisos entre mayoría y minoría; KELSEN (2009a) [1929]: 143-158.

públicos de elección popular) y, al mismo tiempo, declaran asegurar a los individuos la protección de ciertos bienes bajo denominaciones como «derechos fundamentales», «derechos esenciales», «derechos constitucionales» u otras semejantes, que básicamente corresponden a los típicamente llamados «derechos civiles», como el derecho a la vida, la libertad de conciencia o el derecho de propiedad (7).

A partir de dos distinciones provenientes de la teoría analítica del derecho («normas regulativas-normas de competencia» y «actos materiales-normativos») analizaré en qué consisten los llamados derechos políticos y los llamados derechos civiles. Mediante la deconstrucción de las disposiciones que consagran estos últimos, formularé una tesis dirigida a identificar los dos diferentes significados que ellos poseen. Esto permitirá identificar el preciso papel que respecto de cada uno de ellos corresponde a las Cortes constitucionales, a la vez que obtener conclusiones relativas a la posibilidad o imposibilidad de justificar su agrupación con los denominados derechos políticos.

## II. DOS DISTINCIONES RELEVANTES DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

### 1. *Normas regulativas y normas de competencia*

Uno de los aportes más significativos de la teoría analítica del Derecho ha sido mostrar que las normas de competencia o sobre la producción jurídica son diferentes e irreductibles a las normas regulativas o prescriptivas.

Entender esto supone primeramente entender que una norma no es equivalente a los signos en que ella es formulada. Se deben distinguir las normas de los enunciados, disposiciones o formulaciones en que ellas se expresan (8). Asimismo es indispensable tener presente que el sentido de uno o más enun-

---

(7) La decisión de distinguir, entre los llamados derechos liberales, a los derechos políticos y a los derechos civiles y, en especial, la forma en que estos últimos son inicialmente entendidos dice relación con la comprensión que de ellos tienen las Cortes constitucionales. En este sentido, y como quedará demostrado al final de este trabajo, no son útiles clasificaciones diferentes como, por ejemplo, la de Jellinek, que distingue los derechos políticos (*status activae civitatis*), los derechos civiles (*status civitatis*) y los derechos a la libertad (*status libertatis*); JELLINEK (1954) [1911]: 314 y sigs.

(8) Las formulaciones de las normas pertenecen al lenguaje; son los signos o símbolos (las palabras y oraciones) usadas al enunciar (formular) las normas; VON WRIGHT (1970) [1963]: 109.

ciados normativos no depende de su forma lingüística, sino del modo en que se emplean las palabras y oraciones (9). No interesa la forma lingüística adoptada, sino el sentido del acto que produce la norma (10) y sobre todo la práctica interpretativa que se verifica a partir de los signos, pues éstos sólo pueden servir de guía en la medida que exista un uso estable, una práctica (11).

Una pista relevante para identificar el tipo de norma expresada en una formulación normativa reside en las consecuencias que se siguen de su observancia e inobservancia. Como sugiere Wittgenstein, hay una captación de una regla que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos «seguir la regla» y en lo que llamamos «contravenirla» (12). De otra forma no se explicaría que podamos reconocer cuándo las normas han sido violadas y la capacidad que ellas tienen de cubrir nuevos casos (13).

El argumento mejor formulado en contra de los intentos de equiparar las normas de competencia con las normas regulativas (particularmente con las que imponen obligaciones) se funda precisamente en las consecuencias que se siguen de la inobservancia de unas y otras. Me refiero al argumento hartiano, según el cual cuando se trata de reglas que imponen deberes, es posible distinguir claramente la regla que obliga a determinada conducta de la sanción establecida en caso de su transgresión; mientras cuando se trata de una regla que confiere poderes no es lógicamente posible distinguir la regla (que establece condiciones para la validez jurídica) de la nulidad; ésta es parte de la regla misma de este tipo de una manera distinta a como el castigo está ligado a una norma que impone deberes (14). Por otra parte, las normas de competencia tampoco pueden ser

---

(9) Es el uso de la expresión y no su aspecto lo determinante; VON WRIGHT (1970) [1963]: 117. Mientras los signos son meros indicadores de lo que se hace cuando se emiten las palabras, las normas son el resultado de cierto uso del lenguaje. Ésta es la concepción expresiva de las normas, que se opone a la concepción hilética según la cual las normas son significados, en sentido semántico, de las oraciones normativas; ALCHOURRÓN y BULYGIN (1981): 122-123. A este respecto resulta perfectamente aplicable al lenguaje normativo la distinción wittgensteiniana entre «gramática superficial» y «gramática profunda», así como la tesis según la cual las palabras y las oraciones son herramientas que pueden usarse de diferentes modos; ver WITTGENSTEIN (2008) [1953], especialmente los párrafos 7, 11, 20-23, 43, 81, 421 y 664. Sobre la diferencia entre el acto (locucionario) de decir algo y el acto (ilocucionario) que se ejecuta al decir algo y determina la manera en que se está usando la locución, ver AUSTIN (1971) [1962]: 145.

(10) KELSEN (1991) [1960]: 84-85.

(11) Ver WITTGENSTEIN (2008) [1953], párrafos 199 y 202.

(12) WITTGENSTEIN (2008) [1953], párrafo 201.

(13) SEARLE (2007) [1969]: 51.

(14) HART (2009) [1961]: 43-44. En el mismo sentido, BULYGIN (1988): 487-489 y 495-496.

asimiladas a las normas permisivas porque en el caso de estas últimas tampoco tiene sentido hablar de nulidad (15).

Mientras las consecuencias que se siguen de la observancia e inobservancia de las normas de competencia son, siempre y respectivamente, la validez y la invalidez de las normas producidas en aplicación de las primeras, tales consecuencias no se siguen nunca de la respectiva observancia e inobservancia de las normas regulativas.

Hohfeld reconoce implícitamente esta distinción cuando afirma que el indicio o pista que en el lenguaje jurídico ordinario sugiere una limitación de la expresión «derecho» (subjetivo) en la dirección de un significado definido y apropiado consiste en el «deber correlativo», mientras una «potestad» o «competencia» puede definirse como la posición en la que se encuentra el individuo de cuya voluntad depende decisivamente la modificación de determinadas relaciones jurídicas (16).

Esto implica que: (i) mientras las relaciones de «derecho-deber» se fundamentan en normas regulativas, una relación de «libertad-no derecho» se fundamenta precisamente en la ausencia de estas normas; y (ii) mientras las relaciones de «potestad-sujeción» se fundamentan en normas de competencia, una relación de «inmunidad-incompetencia» se fundamenta precisamente en la ausencia de estas normas.

La claridad con que Hohfeld se expresa permite concluir que la discusión acerca del sentido que debe atribuirse al concepto de derecho subjetivo hohfeldiano sólo puede explicarse porque bajo ella se oculta el enfrentamiento de dos posiciones diferentes acerca del fundamento extra-jurídico de los derechos subjetivos: las teorías del interés y de la voluntad (17). En contraste, una de las preocupaciones de Hohfeld es precisamente distinguir las relaciones puramente

---

(15) ALCHOURRÓN y BULYGIN (1983): 462. En contra, esto es, a favor de la posibilidad de asimilar las normas de competencia con las normas permisivas, ver, por ejemplo, RAZ (1991) [1975]: 118-121 y NINO (1980): 222-224.

(16) La posición pasiva «deber» permite definir la posición de «derecho subjetivo» por ser su correlativo, la de «libertad» por ser su opuesto y la de «no derecho» por ser el opuesto de su correlativo (derecho) y el correlativo de su opuesto (libertad). La posición activa «potestad» permite definir la posición de «sujeción» por ser su correlativo, la de «incompetencia» por ser su opuesto, y la de «inmunidad» por ser el opuesto de su correlativo (sujeción) y el correlativo de su opuesto (incompetencia); HOHFELD (1992) [1913]: 47-52 y 67-81.

(17) Para un resumen de esta discusión ver FINNIS (2000) [1980]: 231-233. Un destacado exponente de la teoría de la voluntad es HART (1962) [1953]: 117-119, (1990) [1955] y (1982): 183-188. Mientras algunos de sus discípulos defienden diferentes versiones de la teoría del interés; ver MACCORMICK (1988) [1975] y RAZ (2001) [1994].

jurídicas de los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir (18). Por ello, entre otras razones, su trabajo puede ser considerado un ensayo de jurisprudencia analítica (19).

Los derechos subjetivos no son, de acuerdo con Hohfeld, derechos activos (a hacer algo) sino derechos pasivos (20). Dicho en términos de Kelsen, un derecho subjetivo no es otra cosa el reflejo de la obligación de otro u otros (21). Un individuo tiene un derecho subjetivo cuando, en virtud de una norma regulativa, otro u otros se encuentran a su respecto obligados a comportarse de cierta manera.

Algo distinto es que al titular de un derecho subjetivo conferido por una norma regulativa (22) se le confiera, mediante una norma de competencia (23), el poder de poner en movimiento, mediante una acción, el procedimiento destinado a reconocer la falta de cumplimiento de la obligación por el deudor; esto es, 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. En esta situación, el individuo tiene lo que Kelsen llama un «derecho subjetivo en sentido técnico» (24), que no es otra cosa que una conjunción de los conceptos hohfeldianos de derecho subjetivo y potestad (25); un derecho

---

(18) HOHFELD (1992) [1913]: 31.

(19) CARRIÓ (1991): 19-20.

(20) 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.

(21) En esta relación, sólo es «sujeto» el individuo obligado porque el individuo en cuyo respecto se ha constituido la obligación y ha de efectuarse la conducta obligatoria es considerado tan objeto de esa conducta como el animal, la planta o el objeto inanimado en cuyo respecto algunos hombres están obligados a comportarse de determinada manera; KELSEN (1991) [1960]: 139-142. En razón de lo mismo, este autor critica que el «ejercicio» de los derechos sea identificado con la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación y rechaza la distinción entre derechos personales y reales; *Ibid*: 140 y 143. Sobre la coincidencia entre el concepto hohfeldiano de derecho subjetivo y el concepto kelseniano de derecho reflejo, ver, por ejemplo, CRUZ PARCERO (2007): 37.

(22) Una que obliga a cierta conducta enlazando a la contraria una sanción; KELSEN (1991) [1960]: 140.

(23) Una norma facultativa perteneciente a la categoría de las «normas no independientes» porque sólo determina una de las condiciones a las cuales una norma independiente enlaza el acto coactivo; KELSEN (1991) [1960]: 68.

(24) En el ejercicio de este poder jurídico, el individuo es «sujeto» de un derecho diferente de la obligación jurídica. La norma jurídica que le confiere este poder hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias; KELSEN (1991) [1960]: 146-149 y 152.

(25) Por lo mismo, cuando apoyándose en la caracterización kelseniana del derecho subjetivo en sentido técnico, Atria define el derecho subjetivo como la potestad de decidir si la obligación

igualmente pasivo que, a diferencia del simple derecho reflejo, se encuentra judicialmente garantizado (26).

El concepto de competencia, tradicionalmente reservado para aludir al poder jurídico atribuido a los órganos públicos (legislativos, judiciales o administrativos) de producir normas generales o individuales, también comprende la capacidad que el orden jurídico confiere a los individuos de participar en la producción de normas generales o individuales (27). Un individuo o un órgano jurídico tiene entonces una potestad o competencia jurídica cuando, en virtud de una norma de competencia, tiene la posibilidad jurídica de realizar actos que, válidamente, producen (crean, modifican o derogan) normas jurídicas y, por tanto, relaciones normativas.

Asumiendo que la «competencia jurídica» es un requisito necesario y suficiente de la «validez jurídica» (28), la primera puede definirse como la posibilidad que ciertas normas de un sistema jurídico atribuyen a un sujeto de producir, en las condiciones definidas por esas mismas normas, normas jurídicas válidas, entendiendo que en esta «posibilidad» se incluye la de participar en dicha producción. Una norma es entonces jurídicamente válida cuando ha sido producida de conformidad con las normas (de competencia) que, en un sistema jurídico, definen las potestades o competencias para producirla (29).

Las «normas jurídicas de competencia» pueden definirse como aquellas que, en un sistema jurídico, definen las competencias o potestades para producir válidamente normas jurídicas (30). Pero es indispensable precisar que ellas no sólo comprenden las normas que confieren las competencias para producir normas sino también las que condicionan el ejercicio de tales competencias.

---

de otro será o no coactivamente exigida, puntualiza estar empleando el concepto de potestad en el sentido de Hohfeld; ATRIA (2004): 22-23 y nota núm. 19 del mismo trabajo.

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

(27) KELSEN (1991) [1960]: 158-161 y 151-157. De hecho en el discurso de la teoría del Derecho, el término «competencia» no está generalmente reservado para los órganos jurídicos; ver, por ejemplo, ROSS (1961): 77-78; CRUZ PARCERO (2007): 35-36; ATIENZA y RUIZ MANERO (2004): 83. Y HOHFELD (1992) [1913]: 71 admite que las potestades del *agent* son comparables a las de los funcionarios públicos.

(28) Esto puede discutirse y justificarse, pero no lo haré aquí. Una posición diferente puede verse, por ejemplo, en FERRER (2000): 135-139.

(29) En este sentido, la validez de una norma hace referencia a su creación regular y depende de la conformidad con normas de jerarquía superior; ORUNESU (2012): 119-120. De suerte que su definición corresponde a lo que Kelsen denomina el fundamento de validez de una norma; KELSEN (1991) [1960]: 201-208.

(30) Para una sólida defensa del carácter definicional de las normas de competencia, ver ALCHOURRÓN y BULYGIN (1983): 461-463.

Las del primer tipo pueden denominarse simplemente «normas que confieren competencias» puesto que atribuyen a determinados sujetos la competencia para producir válidamente normas jurídicas en determinado ámbito material de regulación (31). Las del segundo tipo pueden llamarse «meta-normas de competencia», en cuanto definen las condiciones en que deben ejercitarse las competencias conferidas por las normas del primer tipo. Ellas incluyen tanto las normas que definen el procedimiento para su ejercicio como las normas que definen los límites de contenido que las normas que se crean no pueden sobrepasar (32).

## 2. *Actos materiales y actos normativos*

La distinción entre normas regulativas y normas de competencia está íntimamente conectada con la distinción entre actos materiales y actos normativos.

Los actos materiales, naturales o informales pueden ser solamente supuestos de hecho de normas y se caracterizan porque producen dos tipos de efectos: (i) efectos de hecho desincentivados o incentivados por el Derecho mediante prohibiciones y obligaciones, y (ii) efectos de Derecho (sancionatorios o satisfactorios) preestablecidos por las normas que los regulan. Los actos normativos, artificiales o formales no son simplemente supuestos de hecho de normas sino también actos aplicadores de normas. Y producen solamente efectos de Derecho condicionados por las normas que lo prevén a la observancia de ciertas formas en el ejercicio de determinados poderes (33). En términos searlianos, los actos materiales son hechos brutos; su existencia no depende lógicamente de la existencia de ninguna regla; y los actos normativos son hechos institucionales; su existencia es lógicamente dependiente de la existencia de reglas constitutivas (34).

---

(31) Sigo aquí la tesis según la cual, los aspectos personal y material de la competencia están siempre conectados; ver, por ejemplo, CARRIÓ (1994): 254. La referencia del «ámbito material de regulación» puede extenderse desde la sola mención de la fuente o acto normativo para el cual se atribuye la competencia hasta la referencia de la materia específica que debe ser regulada por ellos. En este último caso, si bien la conexión entre el aspecto personal y el aspecto material de la competencia suele ser directa porque ambos van unidos en una misma disposición, no puede excluirse que la conexión se realice de modo indirecto mediante el recurso a diversas disposiciones jurídicas; FERRER (2000): 124-125 y 146.

(32) Clasificaciones diferentes de las normas de competencia, pero no incompatibles con la que se propone pueden verse, por ejemplo, en PRIETO SANCHÍS (2009): 76-78 y GUASTINI (1999) [1996]: 324-331 y 337-339.

(33) FERRAJOLI (2011) [2007]: 464-465.

(34) SEARLE (2007) [1969]: 58-61 y (1997) [1995]: 44-46.

La distinción anotada es importante porque ni validez ni la invalidez pueden predicarse de los actos materiales, cuya existencia no depende de la existencia de ninguna norma. La validez y la invalidez sólo pueden afirmarse de actos normativos que producen normas aplicando normas de competencia.

El modelo de análisis de Hohfeld capta bien esta distinción, así como su relación con la diferencia entre normas de competencia y normas regulativas.

Mientras las relaciones de «potestad-sujeción» se refieren siempre a la posibilidad de realizar actos normativos en aplicación de normas de competencia, una relación de «inmunidad-incompetencia» connota la imposibilidad de realizar tales actos porque se fundamenta en la ausencia de normas de competencia. Ninguna de estas relaciones connota la posibilidad o imposibilidad de realizar actos materiales.

Mientras relaciones de «derecho-deber» pueden, en cambio, referirse a la exigencia de realizar o no realizar actos materiales que son supuestos de hecho de normas regulativas (35), una relación de «libertad-no derecho» puede connotar la inexistencia de la exigencia de realizar este tipo de actos porque se fundamenta en la ausencia de normas regulativas.

### III. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS POLÍTICOS?

Pese a la inteligencia invertida en la formulación de estas distinciones, la teoría del Derecho suele ignorarlas a la hora de analizar los llamados derechos fundamentales liberales, civiles y políticos.

Como fue anticipado, es muy frecuente que se afirme que: (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) de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas.

En lo que sigue se mostrará que la primera de estas proposiciones es sólo parcialmente verdadera.

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 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 (36).

---

(35) En tanto la posición pasiva denominada «deber» a menudo consiste en una exigencia de realizar o de abstenerse de realizar una determinada conducta material.

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

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 (37).

La interpretación según la cual estos derechos reflejan obligaciones estatales negativas presentaría cuando menos un evidente déficit explicativo en cuanto exige que sea puesto entre paréntesis el rol que ellos cumplen en la constitución de la voluntad estatal (38). A diferencia de los derechos civiles, los derechos políticos no podrían ser definidos exclusivamente como derechos pasivos.

Pero esta interpretación es sobre todo incorrecta, por una razón más radical: los denominados derechos políticos no son derechos subjetivos que reflejan obligaciones porque no se fundamentan en normas regulativas sino en normas de competencia.

Cuando se pasa por alto la distinción entre estos dos diferentes tipos de normas, no se advierte que los derechos políticos son auténticas potestades que los órdenes jurídicos democráticos confieren a los individuos para participar en la creación, modificación o extinción de normas jurídicas y, por tanto, en la producción del orden jurídico (39).

Tanto es así que se puede afirmar que, en un sistema democrático, 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, por tanto, una condición de la validez de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas; el fundamento de la competencia normativa del Estado.

---

(37) Destacan este aspecto, entre otros, KELSEN (1991) [1960]: 150-152; HESSE (2001) [1994]: 90-91, ALEX Y (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 al sostener que el hecho de que el reconocimiento de la cualidad subjetiva del pueblo sea dejada en un lugar secundario produce un error profundo consistente en considerar al Estado identificado con el Gobierno o en suponerlo dividido en dos personas (el soberano y el pueblo) sin lazo jurídico alguno entre sí. A su juicio, el fundamento práctico de este error se debe a que los efectos de la cualidad subjetiva del pueblo sólo son susceptibles de ser conocidos en un estado organizado democráticamente y, aun en las mismas democracias, sólo una parte del pueblo realiza una función activa en el Estado; JELLINEK (1954) [1911]: 305.

(38) La agrupación de los derechos civiles y los derechos políticos puede considerarse, en lugar de deficitaria, derechamente problemática en diferentes grados; ver, por ejemplo, BERLIN (2004) [1958]: 216 y 249, RUIZ MIGUEL (2002): 269 y 281-282, BAYÓN (2004): 73 y sigs., ALEX Y (2007) [1984]: 395-396 y WALDRON (2005) [1999].

(39) KELSEN (1991) [1960]: 150-151.

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.

Comprender que los denominados derechos políticos no son derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales y, por tanto, que su vinculación con los llamados derechos civiles no es clara, es el primer paso para desbrozar la confusión existente en torno a los llamados derechos fundamentales liberales.

Estas consideraciones muestran que la primera proposición que este trabajo se propone discutir es sólo parcialmente verdadera. Es entonces necesario modificarla circunscribiendo su alcance a los llamados derechos civiles, quedando el foco de análisis constituido por las siguientes dos proposiciones (40):

(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.

#### IV. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS CIVILES?

##### 1. *Planteamiento del problema*

El segundo paso dirigido a evidenciar el malentendido existente en torno a los llamados derechos fundamentales liberales es mostrar la falsedad de la segunda de las proposiciones recién transcritas.

Ella es 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

---

(40) Respecto del sustento de estas proposiciones vale lo consignado en nota núm. 2 de este trabajo pero considerando únicamente la referencia que los autores realizan a los «derechos civiles» y suprimiendo, en consecuencia, la de los «derechos políticos».

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 irreducibles 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 de «derechos políticos», el derecho a elegir a los representantes y las posiciones jurídicas que suelen denominarse derechos civiles. Y sostiene que aunque las disposiciones constitucionales que declaran que ciertos «derechos» (como la libertad personal, la libertad de conciencia o la igualdad) se encuentran garantizados 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 (41).

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

---

(41) KELSEN (1991) [1960]: 150-156. Puede considerarse que un antecedente de este punto de vista se encuentra en la idea de «derechos públicos subjetivos» y, entre éstos, específicamente las exigencias de acciones positivas del Estado al servicio de intereses individuales caracterizadas por JELLINEK (1954) [1911]: 312 y sigs. El parentesco puede notarse desde el momento en que, de acuerdo con Jellinek, en este orden el derecho reflejo debe separarse radicalmente del derecho subjetivo. Sin embargo, la vinculación es problemática por diferentes razones que no puedo tratar aquí con detalle. Baste señalar que la categoría kelseniana a la que se hace referencia no corresponde a lo que Jellinek entiende por derechos civiles (*status civitatis*) y que las razones de esta diferencia exceden al hecho que dicha categoría también incluya a los que Jellinek considera derechos a la libertad (*status libertatis*).

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 regulativas regulan una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas, y que las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas (42). 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 (43), las normas de competencia pueden considerarse una especie de las reglas constitutivas (44).

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 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 (45). 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 (46).

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 (47), en cuanto éstas pueden ordenar o permitir tanto conductas naturales como artificiales.

Dado que una regla no es equivalente a los signos en que se expresa, la tesis de Searle puede corregirse o reinterpretarse afirmando que es posible que una

---

(42) SEARLE (2007) [1969]: 43.

(43) SEARLE (2007) [1969]: 44-45.

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

(45) BULYGIN (1988): 492.

(46) ROSS (2000) [1968]: 68-73.

(47) De hecho, las potestades pueden ser reforzadas mediante deberes; HART (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.

misma formulación normativa exprese dos reglas diferentes e irreductibles: una constitutiva, que define una forma de conducta y 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.

En alguna de estas dos alternativas parece poder ubicarse, por ejemplo, la posición de Alexy, uno de los autores más destacados en el contexto del estudio de los llamados derechos fundamentales.

En su opinión, 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 (48).

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. La teoría del Derecho ha olvidado distinguir, esta vez, a los actos materiales de los actos normativos.

---

(48) 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; *ibid.*: 162-214.

## 2. *Los dos significados de los derechos civiles*

Como con el propósito de establecer un orden de nuestro conocimiento del uso del lenguaje normativo para una finalidad determinada, hemos resaltado las distinciones que nuestras formas lingüísticas suelen pasar por alto y llegado a un punto en el cual la aclaración no es suficiente, es posible, como sugiere Wittgenstein (49), mejorar nuestra terminología para evitar malos entendidos en el uso práctico.

Mi tesis es que, con miras a la protección de ciertos bienes, las disposiciones constitucionales 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 al Estado obligaciones de abstención de cuyo cumplimiento depende la licitud de las actuaciones materiales de las autoridades públicas.

(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.

### a) *Los derechos fundamentales civiles como derechos subjetivos en sentido técnico*

Las normas regulativas expresadas en las disposiciones que consagran los denominados derechos civiles confieren auténticos derechos subjetivos que reflejan obligaciones estatales negativas.

Los titulares de estas posiciones no tienen derecho a que las autoridades públicas se abstengan de producir normas sino derecho a que se abstengan de realizar actos materiales que pudieran 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. Las autoridades públicas que se abstienen de realizar estos actos ilícitos cumplen (no aplican) las normas que los prohíben.

---

(49) WITTGENSTEIN (2008) [1953], parágrafo 132.

Así considerados, los derechos civiles suelen encontrarse 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 naturales 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, derechos (de abstención) judicialmente exigibles (50). Aunque es importante aclarar que el hecho que sean derechos individuales justiciables no implica que expresen la negación de que un individuo pueda ser utilizado en beneficio de otro o el reclamo del hombre egoísta separado de otros hombres y de la comunidad (51).

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. La garantía judicial de estos derechos no debe ser considerada como la protección de un interés individual sino como una condición de posibilidad del Estado de Derecho.

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.

#### b) *Los derechos fundamentales civiles como potestades de participación política*

Las disposiciones que consagran los llamados derechos civiles también expresan fragmentos de normas de competencia. Éstas no confieren a los individuos derechos subjetivos que reflejan obligaciones sino potestades de participación política cuyo ejercicio condiciona la validez (general o particular) de

---

(50) Como esta consideración es bastante común, no me detendré sobre ella. En lugar de ello, en lo que sigue analizaré el segundo de los significados que, de acuerdo con la tesis aquí defendida, tienen los llamados derechos civiles.

(51) La negación de que un individuo pueda ser utilizado en beneficio de otro y el reclamo del hombre egoísta separado de otros hombres y de la comunidad son, a juicio de Atria, las dos caras del concepto de derecho subjetivo en la tradición liberal; ATRIA (2013): 147-148.

normas jurídicas creadas por actos de producción normativa de las autoridades públicas.

De las normas jurídicas producidas por estos actos (legislativos, administrativos o judiciales), así como de los actos mismos, se puede predicar validez o invalidez porque tales actos son normativos. Y se puede predicar validez con referencia a las mencionadas potestades de los individuos porque, a través de su ejercicio, ellos toman parte en las decisiones judiciales que invalidan general o particularmente normas jurídicas. Los individuos que ejercitan estas potestades aplican (no cumplen) las normas que las confieren.

Antes de llevar a cabo la reconstrucción de estas posiciones jurídicas subjetivas, es indispensable efectuar algunas precisiones en relación con el carácter rígido de la Constitución, el control de constitucionalidad y el rol de los tribunales con jurisdicción constitucional.

a') La rigidez de la Constitución, el control de constitucionalidad y las Cortes constitucionales como legisladores negativos

La posición de supremacía de una Constitución 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 (52).

A estas dos cosas apunta respectivamente Kelsen cuando caracteriza la Constitución en sentido formal y en sentido material. La primera expresa una decisión de autolimitación en cuya virtud las medidas que afectan a una determinada esfera de intereses sólo son posibles en virtud de un acuerdo entre mayoría y minoría (53). Es el documento que contiene disposiciones según las cuales, las normas contenidas en él no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes sino sólo bajo condiciones más difíciles. Estas disposiciones configuran la forma de la Constitución y sirven para estabilizar las normas de la Constitución en sentido material que, en cambio, constituyen el fundamento y estrato superior jurídico-positivo de todo orden jurídico estatal al regular la producción de normas jurídicas generales (54).

---

(52) GUASTINI (2001): 188-189 y 193.

(53) KELSEN (2009a) [1929]: 140-142.

(54) KELSEN (1991) [1960]: 232-233.

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. Pero 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 (55).

Desde que Kelsen mostró inmejorablemente 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 (56).

La principal objeción formulada en contra de la llamada jurisdicción constitucional es la llamada «contramayoritaria», en el entendido que aquella posee competencia para realizar un control sustantivo en cuya virtud sus decisiones se imponen a las adoptadas por el legislador elegido democráticamente. Aunque este problema no se presentaría si la señalada competencia estuviera circunscrita a un control de la observancia de las reglas procedimentales de la democracia, asumiéndose una comprensión procedimental de la Constitución (57).

Éste es precisamente el signo distintivo de la propuesta kelseniana, cuya comprensión formal de la Constitución y de la jurisdicción constitucional se deriva del carácter exclusivamente formal atribuido a la validez (y, por tanto, a la constitucionalidad) de las normas jurídicas.

De acuerdo con Kelsen, la jurisdicción constitucional en relación con las normas de inferior jerarquía sólo es posible cuando las normas materialmente constitucionales son también formalmente constitucionales. Esto significa 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

---

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

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

(57) Así HABERMAS (2008b) [1992]: 337.

contradicción con la norma que regula ese hecho, y que por ello es una norma superior (58).

Si la validez de una norma jurídica depende de que haya sido producida conforme a lo determinado en otra norma jurídica que entonces funda la validez de la primera (59), la validez —y la constitucionalidad— de una norma cuya producción ha sido, por razones sustantivas, sustraída de la competencia de cualquier órgano diferente del facultado para reformar la Constitución, depende de que efectivamente haya sido producida por este órgano. Esto es lo que deben verificar las Cortes constitucionales en todos los casos de control de constitucionalidad.

El hecho que los tribunales con jurisdicción constitucional puedan ser vistos como auténticos garantes de las reglas del juego democrático no oculta, sin embargo, el carácter sustantivo de lo que tienen que decidir en todos los casos de control de constitucionalidad. Por mucho que el carácter formal de la validez jurídica sea enfatizado, no se puede desconocer que la norma jurídica que sirve de base al juicio de constitucionalidad aparece como una norma que determina los contenidos que la Constitución ha previsto excluir de las futuras normas para el caso que no se obtenga un acuerdo con la minoría.

La pregunta es si, y en caso afirmativo, en qué medida, las Cortes constitucionales aplican derecho preexistente. Volveré sobre ella próximamente (60).

b') La reconstrucción de los derechos civiles como potestades de participación política

Que el control de constitucionalidad de las normas no es una consecuencia necesaria del hecho que la Constitución haya sustraído ciertas esferas de intereses de la competencia de la legislatura ordinaria, es algo que puede considerarse más o menos evidente. Pero mucho menos evidente, aunque cierto, es que de ninguna de estas dos cosas se sigue que los individuos sean titulares de determinadas posiciones jurídicas subjetivas. Entendidos como potestades de participación, los derechos civiles sólo entran en juego cuando el control de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales se hace depender de la voluntad de los individuos.

Para comprender el sentido según el cual los denominados derechos civiles no son derechos subjetivos sino potestades de participación política, resulta

---

(58) KELSEN (2009b) [1931]: 311-314.

(59) KELSEN (1991) [1960]: 232.

(60) Ver apartado c').

indispensable descartar fundadamente que estas posiciones jurídicas sean conceptualmente separables de las acciones de inconstitucionalidad, inaplicabilidad y amparo que las Constituciones suelen conferir, bajo ciertas condiciones, a los individuos. Esta idea se funda en la equivocada creencia que los denominados derechos civiles son siempre derechos subjetivos que reflejan obligaciones (garantizados por las mencionadas acciones constitucionales).

Cuando la Constitución en sentido material excluye determinados contenidos de las futuras normas, el típico catálogo de derechos y libertades fundamentales que es parte integrante de las Constituciones modernas no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que las normas —que, por ejemplo, lesionen la libertad personal, la libertad de conciencia o la igualdad— no puedan producirse, y su eficacia depende de que su promulgación sea puesta bajo la responsabilidad personal de determinados órganos intervinientes en la promulgación, o bien cuando cabe la posibilidad de cuestionar y anular semejante norma (61).

Dando por hecho que obligar a un órgano legislativo colectivo a no dictar normas inconstitucionales es casi imposible por motivos técnicos, Kelsen admite que sería posible que un tribunal especial impusiera penas específicas (como la privación del cargo o la pérdida de los derechos políticos) a quienes deban promulgar tales normas. En tal caso existiría una prohibición jurídica de participar en dicha promulgación, pero el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general, no estaría reservado a los individuos afectados por la norma inconstitucional (62). Por otra parte, si en esta hipótesis fuere posible afirmar, como sostiene Kelsen, la existencia de auténticas prohibiciones jurídicas dirigidas a los órganos estatales y los derechos subjetivos correspondientes, sería sumamente objetable su indeterminación.

La eficacia de la tentativa de impedir la promulgación de estas normas inconstitucionales depende entonces de la posibilidad de anularlas, sin que en ello esté implicado el otorgamiento de ningún derecho subjetivo. La tesis correspondiente a esta dimensión de los derechos civiles es que las disposiciones constitucionales que consagran las posiciones jurídicas a las que habitualmente se denomina con este nombre expresan «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 producidas por las autoridades públicas.

---

(61) KELSEN (1991) [1960]: 234.

(62) KELSEN (1991) [1960]: 155-156.

Las normas que confieren estas potestades no constituyen entonces el significado de una disposición sino 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 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.

Lo anterior muestra bien por qué las acciones de inconstitucionalidad, inaplicabilidad y amparo no deben ser entendidas como una garantía de derechos subjetivos que reflejan obligaciones. Ellas 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 sobre lo que no cuenta como Derecho. Estas acciones forman parte del concepto mismo de los derechos civiles entendidos como potestades de participación política.

Tener un «derecho» civil, en este sentido, 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. Los titulares de estas posiciones jurídicas no tienen un derecho subjetivo a que las autoridades se abstengan de producir normas inválidas o inaplicables.

Desde esta perspectiva deben ser leídas las decisiones adoptadas, en relación con las acciones de inconstitucionalidad, inaplicabilidad y 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, desde el «punto de vista interno» (63), 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, es decir, que no cuentan como derecho para determinado caso o para todos los casos) no comprende la protección directa de los llamados derechos fundamentales. Así como tampoco cambia que, desde el «punto de vista externo» (64), sea al menos discutible que apliquen, y en qué medida, derecho preexistente.

c') ¿Límites sustantivos a la producción de normas?

Aunque, de acuerdo con este análisis, sea plausible concluir que los tribunales constitucionales son meros garantes de las reglas del juego democrático, como se había anticipado, no puede soslayarse que la norma jurídica que sirve de base al juicio de constitucionalidad aparece como una norma que determina los contenidos que la Constitución ha previsto excluir de las futuras normas para el caso que no se obtenga un acuerdo entre mayoría y minoría.

Un punto de partida adecuado podría ser atender al hecho que cuando los efectos de las decisiones de las Cortes constitucionales se circunscriben al caso decidido, se sugiere que a la competencia de aquéllas no puede atribuirse un carácter legislativo (65). Sin embargo, el hecho que la aplicabilidad de las normas válidas deba juzgarse en concreto con arreglo a las mismas normas de conformidad con las cuales se ha juzgado su validez en abstracto, nos da una pista en la dirección opuesta.

---

(63) Ver HART (2009) [1961]: 110-113.

(64) *Ibid.*

(65) En este sentido, por ejemplo, Habermas afirma que la competencia concerniente al control concreto de normas (que dice relación con los casos en que los tribunales de instancia suspenden temporalmente un proceso para obtener, con motivo de algún asunto concreto, una decisión acerca de la constitucionalidad de una norma que se tiene que aplicar) es, junto con la competencia concerniente a los recursos de amparo, la menos problemática desde el punto de vista de la división de poderes. En tales casos el Tribunal Constitucional actuaría en el sentido de una unificación y coherentización del Derecho. La jurisprudencia constitucional que parte del caso particular se restringiría a la aplicación de normas constitucionales que se presuponen válidas. Por eso la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas seguiría ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la justicia y el poder legislativo; HABERMAS (2008b) [1992]: 334.

Se puede esgrimir, por ejemplo, que del carácter concreto de las decisiones sobre la aplicabilidad de normas generales, no se sigue que tales decisiones deban ser consideradas como una actividad que no es en absoluto legislativa. Cuando se declara la inaplicabilidad de una norma, ésta es invalidada aplicando la norma de competencia que define su modo de producción. Igualmente se realiza un acto de producción de signo negativo, aunque sólo tenga efecto en determinado caso.

Y a la inversa, se puede argumentar que de la consideración del control abstracto de constitucionalidad como una actividad legislativa, no se sigue que las decisiones que en este contexto adoptan los jueces constitucionales sean completamente independientes de las situaciones concretas de aplicación. Afirmar la inconstitucionalidad de una norma general puede considerarse equivalente a decir que su aplicación sería incompatible con las normas superiores, con arreglo a las cuales su constitucionalidad se examina, en todos los supuestos de interpretación y aplicación que han podido ser previstos (66).

La posibilidad de relativizar la frontera que pretendidamente existe entre el juicio abstracto y concreto de constitucionalidad no es, sin embargo, más que un síntoma de algo más determinante para la comprensión de la justicia constitucional.

Me refiero a que la conocida indeterminación de las disposiciones constitucionales que hacen referencia a derechos fundamentales, unido a la circunstancia de que entre los diversos «derechos» que ellas proclaman se producen conflictos, no disminuye sino que aumenta la discreción de los jueces constitucionales (67).

Como apunta Hart, una vez adoptada, la doctrina según la cual la revisión judicial no se extiende solamente a un control de la forma de la legislación sino también de su contenido hizo evidente que los tribunales estaban haciendo algo muy diferente de lo que el pensamiento jurídico tradicional concibe como la función judicial típica: la aplicación imparcial de determinadas normas jurídicas existentes en la resolución de las disputas (68).

En este escenario, hay quienes piensan que el uso de expresiones de elevada vaguedad se traduce en un mayor margen de legítima libertad interpretativa y se convierte en la ventaja de una especial aptitud de muchas cláusulas constitu-

---

(66) Así razona, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS (2000): 445-446.

(67) GUASTINI (2010): 223-225 y 228-231. Sobre el carácter vago o general e incluso indeterminado de las disposiciones constitucionales que consagran derechos, ver, por ejemplo, PECES-BARBA (1999): 77; BERNAL (2004): 116, y PRIETO SANCHÍS (2000): 432, 433, 429-468. Sobre los conflictos entre derechos, ver, por ejemplo, MORESO (2009): 51-66.

(68) HART (1994) [1977]: 329.

cionales para ser adaptadas en su significado y alcance a nuevas necesidades, expectativas, opiniones y concepciones de lo justo (69). Es más, la indeterminación normativa puede ser vista como la causa misma de que, frente a todos los derechos fundamentales, la lucha ideológica se haya desplazado desde el ámbito de la política hacia la interpretación constitucional y, por consiguiente, desde el Parlamento hacia los tribunales constitucionales; como consecuencia, éstos estarían asumiendo competencias extrañas a las concepciones clásicas del poder judicial e incluso ajenas a los modelos originales sobre la jurisdicción constitucional (70).

El creciente empleo de terminología general y difusa en las formulaciones sobre derechos fundamentales permite entonces suponer que el desplazamiento de poder que Kelsen temía (71), ha sido previsto por las Constituciones, y que la indeterminación del contenido de los llamados derechos fundamentales responde a una elección consciente de delegar en otras instancias normativas el poder de reducir la indeterminación (72) o que el preciso propósito de estas normas es, como sugiere Schauer, conferir potestad a los intérpretes para elaborar los resultados sobre la base de factores que no se hallan contenidos en la regla, atendido que la propia regla exige desde su núcleo que el intérprete precise aquello que no ha sido determinado por ella (73).

No existiendo ninguna duda respecto del hecho que las Constituciones están llenas de disposiciones de principio (74) que Dworkin entendería como apelaciones a conceptos morales (75), se debe aceptar que tales principios no pueden disminuir la indeterminación *ex ante* del Derecho mientras no exista una moral positiva objetiva, conocida y observada por los jueces y mientras éstos no observen siempre las prescripciones de Dworkin, en el sentido de construir un sistema integrado de derecho y moral, de modo que con la ayuda de los principios, puedan elegir para cada caso la única solución justa o correcta, o al menos la mejor (76).

---

(69) GARCÍA AMADO (2004): 72.

(70) BERNAL (2004): 116.

(71) KELSEN (2009b) [1931]: 320.

(72) COMANDUCCI (2010): 89.

(73) Encadenar al intérprete a otras reglas parece auto-derrotante, puesto que considerar a una regla que confiere potestades como sujeta a las exigencias privativas de potestades de otras reglas equivale a considerar de potestades como necesariamente sujetas a la privación de potestades; SCHAUER (2004) [1991]: 292-293.

(74) GUASTINI (2014): 207.

(75) Sobre esto, ver DWORKIN (1977) [1977]: 215-216 y 230-231.

(76) Pero estas condiciones no se dan, no tanto por razones metaéticas, sino por razones fácticas: (i) suponiendo que existiere una moral objetiva ésta no es conocida ni compartida por

A falta de una moral común y de una jerarquía estable y general entre los principios, la mayor vaguedad de éstos aumenta la discrecionalidad de los jueces, que entonces pueden decidir los casos haciendo referencia a sus propias y subjetivas concepciones de justicia (77). Incluso hay quienes creen que los conceptos morales utilizados en la formulación de principios constitucionales son simplemente conceptos jurídicos indeterminados que apelan directamente a las doctrinas morales y/o las ideologías políticas de los intérpretes (78).

A partir de estas consideraciones se puede complementar lo antes dicho en relación con la atenuación de la frontera que pretendidamente separa el juicio abstracto y concreto de constitucionalidad.

Precisamente porque las disposiciones constitucionales, en especial las que consagran derechos fundamentales, suelen ser, en buena medida, indeterminadas y sus contenidos conflictivos, es que: (i) tanto su interpretación como el control concreto de constitucionalidad que conforme a dicha interpretación se realiza, involucran, en una medida importante, creación de Derecho; y (ii) su interpretación y, el subsiguiente control abstracto de constitucionalidad se llevan a cabo teniendo en cuenta los posibles supuestos de aplicación.

Lo dicho permite descartar fundadamente que los llamados derechos civiles sean derechos subjetivos, inmunidades o libertades (79) que definen auténticos

---

todos los jueces; (ii) en nuestras sociedades caracterizadas, cada día más, por un pluralismo ético, no existe una moral positiva compartida por todos los jueces (iii) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus decisiones y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; (iv) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente; COMANDUCCI (2010): 90.

(77) *Ibid.*, pág. 91.

(78) GUASTINI (2014): 209-210.

(79) 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 núm. 14 del mismo trabajo. El propio Hohfeld, aunque define las posiciones de libertad y de inmunidad con referencia a diversas posiciones correlativas y opuestas, 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.

límites sustantivos a la competencia normativa de las autoridades públicas. Y también permite comprender que las normas de competencia que confieren estas posiciones jurídicas subjetivas condicionan la validez general o particular de las normas producidas por las autoridades públicas en la precisa medida en que su ejercicio puede tener el efecto de invalidarlas o desaplicarlas cuando, a juicio de los jueces constitucionales, no hayan sido producidas del modo definido para reformar la Constitución, debiendo.

Las normas que consagran los derechos civiles, así entendidos, son simplemente normas de confieren a los individuos la competencia de intervenir en las decisiones acerca de lo que no cuenta como Derecho. No son normas que establecen límites sustantivos a la competencia normativa del Estado excluyendo *ex ante* determinados contenidos de las futuras normas.

Tales límites o contenidos son, en cambio, determinables y su determinación depende de: (i) un acto de voluntad formal de un individuo con potestad para requerir que se declare por un tribunal la inconstitucionalidad general o particular de las normas producidas por las autoridades públicas, y (ii) un acto de voluntad formal de jueces con potestad para determinar el contenido preciso de los señalados límites.

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 (80). Es cierto que se trata de normas cuya aplicación no adjudica el conflicto porque no expresan concepciones sino conceptos que los jueces deben complementar (81). Pero precisamente por ello, se trata de normas de competencia que confieren a los individuos la potestad de tomar parte en el proceso en el cual los jueces constitucionales deciden lo que no cuenta como Derecho.

Entendidos como potestades de participación política, tiene sentido afirmar, como lo hace Kelsen, que el catálogo de los denominados derechos fundamentales y libertades públicas ha dejado de ser un instrumento de protección del individuo frente al Estado para convertirse en un medio para la protección de una minoría cualificada frente a la mera mayoría absoluta, entendida la minoría como una pieza fundamental de la democracia y concebida esta última como un método que se dirige fundamentalmente a la consecución de compromisos entre mayoría y minoría (82).

---

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

(81) *Ibid.*: 27-28.

(82) KELSEN (2009a) [1929]: 139-142.

Como mientras más fuerte es la minoría más tiende la política de la democracia hacia una política del compromiso (83), los derechos civiles no protegen los intereses de la minoría, sino la posibilidad de que ésta influya en la producción del orden jurídico.

## V. CONCLUSIONES

La reconstrucción de los derechos civiles como potestades de participación política permite resolver el problema de su vinculación con los denominados derechos políticos.

Los derechos civiles y los derechos políticos son equiparables en cuanto 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 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». 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.

La reconstrucción de los llamados derechos civiles como derechos subjetivos en sentido técnico no permite, en cambio, su equiparación con los llamados derechos políticos ni son subsumibles junto a ellos bajo una misma categoría.

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

---

(83) *Ibid.*: 227-228.

ser considerada entonces una condición para que sea posible el Estado de Derecho. He aquí los auténticos derechos fundamentales civiles que, amparados directamente por las Cortes constitucionales, sirven a la función conservadora del Derecho, que no es parte constitutiva sino condición para la democracia.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Cristian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio (1981): «La concepción expresiva de las normas», en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, págs. 121-153.
- (1983): «Definiciones y normas», en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, págs. 439-463.
- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC (original de 1984).
- ANSUÁTEGUI, Francisco Javier (2010): «Argumentos para una teoría de los derechos sociales», en Silvina RIBOTTA y Andrés ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Dykinson, págs. 41-62.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2012): «Los derechos sociales: únicos derechos fundamentales», en Gonzalo AGUILAR (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, págs. 61-91.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel.
- ATRIA, Fernando (2004): «¿Existen los derechos sociales?», *Discusiones: Derechos sociales*, núm. 4, págs. 15-59.
- (2005): El derecho y la contingencia de lo político», en *Revista Derecho y Humanidades*, núm. 11, págs. 15-39.
- (2013): *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Santiago, Catalonia.
- AUSTIN, J. L. (1984): *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós (original de 1971).
- BAYÓN, Juan Carlos (2004): «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.
- BERLIN, Isaiah (2004): «Dos conceptos de libertad», en *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza (original de 1958).
- BERNAL, Carlos, (2004): «Fundamento concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen los derechos sociales?” de Fernando Atria», *Discusiones: Derechos sociales*, núm. 4.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (2001): *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft (original de 1993).

- BULYGIN, Eugenio (1965): «El concepto de eficacia», en KELSEN *et al.*, *Validez y eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, págs. 23-47.
- (1988): «Sobre las normas de competencia», en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, págs. 485-498.
- CARRIÓ, Genaro: (1991): «Nota preliminar», en Wensley HOHFELD, 1992 (1913): *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara.
- (1994): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- COMANDUCCI, Paolo (2010): *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2004): «Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)», en *Discusiones: Derechos sociales*, núm. 4, págs. 71-98.
- (2007): *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta.
- DICIOTTI, Enrico (2004): «Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica», *Quaderni costituzionali*, vol. 24, núm. 4, págs. 733-762.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel (original de 1977).
- EIDE, A. (2001): «Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights», en Absjorn EIDE (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhof Publishers.
- FERRAJOLI, Luigi (2006): «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales», *Doxa*, núm. 29, págs. 15-31.
- (2011): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta (original de 2007).
- FERRER, Jordi (2000): *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC.
- FINNIS, John (2000): *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot (original de 1980).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2004): «La interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, págs. 35-72.
- GUASTINI, Riccardo (1999): *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa (original de 1996).
- (2001): *Estudios de teoría constitucional*, México D.F., Fontamara.
- (2008): «Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación», en Isabel LIFANTE (ed.), *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2010, págs. 147-172.
- (2010): *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara.
- (2014): *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC.
- HABERMAS, Jürgen (2008a): *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos (original de 1963).
- (2008b): *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta (original de 1992).

- HART, H. L. A (1962): «Definición y teoría en la ciencia jurídica», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, págs. 93-130 (original de 1953).
- (1982): «Legal Rights», en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, págs. 162-193.
- (1990): «¿Existen los derechos naturales?», *Revista de Estudios Públicos*, núm. 37, págs. 4-61 (original de 1955).
- (1994): «Una mirada a la teoría del derecho norteamericana: La Pesadilla y el noble sueño», en P. CASANOVAS y J. J. MORESO (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica (original de 1977), págs. 327-350.
- (2009): *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot (original de 1961).
- HESSE, Conrado (2001): «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Evap-Marcial Pons, págs. 1-15 (original de 1994).
- HIERRO, Liborio (2000): «¿Qué derechos tenemos?», *Doxa*, núm. 23, págs. 351-375.
- HOHFELD, Wensley (1992): *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara (original de 1913).
- JELLINEK, Georg (1954): *Teoría general del Estado* (2.<sup>a</sup> ed.), Buenos Aires, Albatros (original de 1911).
- KELSEN, Hans (1987): *Problemas capitales de la teoría jurídica*, México D.F., Porrúa (original de 1923).
- (1991): *Teoría pura del Derecho* (2.<sup>a</sup> ed.), México D.F., Porrúa (original de 1960).
- (2009a): *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones (original de 1929).
- (2009b): «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?», en Carl SCHMITT y Hans KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, págs. 289-366 (original de 1931).
- LAPORTA, Francisco (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, núm. 4, págs. 23-46.
- MACCORMICK, Neil (1988): «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Madrid, págs. 293-305 (original de 1975).
- MARSHALL, T. H. (1998): *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza (original de 1950).
- MORESO, José Juan (2009): «Esbozo de preliminares a una teoría de la constitución», en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, págs. 21-66.
- MORESO, José Juan, y VILAJOSANA, José María (2004): *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- NINO, Carlos (1980): *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- ORUNESU, Claudina (2012): *Positivismo Jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons.

- PECES-BARBA, Gregorio (1999): *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson.
- (2000): «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura en el sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, núm. 8, enero/junio, págs. 429-468.
- (2009): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta.
- RAZ, Joseph (1991): *Razón práctica y normas*, Madrid, CEPC (original de 1975).
- (2001): *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa (original de 1994).
- ROSS, Alf (1961): «Sobre los conceptos de “Estado” y “Órganos del Estado” en Derecho Constitucional», en Alf ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, págs. 73-92.
- (2000): *Lógica de las normas*, Granada, Comares (original de 1968).
- SEARLE, John (1997): *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós (original de 1995).
- (2007): *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Cátedra (original de 1969).
- ROSSETTI, Andrés (2010): «Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales», en S. RIBOTTA y Andrés ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Dykinson, págs. 101-126.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2002): *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta.
- SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons (original de 1991).
- STRAWSON, Peter (1997): *Análisis y metafísica*, Barcelona, Paidós (original de 1992).
- VILLEY, Michel (1953): «Los orígenes de la noción de derecho subjetivo», en *Estudios en torno a la noción de derechos subjetivos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 23-57.
- (1964): «La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam», en *Estudios en torno a la noción de derechos subjetivos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 149-190.
- (1967): «El derecho del individuo en Hobbes», incluido en *Estudios en torno a la noción de derechos subjetivos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, págs. 191-222.
- VON WRIGHT, Georg (1970): *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos (original de 1963).
- WALDRON, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons (original de 1999).
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2008): *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Crítica (original de 1953).