

“EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY”.
LAS LEYES ADMINISTRATIVAS
FRENTE A LA CARTA FUNDAMENTAL

“THE ENFORCEMENT OF THE LAW”
THE ADMINISTRATIVE LAWS
AGAINST THE CONSTITUTION

*Iván Aróstica Maldonado**

¿Acaso nos atreveremos a decir que estas leyes
son injustas, o más bien que son nulas?
Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta.
San Agustín, *El libre albedrío*, libro I, v, 11)¹.

Resumen

Este artículo forma parte de una obra mayor sobre la justicia administrativa en Chile. El amplio número de reclamos de ilegalidad contra actos de la Administración del Estado que son rechazados en la práctica en sede judicial, entre otras causas, encuentra explicación en el hecho de que esa legalidad es *opus suum* de la misma autoridad. Lo que se traduce en unas leyes pro Administración que –a contrapelo de la Constitución– suelen reincidir en un ancestral régimen fuertemente potestativo y fiduciario: aquel que deposita amplias e indeterminadas potestades a la autoridad, sin tomar más resguardos que asegurar la buena designación de quien las ejerce y confiarse en su autocontrol.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Presidente del Tribunal Constitucional chileno. Artículo recibido el 13 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2019. Correo electrónico: iarostica@tcchile.cl

¹ Nieto BLÁZQUEZ, *Filosofía de san Agustín*, pp. 188-193. En *La ciudad de Dios*, XIX, 21, 1, pp. 608-609, san Agustín agregó: “Porque donde no hay justicia no puede haber tampoco un derecho. Lo que se hace según derecho se hace con justicia. Pero lo que se hace injustamente es imposible que sea según derecho. Y no podemos llamar derecho ni tenerlo como tal a las injustas determinaciones de los hombres, siendo así que estos mismos hombres sostienen que el derecho dimana de la fuente de la justicia, y desmienten como espuria la afirmación que suelen repetir algunos espíritus torcidos, que es derecho lo que reporta utilidad al más fuerte. Así que donde no hay verdadera justicia no puede haber una multitud reunida en sociedad por el acuerdo sobre un derecho, es decir, no puede haber un pueblo...”.

Acerca de la ley injusta, santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 4.

Palabras claves: leyes administrativas, reclamos de ilegalidad, Administración del Estado.

Abstract

This article is part of a broader project about the administrative courts' system in Chile. In our country, judges typically reject most legal claims challenging executive orders because the laws regulating the administrative agencies' authority usually benefit those agencies. Those pieces of legislation –which are in tension with the Constitution– often come from an ancient regime that strengthens administrative authority by providing for wide and open-textured powers, and only constraining those powers by regulating the appointment mechanisms of the agencies' chiefs.

Keywords: administrative laws, illegality claims, the state administration.

Introducción

Calificada como verdadera “regla de oro” del derecho público chileno, la norma del artículo 160 de la Constitución de 1833 dispuso:

“Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

Misma que mantuvo vigente la Carta de 1925 (como artículo 4°) y que se complementaba con lo prescrito en el *Código Civil*, en cuya virtud el fisco, las municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario “se rigen por leyes y reglamentos especiales” (artículo 547 inciso 2°).

He ahí plasmada la creencia del siglo XIX de que la ley habría de servir como freno al poder. La legalidad entendida como límite al gobernante y garantía de los gobernados; muro de contención infranqueable, más allá del cual los actos exorbitantes de la autoridad administrativa son nulos *ipso iure* y de ningún valor².

Una ley, asimismo, encargada de garantizar los derechos fundamentales y antaño imaginada como suprema barrera contra los abusos del poder, que –a su vez– se supone impoluta de arbitrariedades o excesos.

² Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, pp. 114-194.

Creencia afincada en la supuesta racionalidad en que estaría inspirada; otras veces, basada en el hecho más trivial de que autores y destinatarios de las leyes –representantes y representados– formaban parte, por aquel entonces, de un mismo círculo rector, gracias al voto censitario.

Bien es cierto, también, que esa creencia y este supuesto se desploman apenas despunta el siglo XX, en Europa como en Chile, *servata distantia*. Fruto de la revolución industrial, que pone término a la dispersión rural y congrega la población en grandes urbes o en una capital, nuevos grupos políticos e ideológicos –con intereses parciales compitiendo en regímenes de representación proporcional– se disputan la calidad de artífices de la ley, al acceder a cargos parlamentarios a raíz del término del sufragio censitario; amén que el protagonismo legislativo se desplaza del Parlamento al Rey (o Presidente de la República), lo que, a su vez, conlleva invariablemente poderes acrecentados para la Administración, esta vez montada en andas de una ley con facultades para delimitar los derechos de unos contra otros³.

Fue el sufragio universal el que puso a los partidos socialistas dentro de los parlamentos, con aquellas sus ideas radicales de reforma del Estado que los situarían en antagonismo con los liberales-conservadores, engendrando, así, el temor de que la victoria electoral del otro pudiera ser suficiente para alterar la normativa fundamental⁴. Siendo esa circunstancia la que causó (como se verá)

“que las nuevas Constituciones se hicieran rígidas y fue a partir de esa rigidez donde el control de constitucionalidad de las leyes como problema teórico y práctico comenzó a tener sentido”⁵.

³ Francis SEJERDSTED, “La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen gobierno”, pp. 156-175.

⁴ Aristóteles mismo, en *Política*, p. 252, decía que la superioridad en el número de los más pobres al gobernar, podía perpetrar una injusticia al confiscar las propiedades de los ricos, que estarán en minoría y no podrán oponerse. El PSEUDO-JENOFONTE, *Constitución de Atenas*, pp. 101-137, también le asigna una carga negativa a la democracia, como forma de dominación (κρατος) de los pobres sobre los ricos.

De igual manera en Alexander. HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, p. 222, se previene que “En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría se une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro”, queriendo significar con ello que todo poder puede conllevar excesos y, por ende, debe ser jurídicamente controlado.

⁵ Javier TAJADURA, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, p. 18. A partir de esos años empieza, también, a acentuarse la idea de un control jurisdiccional sobre las leyes, acaso siguiendo el ejemplo de la Suprema Corte estadounidense (como en Chile

Quien sino Stefan Zweig podía retratar este giro epocal, *ad portas* de la gran guerra y después de ver cómo en su –hasta entonces– idílica Viena los socialistas arrebataban a la oligarquía por la fuerza la ley sobre voto universal:

“con ella –dice– desapareció de la vida política pública la conciliación y los intereses de unos chocaron violentamente con los de otros: la lucha acababa de empezar”⁶.

El ideal dieciochesco de una ley estable y guardiana de las libertades personales ha dado paso a la realidad más banal de un legislador que –por democrático– reclama para sí el poder para rehacerlo todo bajo la férula del Estado.

“Una vez proclamada la capacidad para hacer y deshacer leyes –apunta Bertrand de Jouvenel– se dio rienda suelta a las voluntades particulares, que se había querido mantener subordinadas mediante la proclamación de la soberanía de las leyes. En lugar de someter a la competición de los partidos únicamente la elección de los gobernantes, fueron todas las normas de la vida social las que quedaron al albur del resultado de una elección. Esta precariedad de las leyes ha sido creciente durante la vida de las democracias. Reyes, cámaras de pares o senados, capaces de impedir que cualquier presión de la opinión se tradujera inmediatamente en ley, fueron por doquier barridos o paralizados. La ley –concluye– ha dejado de presidir, como una necesidad superior, la vida del país: se ha convertido en expresión de las pasiones del momento”⁷.

Al paso que esa subordinación de las autoridades a la ley se difumina en el río revuelto de la inflación legislativa actual, como consecuencia de la multiplicación incontenible de leyes *ad hoc* o aún *ad personam*, inorgánicas y episódicas, gestadas en la premura interventora, y cuya secuela se traduce en incoherencia, falta de plenitud e imposibilidad de conocimiento real. La cuestión es hasta dónde se puede afirmar, hoy, que la ley sea límite y garantía, en este *mundo de leyes desbocadas* descrito por Eduardo García de Enterría:

se hizo a contar de 1925), la que se consolida definitivamente al término de la II Guerra Mundial con la instauración del Tribunal Constitucional alemán.

⁶ Stefan ZWEIF, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, pp. 89-91, de quien también se toma Paolo Grossi para desarrollar *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, p. 16 y ss. Para lo que viene en el viejo continente entre 1910-1940, v. Mark MAZOWER, *La Europa negra*, pp. 21-103.

⁷ Bertrand de JOUVENEL, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, p. 368. Véase, además, todo el capítulo XVI: “Poder y derecho”, pp. 397-414.

"la vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético"⁸.

Es esta *crisis legal*, caracterizada por la barahúnda de leyes que fueron confiando nuevos e ingentes cometidos a la Administración, circa 1920 en adelante, la que pone en entredicho el rol de límite y garantía normativa asignado a la ley:

- I) por la incerteza acerca de la ley exacta que –dentro de dicha greguería– puede esgrimir la autoridad en cada ocasión; así como
- II) por la inseguridad hacia los derechos que acarrea su aplicación, desde que se trata de una legalidad casi siempre proclive a la potestad administrativa más desaforada o ampliamente discrecional.

Quizá la polémica arquetípica sobre los "resquicios legales", ocurrida en Chile a comienzos de la década de 1970, pueda ilustrar ambas cuestiones. El casi olvidado DL 520, dictado el año 1932 durante el breve gobierno socialista de Carlos Dávila, ¿podía casi cuarenta años después entenderse vigente y constituir parte del "valioso arsenal para la difícil tarea de preparar el camino hacia el socialismo"? El gobierno de la Unidad Popular decía que sí, ya que así podía expropiar aquellas industrias de "utilidad pública" que se negaran a producir artículos básicos en las cantidades y calidades ordenadas por él, y comoquiera que –a la sazón– el Congreso (en la oposición) no iba a aprobar ninguna ley expropiatoria de empresas privadas para formar una nueva "área social de la economía". ¿O este viejo decreto ley contenía reglas de "procedencia espuria, contradictoria interpretación y de vigencia dudosa"?⁹.

Con otro ejemplo se puede percibir mejor el fenómeno: sin paramientos que la Constitución únicamente convoca a una ley orgánica constitucional para fortalecer la libertad de enseñanza, y solo regularla en los aspectos específicos que ella prevé (artículo 19 n.º 11), a la Ley General de Educación se han sumado la de Subvención Preferencial y del

⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, pp. 47-48.

⁹ Eduardo NOVOA MONREAL, "La crisis del sistema legal chileno", pp. 227-243 y *Los resquicios legales*, pp. 51-59; Jorge MAGASICH, "Los 'resquicios legales'. La utilización de la ley por el Gobierno de Salvador Allende"; Cristián VILLALONGA, *Revolución y ley. La teoría crítica del derecho en Eduardo Novoa Monreal*, p. 239.

Sistema de Aseguramiento de la Calidad, la Ley de Inclusión, la Ley de Educación Pública, entre otras que han sido objeto de múltiples decretos, reglamentos y circulares con cada vez más grávidos poderes para la Administración. Y cambiando.

Pero ¿qué hay de aquello que decía Jorge Luis Borges (en “Las versiones homéricas” de 1932), de que el concepto de texto definitivo no corresponde, sino a la religión o al cansancio? ¿No es acaso la legislación administrativa un *perpetuum mobile*, precisamente porque la renovación en las apetencias y necesidades va modificando lo que a cada momento se entiende por interés general? ¿O se olvidará que fue Georges Orwell, en 1984, quien peculiarizó al Estado totalitario como aquel que establece dogmas incuestionables para modificarlos de un día para otro? ¿O, tal vez, el cambio normativo debe obedecer a alguna suerte de ordenación, exigiendo evidencia en cuanto a la necesidad y utilidad de la mutación?

Puede que un edulcorante arrellanamiento lleve a mirar con lejanía el Imperio soviético o que en los años treinta del siglo pasado Alemania demostró la posibilidad de que un régimen democráticamente electo puede transformarse en una tiranía totalitaria, voceando la voluntad general¹⁰. Y que suene exagerado el magistrado Joseph P. Bradley en el caso *Boyd vs. United States* (1886), alertando contra la posibilidad de permitir las invasiones de los derechos constitucionales solo porque esas invasiones son suaves y los perjuicios de carácter ligero:

“las prácticas ilegítimas e inconstitucionales consiguen su primer apoyo por ese camino, a saber, mediante ataques silenciosos y ligeras desviaciones de los modos legales de proceder. Sólo puede evitarse esto adhiriéndose a la regla de que la interpretación de las disposiciones constitucionales establecidas para la seguridad de las personas y de la propiedad debe ser amplia. Una interpretación estricta y literal las priva de la mitad de su eficacia y conduce a una gradual depreciación de los derechos, como si éstos pudieran consistir más en la expresión que en la sustancia. Es deber de los tribunales estar vigilantes en cuanto se refiere a los derechos constitucionales del ciudadano y contra cualquiera intromisión o abuso que pueda hacerse de ellos. Su lema debería ser *obsta principiis*”¹¹.

A fin de cuentas y como sea, el problema empieza ineludiblemente con el hecho de que la legalidad

¹⁰ Como si recordar el alfa y el omega de todo estatismo, de la ideología al totalitarismo, fuera propio de un autor “especialmente acalorado”: Adrian VERMEULE, *La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al Estado administrativo*, p. 65.

¹¹ Cita de Charles EVANS HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, p. 172.

“ya no es un derecho *a priori* o trascendente al Estado, sino que es un derecho creado por el mismo Estado. En verdad que el Estado actúa sólo *secundum legem* y, por consiguiente, está limitado en su actuación; pero puesto que lo que caracteriza al Estado es constituir un poder originario, no derivado de ningún otro, es claro que sus limitaciones no pueden ser más que autolimitaciones”,

según apostillaba Manuel García-Pelayo en 1950¹². En palabras que también podrían hallarse en la obra capital de Georg Jellinek sin que aparezcan extrañas:

“El Estado moderno tiene como punto final lo que para el antiguo tiene punto de partida. Como el segundo, atribúyese también él, y aún en una mayor medida, el derecho y el poder para dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida de la comunidad. Es verdad que pone limitaciones de gran importancia a su acción; pero sólo lo son las que él mismo se ha puesto en vista del conocimiento que tiene de su problema. Por el contrario, no reconoce a ninguno de sus miembros un derecho extraestatista que pueda ofrecerle una limitación absoluta”¹³.

Se hablará, pues, de una expansiva e inquietante legislación casi indefectiblemente pro Administración, en procura de forzar no pocos cambios radicales. De donde, en 1913, León Duguit diría que el derecho público sea una materia en continua transformación parece ser una tautología, en su libro emblemático *Les transformations du droit public*. Y de donde también se tomaría el lord Chief Justice de Inglaterra en 1929, lord Hewart, para acusar ese “The new despotism” que usa y subordina al Parlamento, evade los tribunales y hace de la voluntad y el capricho del Ejecutivo un poder sin restricciones y supremo.

Cuestiones todas que, se supone (III), solo podrían superarse si las leyes administrativas se ordenan tras una ley fundamental cuyas normas, inspiradas en un sentido superior de justicia, incitan en efecto a cohesionar los derechos de las personas con el bien común general¹⁴.

¹² Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 159.

¹³ Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, p. 314.

¹⁴ Armonizando aquello “perteneciente a la ciudad y a sus moradores”, según el principio ciceroniano difundido por los teólogos de Salamanca ya en el siglo XVI: FRANCISCO DE VITORIA, *Sobre el poder civil, elección dada el año 1528*, pp. 19 y 38-39.

Tres notas de derecho comparado

I

Atingente al primer tema, argumenta Luigi Ferrajoli:

“tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de la legislación fragmentaria..., habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción”¹⁵.

Suena a *déjà vu*; a un retorno a la pluralidad normativa medieval, donde fluyen cartas, estatutos y fueros en encarnación *hic et nunc*, con un radio de acción solo respecto a un cierto lugar o en lo relativo a estamentos o personas determinadas. Aunque allí –como anota el catedrático de historia del derecho y expresidente de la Corte Costituzionale Italiana Paolo Grossi–

“en comparación con el alboroto de la desordenadísima superficie, contrasta el orden de la secreta pero presente constitución jurídica.

Un orden que no se deja deteriorar por los episodios grandes y pequeños de las vicisitudes históricas, porque se sitúa más allá del poder político y de quienes lo ejercen, desvinculado de las miserias de la cotidianidad, colocado en el terreno profundo y seguro de las raíces supremas, de los valores. Un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y un valor trascendente, el dios nomoteta de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro, según los dictámenes de la teología cristiana, constituyen un *ordo*, un *ordo iuris*. Un *ordo iuris* que, por tanto, no puede sino ser la medida del derecho positivo, de los varios Derechos positivos, según grados ascendentes de manifestaciones jurídicas que las reglas pasajeras y contingentes de la vida cotidiana suben sin cesura, en espontánea y simple continuidad, hasta el nivel supremo del Derecho natural y del derecho divino con toda su riqueza de principios normativos eternos e inmutables en cuanto son la voz de la misma Divinidad”¹⁶.

¹⁵ Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 16-17. Igualmente, Luís PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del derecho*, pp. 187-188.

¹⁶ Paolo GROSSI, *El orden jurídico Medieval*, pp. 35-36. En el mismo sentido, sobre este “orden jurídico dado”, constitutivo de una “intrínseca limitación de los poderes públicos”, Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, pp. 35-38.

Acera de la “constitución medieval”, sin continente escrito y formal, pero con un contenido que se anticipa en mucho a la modernidad (intangibilidad de los derechos y el Derecho para la autoridad, responsabilidad del poder, etc.), utilísimo es el trabajo de 1952 de Fritz KERN, *Derecho y Constitución en la Edad Media*, p. 180.

La recepción del *Ius commune* (*Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonice*, más las glosas y comentarios) en la baja Edad Media (siglo XIII) y el posterior movimiento codificador del siglo XVIII, vinieron –en su momento– a aherrojar esta pluralidad normativa¹⁷. No obstante, como diría después el mismo Paolo Grossi, este intento por suplir la complejidad medieval crea

“una densa actividad legislativa que se incrementaba más y más: los Códigos y las leyes generales, en los que se reflejaba muy bien la más genuina conciencia jurídica burguesa, están amparados, pero también sofocados y casi expropiados, por actos legislativos especiales generados por necesidades particulares, ocasionando así una enorme actividad legislativa adecuada al crecimiento socio-económico pero que, con frecuencia, está superada por el hostigamiento de ese desarrollo y que destapa –por así decir– al rey desnudo. O, lo que es lo mismo, a un Estado incapaz de ordenar ese crecimiento únicamente con los instrumentos legislativos a través de un fárrago de leyes –las más de las veces improvisadas y mal hechas–, que martiriza los bienes formales de la claridad y de la certeza que los Códigos satisfacían cumplidamente y que excava un profundo foso de incompreensión entre el poder político y los ciudadanos”¹⁸.

De allí que, ante esta atomización, se propugna su orientación hacia los valores y principios plasmados en la Constitución, con referencia a los cuales tendrán que examinarse la inteligencia y validez de estas leyes. Alejandro Nieto:

“La Constitución ha propiciado, pues, el regreso de los valores al Derecho y, además, al positivizar algunos de ellos ha dado una estabilidad al repertorio axiológico básico que no se conocía desde el Decálogo bíblico y la consecuencia ha sido un mecanismo de control de las leyes a las que de nuevo se inserta en una escala de valores como peldaños intermedios”¹⁹.

Lo propio postulaba Eduardo García de Enterría, al reivindicar:

“la Constitución como una norma superior, que consagra en una formulación concentrada y categórica los grandes valores sobre los que se asienta una comunidad determinada, además de la forma en que ésta ordena sus poderes”,

¹⁷ En general sobre el tema, Alejandro GUZMÁN BRITO, *La fijación y la codificación del Derecho en Occidente*, p. 315.

¹⁸ Paolo GROSSI, *La primera lección de Derecho*, pp. 61-62.

¹⁹ Alejandro NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, p. 50.

en calidad

“de un *higher Law*, un Derecho más alto, con claras raíces en el Derecho Natural, capaz de prevalecer sobre las Leyes ordinarias e, incluso, de erigirse en canon de validez de las mismas”²⁰.

El juez constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky, aludiendo a “la función unificadora de la Constitución”, con sus principios y valores superiores, agrega:

“Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la provisión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”²¹.

“La Constitución –remata Paolo Grossi– se sitúa como un orden jurídico superior respecto a la urdiembre legal ordinaria. Superior en cuanto a que, al pertenecer al estrato de las raíces profundas de la sociedad, pertenece por ello mismo a un estrato de valores y los manifiesta, imponiendo su observancia a todos los poderes del Estado, comenzando por el legislativo”²².

Y, por eso, concluye el presidente de la Corte Constitucional de la República Italiana, debe existir

“la institución de una magistratura suprema que se sitúa como juez de la ley; o lo que es lo mismo, que está llamada a juzgar la coherencia entre las disposiciones de una ley y los valores contenidos en la Constitución”²³.

II

La filosofía aristotélica y luego la escolástica distinguían cuatro causas o elementos constituyentes en cada cosa: eficiente, material, formal y final. Si se visualiza una estatua de Julio César, se verá que depende o es efecto de una causa eficiente, que es la acción del escultor, que con su cincel y martillo sacó

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad...*, *op. cit.*, p. 41. Hay quienes hallan en el juez Edward Coke (1552-1634) los orígenes anglosajones del moderno control de constitucionalidad, “entendido esencialmente en sentido de garantía, como primacía de las reglas de tutela constitucional de las libertades –el llamado *higher law*– sobre las voluntades contingentes de quienes ostentan el poder”: Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, p. 33. Más ampliamente: Elio A. GALLEGU GARCÍA, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de sir Edward Coke*, p. 201.

²¹ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 39-40. Carlos A. CASANOVA, *Racionalidad y Justicia*, pp. 210-211.

²² GROSSI, *La primera lección...*, *op. cit.*, p. 77.

²³ *Op. cit.*, p. 9.

de su indeterminación a la materia; la causa material es el mármol; la causa formal es la idea o figura de Julio César que el escultor tenía y que imprimió al mármol y la causa final es el objetivo propuesto al erigir la estatua, como puede ser alcanzar la belleza estética, ganar dinero, agradar a la autoridad, etcétera.

Sin embargo, fruto de un reduccionismo kantiano, la mentalidad moderna se caracteriza por considerar exclusivamente las causas eficientes, lo que aplicado a las normas del derecho implica prestar atención solo a una peculiaridad de origen: la voluntad allí expresada por su autor²⁴. Mientras en el siglo XIII santo Tomás de Aquino pudo definir la ley como aquella "prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad"²⁵, o sea, como una actuación con unos contenidos y finalidades muy precisos (la racionalidad e interdicción de la arbitrariedad y la prosecución del bien común general), ahora –en su sentido moderno– la ley se considera como un acto de volición autoritaria del titular del poder²⁶. Pues, si antes el derecho representaba un "orden jurídico dado" para el Monarca, externo e indisponible para él, con el advenimiento de la modernidad, o sea, cuando el poder político empezó a llamarse Estado, este se va apropiando del derecho en su nuevo papel de único productor normativo. Tanto, que la ley termina por absorber y monopolizar todas las dimensiones jurídicas existentes en la comunidad²⁷.

Diríase que la propia filosofía griega, que concibe al mundo y a la polis como *Kosmos*, un orden regido por el *logos* y no por la voluntad o los dictados caprichosos de los dioses, es la que empieza a desdibujarse, a raíz de la superposición histórica de a lo menos tres factores.

1) Primero, fue la recepción del derecho imperial romano, redescubierto el *Corpus iuris civilis* en Bolonia a fines del siglo XI, ya que, si bien de los textos justinianos (del *Digesto*) podían sacarse distintos puntos de vista acerca de la fuente del poder legislativo,

"de manera creciente los juristas próximos al poder pusieron sus ojos en aquellos textos que enfatizaban la autoridad sin restricciones del príncipe para gobernar y legislar en beneficio del bien común como mejor le pareciera"²⁸.

²⁴ Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *Historia breve del derecho natural*, pp. 46-47.

²⁵ Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 4. Sobre la esencia de la ley siguiendo esta definición tomista, Francisco de VITORIA, "La Ley, lecturas del curso escolar 1533-1534 en la Universidad de Salamanca", pp. 3-6.

²⁶ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la Modernidad*, pp. 29-34.

²⁷ GROSSI, *La primera lección...*, *op. cit.*, pp. 18-19. Una perspectiva muy general en Jaime EYZAGUIRRE, *Historia del derecho*, pp. 87-88.

²⁸ Peter G. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa*, pp. 87-88 y 58-59; Alfonso GARCÍA-GALLO, *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho*

Fue en esa época que, en Roma, al Emperador o *Imperator* se le empezó a dar también el epíteto de *dominus* o señor, “de acuerdo a su significado primitivo, [que] no hacía referencia a la autoridad de un príncipe sobre los súbditos o de un comandante sobre sus soldados, sino al poder despótico de un amo sobre sus esclavos domésticos”²⁹. Todo partiendo de aquella embarazosa afirmación del *Digesto*, de que “lo que plugo [place] al Príncipe tiene vigor de ley” (libro I, título IV, 1).

¿Tenía razón Alexander Carlyle, cuando alegaba que un *legibus solutus* arrancado de dichos textos no podría corresponder más que a un malentendido?³⁰. Como sea, el hecho es que en su día cobró crédito la prerrogativa absolutista de que el Príncipe podía hacer cualquier cosa –*supra jus, contra jus, et extra jus*– al hallarse desvinculado de las leyes.

Allá van leyes do quieren reyes, pregonaba el refranero popular castellano³¹.

2) En segundo término, a comienzos de la baja Edad Media estalla una polémica crucial al derecho natural, acerca de la primacía de la voluntad o de la razón (el asesinato o el robo, ¿son acciones malas por estar prohibidos por la ley, o están prohibidas por la ley por ser malas en sí?). Abriéndose allí camino el pensamiento del franciscano Juan Duns Escoto (1266-1308), en cuya virtud Dios crea, y crea lo que crea porque quiere –*quia voluit*– de un modo por completo libre; de donde derivaría que las leyes tienen que obedecerse por tratarse de decisiones de voluntad de una potencia superior, esto es, hay un deber de seguir estrictamente las decisiones del mandato autoritativo, sin consideración a la justicia intrínseca del mismo³².

Francisco Suárez (1548-1617) S.J., habría aportado lo suyo: se recuerda que para santo Tomás de Aquino lo que hace que una ley –divina

español, pp. 89, 93, 208-210, 639-640, 763 y 799-800; Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, pp. 183-184.

²⁹ Edward GIBBON, *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, p. 156.

³⁰ Alexander James CARLYLE, “La justicia en el Medioevo”.

³¹ Acerca del movimiento prorregio o proabsolutista y sus escasos detractores en Castilla: Salustiano de DIOS, *El poder del Monarca en la obra de los juristas castellanos. 1480-1680*, p. 880. Una óptica germana en Otto VON GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, pp. 210-262.

³² Hans WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, pp. 59-105. Eudaldo FORMET, *Historia de la filosofía II. Filosofía medieval*, pp. 334-336; Gonzalo IBÁÑEZ SANTA MARÍA, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada cual. Vigencia del Derecho Natural*, pp. 291-294.

Acerca de la división hecha por los seguidores de Juan Duns Scoto, de la ley natural, en la *lex indicans* (que muestra lo que es bueno) y la *lex imperans* (mandato de voluntad que crea el deber hacer esa conducta): Francisco CARPINTERO, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, p. 56 y ss.

o humana— sea ley no es el hecho de emanar de una autoridad (Dios o el hombre) y de haberse tramitado según el procedimiento previsto, pues estos dos requisitos (competencia y procedimiento) exigen todavía lo esencial, el elemento intrínseco que hace la naturaleza de la ley: que sea una ordenación racional al bien común. En cambio, criticando que esa definición tomista alcanza tanto para una ley como para una simple opinión consultiva, Francisco Suárez hace la diferencia acentuando que la ley es una norma que constriñe. Es la *vis coactiva* o *intimatio voluntatis* la condición esencial de la ley; a lo que sigue la aceptación de que “esta fuerza coactiva no surge del imperio de la razón sino del carácter imperativo de la voluntad”³³.

A estas alturas, apenas sorprende que a fray Bartolomé de Las Casas se le atribuya la defensa de los sacrificios humanos que practicaban los aztecas, arguyendo:

“El legislador, en caso de gran necesidad de toda la república [como en el reino de los aztecas, la necesidad de la lluvia] puede y debe, con su precepto, obligar a algunos del pueblo a que sean inmolados para ser ofrecidos en sacrificio [...]; pues todo legislador [...] puede obligar a sus súbditos a hacer o sufrir aquello que conviene al bienestar y salvación de toda la república”.

Lo que pudo ser eficazmente contrarrestado por ese gran teólogo que fue Ginés de Sepúlveda, en la Controversia de Valladolid convocada por Carlos V el año 1550, apelando al derecho natural y la carga que le asistía a los españoles para “liberar a los inocentes de una muerte injusta”³⁴.

Entre lo dicho y lo que viene, por supuesto, no hay una relación causa-efecto; ni una cadena inexorable³⁵. No es seguro que la recepción del derecho romano imperial, del voluntarismo y de la autoridad soberana del Monarca caminaran a parejas por toda Europa occidental. Pero sí cabe

³³ André VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, pp. 24-25. Respecto al “Tractatus de Legibus Ac Deo Legislatore” (capítulo XII: Definición de la Ley por lo que se ha dicho de sus propiedades), Francisco Javier LÓPEZ ATANES, Íñigo DE BUSTOS y PARDO Manuel de VILLENA, *Suárez: Una aproximación al Tratado de las Leyes y la Defensa de la Fe*, pp. 61-62; Raúl MADRID RAMÍREZ, “El giro suareciano y el problema del fundamento de la ley”, pp. 53-76

En contra de la idea de un Suárez voluntarista, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Contribución a la Historia de la Cultura Jurídica*, pp. 65-92.

³⁴ Jean DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre. La Controversia de Valladolid*, pp. 238, 256 y 265.

³⁵ Para la asunción de las ideas de Juan Duns Scoto por Guillermo de Occam (circa 1295-1349) y por Marsilius Menardius († circa 1343) natural de Padua, intelectual al servicio del emperador Luis de Baviera en las luchas de este con el Papa, v. Juan Antonio WIDOW, *La libertad y sus servidumbres*, pp. 153-158.

vislumbrar que de alguna manera estas concepciones se precipitan y van ahondando, para afluir en algo nuevo y más intenso que todo lo anterior.

3) Puesto que con algunas raíces en aquel pasado, al proceso de entronización de la ley se suma un tercer elemento catalizador: llegan los revolucionarios franceses de 1789 a afirmar que, para garantizar la plenitud de los derechos, se necesitan leyes absolutas, tendientes a

“asegurar la acción del Estado para transformar la sociedad y las instituciones remanentes del Antiguo Régimen creando una nueva Administración pública al servicio de dichos cambios”³⁶.

Los derechos individuales solo se podrían realizar y disfrutar en el nuevo marco de convivencia, cuya creación y transformación radical se confía por completo al legislador, con facultades ilimitadas para erradicar o suprimir todas las instituciones anteriores.

“Había que cambiar una sociedad estamental, desigual e injusta, sometida a formas de gobierno arbitrarias. En estas circunstancias, un legislador fuerte era indispensable”³⁷.

O sea, no es este un mandato a la ley para abolir tal o cual poder atrabiliario; es la conminación a hacer *tabula rasa* con toda la civilización anterior, hasta sus cimientos. Un clásico en el tema, Alexis de Tocqueville, lo describe límpidamente así:

“Puesto que la Revolución Francesa no ha tenido únicamente por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir la forma antigua de la sociedad, tuvo que combatir a la vez a todos los poderes establecidos, destruir todas las influencias reconocidas, borrar las tradiciones, renovar las costumbres y los usos, y vaciar en cierto modo el espíritu humano de todas las ideas en las que hasta entonces se habían basado el respeto y la obediencia. De ahí –concluye– su carácter tan singularmente anárquico”³⁸.

Extirpación que exigirá la connivencia entre una ley incondicionada e incuestionable y una administración ejecutora dotada de amplios privilegios, cuyos actos ya no podrán ser controlados por los tribunales; creándose así una situación de concentración de poder e inmunidad como

³⁶ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la Libertad de Palabra*, pp. 27-28.

³⁷ Santiago MUÑOZ MACHADO, Discurso pronunciado con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Córdoba el 6 de octubre de 2015.

³⁸ Alexis de TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, pp. 40-41.

no se había visto antes. "La Gran Revolución, con sus grandes dogmas, postulaba sobre todo una nueva estructura social", apuntaba acá Eduardo García de Enterría, agregando, enseguida, este colofón:

"esta gigantesca tarea no podía ser cumplida con meras declaraciones generales y ni siquiera por la simple promulgación de nuevas leyes. Era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión cuya amplitud desbordaba toda la tradición del Estado, y este poder debía ser, sobre todo un poder gubernamental y activo, constante, general, notas todas que volcaban el peso necesariamente del lado de una Administración"³⁹.

Los revolucionarios franceses no admiten unos derechos preexistentes fundados en el esquema iusnaturalista medieval, ni que de su protección se encarguen los tribunales del antiguo régimen (la aborrecida por ellos "nobleza de toga"). Solo el legislador, en quien los súbditos abandonaron parte de su poder, ha de devolverles unos moldeados derechos en el nuevo orden y servirles de protección; siendo la ley, a estos efectos, necesariamente justa y jamás arbitraria, por encarnar en sí misma la voluntad general de la nación⁴⁰.

El incordio en todo esto es que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 pregonaba en su artículo 16: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de Poderes, carece de Constitución": si el alcance preciso de tales derechos no lo hace el mismo texto supremo, sino que lo encarga a la obra ulterior del legislador, *ergo*, tales proclamaciones de derechos habrán de considerarse solo:

"como enunciaciones de principios más que como consagraciones expresas de derechos, es decir, de poderes jurídicos individuales susceptibles de ser invocados por los interesados ante un juez y de ser objeto de un reconocimiento jurisdiccional que garantice su respeto"⁴¹.

Si la delimitación de los rasgos esenciales de los derechos se delega libérrimamente, para que los profile la ley bajo su sola apreciación, la verdad es que a la postre estos derechos carecen de "garantías" normativas y jurisdiccionales frente a dicha legislación o a los ulteriores actos administrativos de ejecución. En estas condiciones, incluso, resultaría inútil

³⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, p. 51.

⁴⁰ FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 70-78.

⁴¹ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La ley, expresión de la voluntad general*, p. 123.

establecer un recurso por causa de inconstitucionalidad contra esas leyes, porque al estar habilitadas con una extensión ilimitada, desde el punto de vista material, para perfilar el contenido de los derechos, es inconcebible pensar que, al disponerlo así, la ley podría quebrantarlos⁴².

Sin paliativos, una sociedad así “*n’a point de Constitution*”.

III

1) Claro que esta idea de la ley como acto de voluntad irrestricta (absolutismo regio o absolutismo popular) no siempre fue por todos compartida, ni antes ni después de 1789. El barón de Montesquieu ya se declaraba partidario de que los parlamentos (cortes superiores de justicia) debían confrontar las leyes nacidas de la sola “voluntad momentánea del príncipe” con las “leyes fundamentales”⁴³. León Duguit más tarde hablaría del “fetichismo de la ley”. Recordando que en Francia la ley “es la expresión de voluntad de los 350 diputados y 200 senadores que forman la mayoría habitual en la Cámara y en el Senado”, acota, enseguida, que las ideas de que “la ley no podía ser injusta”, que “la constitucionalidad misma de la ley no podía apreciarse por un tribunal cualquiera”, y que “la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador no podía ni plantearse”, siendo “perfectamente lógico en el sistema imperialista”, todo ello, “no es ya la base del derecho público” actual⁴⁴.

E igualmente contestaba esta prerrogativa para hacer y deshacer leyes la divisa lanzada desde Aragón de que *antes fueron leyes que reyes*, y para cuyo respeto y como intérprete último de los fueros, las Cortes de Ejea (1265) dieron con la existencia de un justicia mayor, con máximo rango judicial y para dirimir los casos en que el Rey era parte⁴⁵. Incluso, a partir del Bajo Medioevo ya se empieza a hablar de unas *leyes fundamentales* o *leyes perpetuas*, como expresión de la constitución histórica y consuetudinaria de los pueblos hispanos, que no eran cosa de llegar y cambiar a discreción de los reyes⁴⁶.

⁴² CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 124-138.

⁴³ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, primera parte, libro II, capítulo IV: De las leyes en relación con la naturaleza del gobierno monárquico, pp. 27-29

⁴⁴ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, pp. 144-145.

⁴⁵ Guillermo FATÁS, *Prontuario aragonés. Del reino y la corona de Aragón*, pp. 62 y 66.

⁴⁶ Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, “Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen”, pp. 59-119. Sobre la aparición del concepto de “ley fundamental” en el siglo XVII inglés, derivado de la “constitución inmemorial”, John POCOCK, *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, p. 56 y ss. Sobre los términos “leyes fundamentales” y “constitución” en Alemania, Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, pp. 108-117. También JELLINEK, *Teoría general...*, *op. cit.*, pp. 459-476.

Si hasta una época tan cercana como 1809, las cortes constituyentes que darían origen a la Constitución de Cádiz de 1812, dispusieron una comisión destinada a proponer *los medios de asegurar la observancia de las leyes fundamentales del reino*, donde aparecieron propuestas como la consagración del justicia mayor aragonés o –según sugerencia del docto cura del arzobispado de Badajoz Miguel Agustín Jarrillo– la creación de un órgano jurisdiccional especial, conservador de dichas leyes fundamentales y que habría de llamarse *tribunal constitucional*⁴⁷.

Como en la Atenas clásica, cuando la democracia directa, donde ya se habían impuesto controles sobre las decisiones mayoritarias por los *nomothetai*, grupo de personas elegidas con facultades para aprobar o rechazar leyes acordadas por la asamblea, y a través del *graphe paranomon*, petición para castigar a quien propusiera una ley ilícita en la asamblea, aun cuando esta ya hubiera sido aprobada⁴⁸.

2) Mas, la *loi* no ha cesado de ufanarse como norma incontrovertible en su contenido y finalidad, ya que su validez estaría dada exclusivamente por la cualidad soberana del sujeto legislador, ahora premunido de legitimidad democrática. Es la omnipotencia del dominio mayoritario y de un legislador que, a fin de cuentas, decide la subsistencia de la propia Constitución, lo que ha movido a acusar a la ley como una nueva amenaza para la libertad.

"A tanto ha llegado el poder así acumulado, que no es raro ver calificado al Parlamento de soberano, o lo que es lo mismo, de instancia cuyas insuperables facultades le permiten hacer todo lo que quiera, salvo –como por broma se dice en Inglaterra para caracterizar el poder omnímodo de la institución– hacer de un hombre una mujer, o viceversa"⁴⁹.

⁴⁷ Santos M. CORONAS, "*Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. Notas sobre la Constitución histórica española*", pp. 205-206. Después en su *Estudios de Historia del Derecho Público*, pp. 292-301.

El reciente *Diccionario del Español Jurídico*, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, incorpora la noción de "constitución histórica", como aquella aludida por Gaspar Melchor de Jovellanos en 1780, para referirse a aquellas "leyes fundamentales del reino [que] contienen la forma en que ha de ejercerse el poder y garantizar los derechos, de modo que se establece un equilibrio que en España ha existido durante siglos", pp. 486-487.

⁴⁸ Jon ELSTER, *Constitucionalismo y democracia*, p. 34, citando a D.M. MACDOWELL, *The Law in Classical Athenes*, p. 48 y ss. También en Óscar GODOY ARCAYA, *La democracia en Aristóteles. Los orígenes del régimen republicano*, pp. 64-66. Más ampliamente: Priscila MACHADO MARTINS, "El control constitucional de las leyes en Atenas", pp. 37-57.

⁴⁹ Gerhard LEIBHOLZ, "*El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de Partidos*", pp. 5-18.

Afirmar que votar es democrático y, por solo eso, que dicho proceso culmina necesariamente en un acto de validez jurídica, implica incurrir en una falacia, dado que de esa premisa no se sigue esta conclusión. Si se votase por la eliminación de los ancianos, acaso se podría sostener que la elección fue democrática; pero de ahí a sostener que la ley así acordada es conforme a derecho dista un mundo de diferencia⁵⁰.

Al alimón de que

“la ley ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, ‘constitucionales’, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares”⁵¹.

Cierra Gustavo Zagrebelsky:

“la ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causal de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expresa se multiplican, a su vez, en razón del número progresivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia”⁵².

La inseguridad jurídica sería, entonces, un concepto histórico que aparece junto con el mundo moderno, acentuada ante el arribo de revoluciones o totalitarismos por vía legal; en contraposición con la ausencia de temor que era innata al hombre medieval, cuya inserción en una comunidad, un gremio,

⁵⁰ Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, “Votar es normal”, p. 15. Antes, Julián MARÍAS, “Totalitarismo ‘legal’”, p. 3. Ciertamente, un estudio más profundo de la materia sugiere un encuentro con autores como Alexis de Tocqueville, Jacob Talmon, Fareed Zakaria, Benjamin Constant e Isaiah Berlin.

⁵¹ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 38.

⁵² *Op. cit.*, p. 38.

una relación de vasallaje o una corporación, le hacían parte del respectivo régimen estatutario u orden de protección, estables y casi siempre vigentes de por vida⁵³.

3) Una cuota ineludible de inseguridad responde al obvio propósito democrático de asegurar a los vencedores un poder de cambio por medio de las leyes, es cierto. El problema se presenta cuando ese poder no reconoce continencia política ni confines jurídicos, para realizar esa intencionalidad de cambios a través de leyes que engrosan los poderes estatales sin comedimientos con los derechos ni la libertad.

3.1) Bien se ve con las leyes administrativas que permiten al Estado interferir en el quehacer de la sociedad. El conflicto de clases que se agudiza a inicios del siglo XX activa una legislación que faculta a las autoridades para intervenir de manera muy diversa en las funciones de la sociedad, especialmente a través del llamado Estado social keynesiano, recuerda el jurista finés Aulis Aarnio. Sube su presencia a la "propia participación del Estado en el empresariado", aunque "el mayor papel no se limitó a la mera economía", desde que "el Estado se impuso a la sociedad en todas sus áreas de actividad", como es el caso de la educación, ya que "las formas y, básicamente, también los contenidos de la educación están determinados por el Estado"; por ese Estado *total* querido por Carl Schmitt.

"En la práctica, la nacionalización de la sociedad se ha llevado a cabo bajo la forma del crecimiento del poder administrativo, de la burocracia. Esto ha significado que el acento del poder se ha desplazado cada vez más del Parlamento a la administración",

concluye Aarnio⁵⁴.

Discurriendo sobre la economía centralizada que habían asumido los totalitarismos en Alemania y Rusia, y que otros países occidentales estaban adoptando al unísono, en 1941 George Orwell advertía que hasta hace poco no se habían previsto las implicaciones de esto:

"la libertad económica del individuo, y en gran medida su libertad para hacer lo que quiera, escoger trabajo y moverse de un lado a otro de la superficie del planeta, llegan a su fin".

⁵³ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", p. 216 y ss.

⁵⁴ Aulis AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, pp. 41-42.

Para sentenciar:

“El totalitarismo ha abolido la libertad de pensamiento hasta unos límites inauditos en cualquier época anterior. Y es importante que comprendamos que este control del pensamiento no es solo de signo negativo, sino también positivo: no solo nos prohíbe expresar –e incluso tener– ciertos pensamientos; también nos dicta lo que debemos pensar, crea una ideología para nosotros, trata de gobernar nuestra vida emocional al tiempo que establece un código de conducta. Y, en la medida de lo posible, nos aísla del mundo exterior, nos encierra en un universo artificial en el que carecemos de criterios con que comparar. El Estado totalitario trata, en todo caso, de controlar los pensamientos y las emociones de sus súbditos al menos de modo tan absoluto como controla las acciones”⁵⁵.

3.2) Sugestivamente se habla de una virtual guerra civil por el dominio legal⁵⁶, en especial cuando el Estado, aprovechándose de su señorío para crear *ex novo* mediante la ley derechos de nueva generación, como correlato, se granjea de forma tácita unos equivalentes poderes de imposición unilateral para hacer ejecutar esa misma ley frente a las demás personas. Quienes, por este arte, quedan obligadas a desplegar conductas personales para satisfacer a los flamantes titulares de dichos inéditos derechos.

Ya no son los viejos derechos anteriores al Estado con aceptación universal y posibles de hacer valer frente a los poderes públicos. Ahora, son derechos exorados por determinadas corrientes ideológicas o que son instigados por los propios órganos estatales, al son de sus particulares agendas políticas; así sea para imponer al resto de la comunidad ciertas concepciones culturales por la fuerza de la ley.

Al consagrar los “derechos reproductivos”, los “derechos de identidad de género”, etc., sin poder apelar al bien común general, la ley lleva en ciernes que el acto de abortar o la autocomprensión sexual de un individuo se convierten en algo exigible a los demás, puesto que en todas las relaciones intersubjetivas de contenido jurídico, al titular de este derecho le serán debidas ingentes conductas ajenas, consistentes en abstenciones y prestaciones (obligaciones negativas y positivas), por parte de sujetos individuales, grupos, asociaciones o la entera sociedad.

Cargando estos el sambenito de “infractores de la ley” (con las consiguientes penas y persecuciones) en caso de rehusar comportarse con prescindencia de la realidad.

⁵⁵ George ORWELL, “Literatura y totalitarismo”, pp. 63-64. Una visión de la ley (pos Escoto) como instrumento de compulsión y coerción amenazando un totalitarismo estatal en las sociedades occidentales, en Ludwig VON MISES, *Gobierno omnipotente (en nombre del Estado)*, pp. 79-82.

⁵⁶ Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica de los derechos humanos. El origen*, p. 420.

4) ¿Algo tiene que decir a esto la Constitución?

Si se ha de responder que sí, será necesario hacer, primero, una clasificación basal. En una idealización, se distinguirá las constituciones que son ley de marco referencial, de las constituciones que son suprema ley fundamental⁵⁷.

4.1) La "constitución referencial", con marcada acentuación política y procesal, regula preferentemente la forma democrática como hacer las leyes, de modo que su constitucionalidad exige superar un mero juicio de compatibilidad, en punto a que no exista contradicción entre una y otras. Es la denominada "constitución abierta" a dispares opciones o variantes legislativas, bastando que ellas se muevan dentro sus límites y no la rebasen:

"los preceptos que contiene son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución –por lo que no cabe hablar de mayor o menor conformidad– sino que es ley *no contraria*"⁵⁸.

Presta a poner distancia con una *autocracia*, sería este el caso de la Constitución española de 1978, que al asumir un modelo de democracia abierta –y no comprometida en el ámbito doctrinario– permite al legislador bascular dentro de un amplio abanico de configuraciones normativas diferentes, en todas aquellas materias indeterminadas en que para su definición el constituyente se remite prácticamente *in totum* a la ley⁵⁹. Es su

⁵⁷ Sobre la contraposición entre la Constitución como "norma abierta" o como "sistema material de valores", Manuel ARAGÓN REYES, *Constitución y control del poder*, pp. 37-50. También Luis PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, capítulo 3: Constitución y democracia, pp. 137-174.

No confundir con la *lex fundamentalis* explicada por Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 33-36 y 63-65. Evidenciaría mejor este concepto una comparación de la Constitución española, que estatuye un "Estado social y democrático de Derecho" (artículo 1.1), con la Ley Fundamental de Bonn, que asienta un "Estado de Derecho republicano, democrático y social" (artículo 28.1), advertido que aquí el orden riguroso del sustantivo y sus posteriores adjetivos no parece casual, como muchos han señalado.

⁵⁸ Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, pp. 47-48 (las cursivas son del autor).

⁵⁹ A la Carta española se la identifica con el modelo "democrático", el cual "sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador": Marina GASCÓN ABELLÁN, "Particularidades de la interpretación constitucional", p. 287. Cfr. Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, pp. 76-77.

deseo de querer romper frontalmente con el “régimen autoritario” anterior, desde la izquierda Gregorio Peces-Barba pedía una Constitución hecha

“de una manera abierta, flexible y pragmática para que cualquier fuerza política democrática que tenga mayoría en las elecciones generales y esté llamada a gobernar por su implantación pueda hacerlo, sin sentir a la Constitución como una camisa de fuerza que impida la realización de su programa”⁶⁰.

El Tribunal Constitucional español lo señala asimismo:

“la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (sentencia 11/1981),

de modo que

“la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (sentencia 174/1989)⁶¹.

Fue de este modo que durante cuatro ciclos electorales (1982-1990) el “rodillo socialista” permitió transformar la sociedad española a punta de leyes, una y otra vez declaradas constitucionales⁶².

4.2) Puesta a impedir el advenimiento de un *totalitarismo*⁶³, otra cosa es la Constitución entendida como suprema “ley fundamental”, en cuanto “establece los *principios* por los que deberá regirse la legislación de un país”, al tenor de la definición que recoge el *Diccionario de la lengua española*⁶⁴.

⁶⁰ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, pp. 25-26.

⁶¹ Cfr. Óscar ALZAGA, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, p. 106.

⁶² Entre muchas perspectivas críticas, v. Javier BARRAYCOA MARTÍNEZ, *La Constitución incumplida*, p.86.

⁶³ Sobre los distintos conceptos de ‘totalitarismo’ y sus alcances, Joaquín FERNANDOIS, *Historia, ideas y política*, pp. 15-48.

⁶⁴ En la versión de 1925 el *Diccionario* incorporó la definición de Constitución como: “Ley fundamental de la organización de un Estado” (repetida en 1992). Recién a partir del año 2001 la define como: “Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política”.

Por todos citado, v. Alejandro GUZMÁN BRITO, “El vocabulario histórico para la idea de Constitución Política”, pp. 267-313.

Ella exige de las leyes plena adhesión y consecuente aplicación, en relación de compatibilidad formal y material con unos postulados esenciales que, vertidos en normas jurídicas, propenden al respeto del régimen constitucional y los derechos fundamentales.

Se trata aquí de un texto supremo no solo operativo en el plano político-procesal, sino que, además, imperativo en el orden jurídico-sustancial. Cuyas normas necesitan una fidelidad encaminada a modelar precisamente el contenido y finalidad de las leyes. Se destaca con intención la voz 'fidelidad' (*affectio* o *amor*) que la ley suprema demanda para sí, para evocar aquella fuerza de atracción o afecto integrador que sienten las cosas –diversas y plurales– por el orden del todo⁶⁵.

En este modelo la constitucionalidad de las leyes redundante, subsecuentemente, en un juicio de conformidad: un precepto legal es "conforme" y se corresponde con la Carta Fundamental sí y solo sí la concreta, sin consagrar nada contrario-opuesto-distinto a lo instituido en ella⁶⁶. Tómese de contraejemplo la ley de "habilitación" de 1933, donde el Reichstag le confirió atribuciones plenas al canciller alemán para aprobar normas en "adición" al régimen constituido (artículo 1°), en tanto "no contradigan" las instituciones y, en todo caso, siéndoles lícito "diferir" de ellas (artículo 2°), para entender, por contraste, esta otra idea de Constitución que se busca mostrar.

Que el "Derecho administrativo es el Derecho constitucional *concretado*"⁶⁷, resume la quintaesencia de esta concepción.

5) Se ha visto que esta idea de ley fundamental viene de antiguo. Incluso, si no se distrae con las célebres apreciaciones de Ferdinand Lasalle acerca de la "realidad política" imperante en 1862 (en parte valederas en el contexto en que las formuló), es preciso recordar que al preguntarse "qué es una Constitución" criticaba la pérdida del concepto original de que "la

⁶⁵ Según Tomás de Aquino definió el 'amor?' en la *Suma Teológica*, II-II, q. 26, a. 3. Para la comprensión del orden jurídico medieval sobre la base de esta idea, Antonio Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea*, pp. 96-97.

⁶⁶ Juan Abelardo HERNÁNDEZ FRANCO: "lo contrario a algo, no es su opuesto. Lo contrario al valor P es –P (no P). Lo contrario a un cumpleaños –diría Lewis Carroll– no es un velatorio, sino un *no cumpleaños*. Lo contrario al amor, no es el odio, sino el *desamor*. Siguiendo al filósofo Juan David García Bacca, lo contrario al *ente* es lo *aus-ente*, y no la nada": en *Lógica jurídica en la argumentación*, pp. 207-208. Por tanto: lo contrario al amor es el no amor o desamor; lo opuesto es el odio; lo distinto es la antipatía o apenas la simple cordialidad.

⁶⁷ Célebre expresión acuñada en 1959, por quien fuera Presidente del Tribunal Contencioso-administrativo federal, Fritz WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", pp.27-533.

Constitución es la *ley fundamental* de un país”, y en cuya virtud “deberá informar y engendrar las demás leyes ordinarias basadas sobre ella”. De donde dejó dicho que la Constitución-ley fundamental es

“una fuerza activa que hace, por *imperio de la necesidad*, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean *lo que realmente son*, de tal modo que, a partir de ese instante, *no puedan promulgarse*, en ese país, aunque se quisiese, *otras cualquiera*”⁶⁸.

Ahora bien, aunque de antigua raigambre, la reaparición de esta idea de ley fundamental coincide más bien con el término de la II Guerra Mundial, cuando el Viejo Mundo asume que hasta los totalitarismos más extremos podían llegar al poder a través de las urnas y gobernar al amparo de leyes perfectamente mayoritarias.

“Resulta, sin duda, muy inquietante el hecho de que el gobierno totalitario, no obstante su manifiesta criminalidad, se base en el apoyo de las masas”,

escribió Hannah Arendt, poco después de concluida la II Guerra Mundial, en ese ensayo cenital de la reflexión política contemporánea que es *Los orígenes del totalitarismo*.

“Por eso apenas es sorprendente que se nieguen a reconocerlo tanto los eruditos como los políticos. Los eruditos, a juicio suyo, por creer en la magia de la propaganda y el lavado de cerebro. Los políticos, por negarse a reconocerlo simplemente”,

decía ella. Para Hanna Arendt el caso no puede ser más claro: Es “completamente obvio que el apoyo de las masas al totalitarismo no procede ni de la ignorancia ni del lavado de cerebro”⁶⁹.

En este trance, compelido a no repetir el mismo error (como esa *ley de plenos poderes* de 1933 que derogó de *facto* la Constitución de Weimar de 1919) y a plantar cara al otro totalitarismo que tenían enfrente, es que el pueblo alemán occidental –“consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres”– decide darse en 1949 una ley fundamental y ponerla bajo custodia de un tribunal constitucional. Con un cometido clave: que el Estado de derecho no degrade solo en Estado (*ab legibus solutus*) o en el

⁶⁸ Ferdinand LASSALLE, ¿Qué es una Constitución?, pp. 68-71 (los destacados son del autor).

⁶⁹ Hanna ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, pp. 43-44 y 432-433 y ss.

"Estado total" (*Der totale Staat*) de que comenzó a hablarse en Alemania a partir del mismo año 1933⁷⁰.

Que a este propósito se inspirará en la Constitución estadounidense de 1787, basada en *el ius natural* medieval⁷¹ y en la idea de ser una *paramount law* jerárquicamente superior con el consecuente control judicial de constitucionalidad de las leyes⁷², histórica barrera contra el eventual despotismo de los legisladores⁷³. Por lo que la Ley Fundamental de 1949 y las constituciones que le son tributarias, ya no habrán de ser en el futuro unos textos regulativos solo de la organización y los procedimientos de elaboración de las leyes, sino que, también, deberán albergar un inequívoco contenido sustantivo o material, tendente a frenar el mal uso de la democracia, a través de reglas tan caras al Estado de derecho como son: el respeto irrestricto a la dignidad humana, la inviolabilidad de los derechos fundamentales y la sujeción estricta al orden constitucional⁷⁴. Tales reglas esenciales –se ha comentado de la Constitución de Alemania de 1949–

"tienen como objetivo impedir una *revolución legal*, esto es, una transformación que destruya por medios legales los fundamentos del orden político y jurídico, y por eso pretenden vincular jurídicamente también a las generaciones futuras"⁷⁵.

Óigase al juez estadounidense Robert Jackson, al pronunciarse coetáneamente en 1943 sobre las cosas que no pueden ser objeto de la agenda legislativa:

"El propósito real de una Declaración de Derechos fue retirar algunos temas o asuntos de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a

⁷⁰ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes de derecho público*, p. 579 y ss. Una aproximación histórica más general en Helmut ALTRICHTER y Walther L. BERNECKER, *Historia de Europa en el siglo XX*, pp. 93-100. También Bernd RÜTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, pp. 124-140.

⁷¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 57-65 y 281-297.

⁷² RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, p. 390 y ss.

⁷³ Como ya era conocido en la cultura jurídica germánica: Georg JELLINEK, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, pp. 70-75.

⁷⁴ Para el caso de la Ley Fundamental de Alemania, véanse los artículos 1º, 19, 20, 28.1 y 73.3.

⁷⁵ Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, pp.80-81.

la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: ellos no dependen del resultado de elecciones”⁷⁶.

6) La Ley Fundamental de 1949 –fiel a su estilo de requerir una adhesión doctrinaria– consagra un peculiar control preventivo sobre los legisladores, al impedir la existencia misma de los partidos políticos que “tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia” (artículo 21.2), así como al prohibir las asociaciones “que estén dirigidas contra el orden constitucional” (artículo 9.2).

Existe un deber genérico de todos los entes estatales de garantizar el orden institucional del país (artículo 20), para el resguardo del “Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental” (artículo 28.1), amén del cual el poder político “se comporta así como Ulises lo hizo con las sirenas: atarse a sí mismo para ser capaz de superar las dificultades de la navegación”⁷⁷. Y para contundir cualquier atisbo de absolutismo legislativo y mantener la vigencia real de la ley fundamental, este ideario suma como condición indispensable el establecimiento de un específico control sobre las leyes encargado a un tribunal constitucional. Llamado a ser, por eso, más que contramayoritario, un órgano jurisdiccional venturosamente antitotalitario.

Dado que:

“en comparación con la evolución del Estado de Derecho y el desarrollo de los derechos fundamentales que se produjo en Alemania a partir de 1949, es para los alemanes y para sus juristas claramente más complejo tener una relación positiva con la democracia parlamentaria”⁷⁸,

atendidas sus experiencias con el nazismo, diríase, en síntesis, que esta denominada ley fundamental encuentra su razón de ser en la articulación de una democracia, pero considerada esta solo como forma de ejercicio del poder y vinculada al Estado de derecho y a los derechos fundamentales. Subentendido que con la adopción de una tal constitución se levanta un valladar para ocluir de entrada cualquiera de las modalidades del totalitarismo conocidas en el siglo XX (nazismo y marxismo), a cargo de un juez natural denominado Tribunal Constitucional.

Anota una magistrada respecto a la creación del Tribunal Constitucional Federal que:

⁷⁶ En *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, en 638 (“Saludo a la Bandera”).

⁷⁷ Sabino CASSESE, *Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 323.

⁷⁸ Michael STOLLEIS, *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, p. 155 y ss.

"en virtud de sus competencias para controlar y, de ser necesario, corregir la actuación del legislador y de la judicatura conforme a la Constitución, debía convertirse en el garante de que todos los poderes del Estado asumieran y tuvieran en cuenta la Constitución y no volvieran a vaciarla de contenido. Era el temor a una dictadura de la mayoría, de la que ya advirtió Konrad Adenauer, en su calidad entonces de presidente del Consejo Parlamentario, lo que debía conjurarse al asegurar el contenido de la Constitución mediante el establecimiento de una jurisdicción constitucional. Era la voluntad de atribuir una mayor relevancia sustantiva al Estado de Derecho"⁷⁹.

Como quien debe salir al paso del enemigo en la frontera, guardián en las Termópilas, la misión asignada al Tribunal Constitucional germano reitera el llamado

"a crear un nuevo orden jurídico en Alemania que logre desterrar para siempre el totalitarismo y sea capaz de edificar un orden basado en las libertades y en la certeza del Derecho"⁸⁰.

Del derecho del Estado al Estado de derecho

I

1) Vamos ahora al Chile de sus inicios republicanos:

"Dos siglos de tranquilidad colonial habían penetrado en el alma colectiva hasta constituir un modo de vida normal que nadie imaginaba traspasar. Encima y muy lejos había estado la autoridad que decidía y disponía todo, un príncipe bondadoso y justo, adorado y respetado, según el sentir de la época, que velaba por el interés de los súbditos y cuyas leyes eran observadas puntualmente, aunque se podía representar contra ellas en caso de considerarlas injustas"⁸¹.

Pero como después de la Independencia continuó haciéndose fe en la rectitud e idoneidad de autoridades y legisladores, quienes estarían, además, nutridos por la moral cristiana, las nacientes Constituciones se abandonaron a la racionalidad de los parlamentarios y no previeron mecanismo alguno para hacer frente a una eventual ley injusta o arbitraria.

⁷⁹ Christine HOHMANN-DENNHARDT, "*División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal*", pp. 5-6.

⁸⁰ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, p. 61.

⁸¹ Sergio VILLALOBOS R., *Historia de los chilenos*, p. 101.

Ungida la *majestad de la ley*,

“tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales del Poder Judicial carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes”,

dice el profesor Enrique Navarro, siendo el autocontrol político del propio Congreso Nacional la única vía para resguardar la supremacía de la Carta Fundamental:

“Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos” (artículo 164)⁸².

Se olvidaron los ingenios contra las leyes injustas de ancestro hispano (“se obedece pero no se cumple”⁸³), y sin atender tampoco a la experiencia estadounidense desarrollada a partir de los escritos de Alexander Hamilton en *El Federalista* (LXXVIII) y concretada por el juez John Marshall en la sentencia de la Suprema Corte recaída en *Marbury v. Madison* (1803), ni por asomo la doctrina chilena alentó la existencia de algún control jurisdiccional sobre las leyes⁸⁴. En las postrimerías del siglo XIX, Jorge Huneeus aseveraba tajantemente la opinión común por entonces en boga, de que los tribunales deben fallar “con arreglo a las leyes” y que “no pueden dejar

⁸² Enrique NAVARRO BELTRÁN, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, pp. 1231-1255.

La Constitución española de 1812, por contraste, le encargó a las Cortes de diputados considerar las infracciones a ella “que se le hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella” (art. 372). Además de admitir: “Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución” (art. 373): sobre cómo las Cortes hicieron de esta potestad el ejercicio de una instancia jurisdiccional, Manuel SEGURA ORTEGA, “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, pp. 39-40.

⁸³ Con especial énfasis tenida en cuenta en el reino de Aragón durante la España medieval, a modo de limitar las “pragmáticas”, pseudoleyes dictadas por el Monarca, pero sin las Cortes, y recordando el legendario pacto entre reyes y nobles: “Nos que valemos tanto como vos y juntos podemos más que vos, os hacemos nuestro rey y señor con tal que guardéis nuestros fueros y libertades, y si no, no”. José Antonio ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, pp. 511-518.

⁸⁴ En Alemania, el control de constitucionalidad de las leyes “se desarrolla también como una lucha por un control judicial, que no comienza sólo con la resolución del Tribunal Supremo del Reich de 4 de noviembre de 1925, sino que se remonta al siglo XIX, hasta el firme establecimiento de controles normativos en todos los tribunales constitucionales de los Länder y el Tribunal Constitucional Federal en la actualidad”: Klaus STERN, *Jurisdicción constitucional y legislador*, p. 39.

la Ley sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera *inconstitucional*", dado que la ley suprema:

"en ninguna parte confiere semejante atribución los Tribunales, pues ella los haría Jueces del Congreso mismo y les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las Leyes, so pretexto de reputarlas como inconstitucionales. El Poder Judicial no es Juez de la Ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala"⁸⁵.

Al tenor de la definición de 'ley' del *Código Civil*⁸⁶, Miguel Luís Amunátegui Reyes en 1891 sostenía de igual manera:

"no importa que se diga que la ley es injusta, inicua o absurda; no importa aún que se alegue que es inconstitucional; pues en todo caso tendrá que ser obedecida: *sic scripta est*"⁸⁷.

Solo José Victorino Lastarria, quien siempre rechazó la tiranía de la mayoría, puso una disidencia dentro de tanta unanimidad cuando en 1868 propuso el control judicial de las leyes, sobre manera respecto a las leyes anulativas de derechos individuales, en el marco de una Constitución que debiera "formular aquellos derechos i prohibir al poder legislativo el dictar sobre ellos ni leyes ni decisiones"⁸⁸.

2) Si existe acuerdo en que los dos temas centrales de una Constitución consisten en determinar la separación de los poderes y en establecer la garantía de los derechos, en el inolvidable apotegma de la Declaración

⁸⁵ Jorge HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, pp. 238-239.

⁸⁶ El *Código* de Andrés Bello define en su artículo 1º: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda prohíbe o permite", de su lectura no se desprende que Andrés Bello haya querido consagrar la majestad absoluta de la ley o el puro voluntarismo legislativo. Por contraste, al aludir al derecho internacional matizaba sosteniendo: "toda ley supone una autoridad de que emana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca, sólo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el orden físico y moral del universo": Alejandro GUZMÁN BRITO, *Vida y obra de Andrés Bello*, p. 111.

⁸⁷ "Definición de la Ley", p. 274, referido también por Carlos AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Teoría y fuentes del Derecho*, p. 63. Sobre la inaplicabilidad tácita de las leyes bajo la Carta de 1833, por los tribunales chilenos, Marcos SILVA BASCUÑAN, "La Constitución ante los Tribunales", pp. 15-28. Véase también la memoria de prueba de Eduardo CRUZ FERNÁNDEZ, *Control de constitucionalidad de las leyes*, pp. 3-76.

⁸⁸ Sergio VERDUGO, "Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833", pp. 927-953.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 16), se diría que la chilena de 1925 ahondó en lo primero –en una democracia presidencial– además de intentar asentar un Estado de derecho real, en lo que respecta a la garantía de los derechos frente al legislador y al administrador.

Basándose ahora sí en la organización judicial estadounidense⁸⁹, nuestra Constitución de 1925 previó la posibilidad de entablar ante la Corte Suprema un recurso de inaplicabilidad, para incidir en cualquier juicio pendiente donde se invocara una ley contraria a la Constitución (artículo 86), en una ilación que iba de la mano con la creación de un futuro contencioso administrativo (artículo 87 inciso segundo). La idea era que los imperados pudieran reclamar la validez de los actos administrativos o gubernamentales ante una judicatura contenciosa especial, y que si en esta sede la autoridad demandada invocaba a su favor una ley desproporcionada o abusiva, se pudiera reclamar su inconstitucionalidad ante la Corte Suprema⁹⁰.

Empero, ni se crearon los tribunales administrativos ni el recurso de inaplicabilidad funcionó como garantía eficaz de los derechos fundamentales. Es conocido el caso de un abogado comunista, René Frías, cuyo registro electoral fue anulado por aplicación de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia n.º 8987, de 1948, en circunstancias que la Carta del '25 establecía la suspensión y la pérdida del derecho a voto, pero por otras causales, distintas a la pertenencia a un partido político que dicha ley declaraba proscrito. La Corte Suprema rechazó el recurso de inaplicabilidad planteado por el afectado, dado que –en su parecer– no existía “contradicción” entre los preceptos legales y las disposiciones constitucionales, sino que solo regulaciones “distintas” en ese aspecto. Agregó que la Constitución, no siendo taxativa en la materia, admitía la existencia de leyes “complementarias” a su texto⁹¹.

⁸⁹ Fue en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* (1803) donde la Suprema Corte estadounidense se atribuyó por primera vez el control de constitucionalidad de las leyes y que no se volvió a aplicar hasta *Scott v. Sandford* (1857). Una actitud más proactiva tuvo la Suprema Corte cuando fue echando abajo casi todas las reformas del programa de recuperación 1933-1934 aprobada por el Congreso y con que el presidente Franklin D. Roosevelt pretendía consumir el *New Deal*.

⁹⁰ La introducción del recurso de inaplicabilidad en Chile respondió al temor de que las leyes pudieran afectar los derechos de las personas y, en especial, limitar abusivamente el ejercicio del derecho de propiedad, a pretexto de exigirlo “el mantenimiento y el progreso del orden social”, según la ascendente izquierda había logrado incorporar en la Constitución de 1925 (como artículo 10 n.º 10). En *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 9 Santiago, 2016, p. 20 y n. 16 del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Cfr. Enrique MARSHALL SILVA, *El recurso de inaplicabilidad*, pp. 85-95.

⁹¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 46, 2ª parte sección primera, Santiago, 1949, pp. 618-640; Julio FAÚNDEZ, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, pp. 157-158.

3) La legalidad administrativa pudo así discurrir libre, democráticamente, en paralelo a la Constitución, como si esta no existiese⁹². Y se pudo instrumentalizar la ley como "palanca de cambios" revolucionarios. Como fue la ley n.º 16640 del año 1967, que implantó en Chile la reforma agraria, aunque nadie podría objetar su carácter democrático. "Con todo, es posible sostener que la reforma agraria y sus consecuencias fueron fatales para la institucionalidad política": las intenciones radicales que alentaron la ejecución de la ley, "el afán de destruir el ascendiente político de la derecha y hacerse del voto campesino" a través de órganos administrativos sin ningún contrapeso judicial, "puso fin a la hacienda sin tenerse en cuenta que, de hecho se estaba erradicando nada menos que una de las pocas estructuras sociales" estables que conocía el país desde hacía trescientos años⁹³.

La historia dice que el Presidente de la República, quien alentaba esta expropiación masiva para implementar en el agro tradicional profundos cambios culturales y políticos, en contra de los propietarios latifundistas, tenía mayoría en el Congreso dominado por su Partido Demócrata Cristiano, por lo que la discusión parlamentaria de esta ley administrativa fue "un mero trámite y poco se consideraron los argumentos, pues las decisiones ya estaban tomadas" salvo para fijar posiciones, en lo que el senador Patricio Aylwin calificó como simples "monólogos para la historia"⁹⁴.

4) Avanzaban a paso firme, entretanto, los "progresistas" de Europa y Estados Unidos. Críticos acérrimos al "activismo" de la Suprema Corte estadounidense (la llamada Corte Lochner, que hasta 1937 –cuando cambió su composición– pudo empeñarse en defender el derecho de propiedad y la libertad económica frente a leyes con que Franklin Delano Roosevelt pretendía implantar el *New Deal* de la primera ola), pergeñaban en su

Acerca del alegato del senador comunista Elías Lafferte, en el Congreso, de ser dicha ley anticonstitucional: Elizabeth LIRA y Brian LOVEMAN, *Poder Judicial y conflictos políticos. Chile: 1925-1958*, p. 495.

⁹² Otra: en afán de fomentar la descentralización territorial, en el ámbito comunal, la Carta de 1925 encomendó a las municipalidades un conjunto de importantes atribuciones para el desarrollo local, que "les corresponden especialmente" (artículo 105). Las leyes posteriores, sin embargo, sin quitarles estas competencias, o sea, sin contradecir la Constitución, las radicarón paralelamente en órganos de la administración fiscal o centralizada y solo a estos asignaron los medios para poder ejercerlas en la práctica.

⁹³ Alfredo JOCELYN-HOLT, *Reforma agraria*, p. 6. Un paralelo, en el despojo de los inmuebles de la nobleza para privarlos del ejercicio del poder político sobre los villanos (el *mero mixto imperio*) durante la llamada "Revolución trastámara", puede leerse en Alfonso FRANCO SILVA, "Jurisdicción y conflicto. Las confiscaciones de señoríos en la época de los Trastámaras (1369-1480)", pp. 13-49.

⁹⁴ Alejandro SAN FRANCISCO, *Historia de Chile 1960-2010*, pp. 220-221.

lugar la idea de una mayor “potenciación de la aplicación administrativa del Derecho”, por su supuesto mayor compromiso con el progreso económico y social que demandaban los nuevos tiempos.

Mientras en Inglaterra, al galope de las críticas del profesor sir William Ivor Jennings contra el *rule of law*, se llamaba a evitar el “sabotaje judicial de la legislación socialista”⁹⁵, en España se creaba un tribunal de garantías constitucionales, previsto en la Constitución de 1931 y a un tris de la guerra civil, con la misión de no repetir las “tendencias reaccionarias” de la justicia estadounidense, catalogada como “mecanismo retardatario frente a los avances de la legislación social”⁹⁶.

Para enterarse del contenido de este progresismo, con su exclusiva visión procedimental de la Constitución y su malquerencia con el control de constitucionalidad de las leyes (a guisa de que “meteríamos inevitablemente a los jueces en las querellas y en las pasiones de la lucha electoral”), nada se puede decir que sustituya a una lectura directa de *El gobierno de los jueces*⁹⁷.

5) Las funciones interventoras de la Administración se aumentaron con rotundidad hasta adquirir presencia en vastos sectores de la vida y de la actividad particular. Enlazada la autoridad administrativa con el legislador, ecualizados ambos, pocos avizoraron en esta conjugación una amenaza contra la autonomía de los privados; a la vez que sucesivas reformas constitucionales se ocupaban más de profundizar la democracia que de resguardar los derechos fundamentales (excepción hecha a la ya tardía e incompleta “Estatuto de Garantías Constitucionales” agregado por la LRC n.º 17398 de 1971⁹⁸).

⁹⁵ Jeffrey JOWELL, “La acotación al Estado. La política, el principio constitucional y la revisión jurisdiccional”, pp. 1231-1255.

⁹⁶ Martín BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, pp. 56 y 65.

⁹⁷ Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*. Posteriormente, sobre las “estructuras de dominación [con] que la constitución política intenta someter a la voluntad democrática del pueblo” y la necesidad de “radicalización de la democracia mediante la imposición de nuevas cartas de derechos fruto de las necesidades políticas y socioeconómicas de la inmensa mayoría”: Bruce ACKERMAN, *Who the people. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, p. 357.

⁹⁸ Aun no se asimila que la debacle en 1973, menos que por problemas políticos de aquella crepitante democracia, se debió al deterioro sostenido de los derechos fundamentales y a la frustrada instalación de un Estado de derecho efectivo. Si la guerra civil de 1891 fue causada por no estar bien “determinada la separación de los Poderes”, el conflicto sin efugio de 1973 obedece a que en Chile no estaba auténticamente “establecida la garantía de los Derechos”, parafraseando la citada Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 16).

Acorde con la idiosincrasia nacional, de confiarse en las personas que ejercen el poder antes que en resguardos institucionales, en Chile siguió reinando la discrecionalidad administrativa, bajo el alero de unas leyes que concedían a las autoridades anchos poderes de intervención; ora para interpretar o completar a su arbitrio esas mismas leyes, ora para aplicarlas sancionando con soltura su infracción. Fiados todos en que el superintendente o fiscalizador de turno hicieran un uso moderado de sus prerrogativas, *mutatis mutandis*, como si Chile hubiese optado por el gobierno de los mejores hombres en vez del gobierno de las mejores leyes, contra Aristóteles:

"Así pues conviene que las leyes bien establecidas definan todo cuanto sea posible por sí mismas, y dejen a los jueces lo menos posible, primero porque es más fácil encontrar uno o unos pocos que a muchos de buen discernimiento y competentes para legiferar y juzgar; luego, porque la legislación es el resultado de un largo proceso de reflexión, mientras que las sentencias son momentáneas, de suerte que es difícil que los encargados de juzgar decidan adecuadamente lo justo y conveniente"⁹⁹.

6) ¿Por qué la ineficacia del recurso de inaplicabilidad?¹⁰⁰. Dos causas congénitas contribuyeron a dejarlo expósito. Un defecto genético radicó en la condición de tribunal de casación que posee la Corte Suprema, ya que al estar encargada de velar por la observancia estricta de las leyes, no podía transmutarse en aquel juez natural que se requiere para desconocer o anular esas mismas leyes. Todavía más importante: el haber sido la de 1925 una Constitución con calado político, pero carente de un mayor contenido axiológico y jurídico, sobre la base del cual pudiera declarar la invalidez de una norma legal, aún si aprobada democráticamente.

Al carecer de parámetros utilizables, con mucha dificultad podía exigirse a dicho tribunal la declaración de inconstitucionalidad de las leyes aprobadas mayoritariamente en el Congreso, sin riesgo de ser censurado de activista o de incurrir en un creacionismo jurídico muy cerca de la frontera de aquello que se acostumbra denominar "mérito político"¹⁰¹.

⁹⁹ ARISTÓTELES, *Retórica*, p. 47. Sobre el gobierno de las leyes y no de los hombres, v. su *Política*, III, p. 100 y ss. PLATÓN encaró también el tema en uno de sus diálogos, *El Político o de la soberanía*, p. 61 y ss.

¹⁰⁰ LIRA y LOVEMAN, *op. cit.*, pp. 149-160.

¹⁰¹ Seguida del baldón que desde su origen algunos lanzaron contra la Suprema Corte estadounidense, de que al ejercer la revisión jurisdiccional de las leyes, convertiríase en una "tercera cámara" legislativa: Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 32.

II

Una nueva Constitución dictada en 1980 y sometida a sucesivas reformas en los años posteriores, dispuso un marco institucional objetivamente más receptivo para equilibrar los desafíos de la convivencia en democracia bajo los supuestos de un Estado de derecho. Y es así, porque la experiencia histórica de todas las sociedades prueba que entre las dinámicas de la ley de las mayorías y el respeto a las garantías de los derechos suele haber un foco de conflictos que es preferible que el orden institucional anticipe y afronte. La peor solución es eludir el problema, ignorarlo y pensar que, porque la ley no lo contempla, nunca se presentará. Al revés: es un tema del cual el ordenamiento jurídico y el sistema político tienen que hacerse cargo. Porque si no lo hacen, corren el riesgo de terminar degradando los mecanismos de la propia democracia.

1) En este sentido el capítulo I: “Bases de la Institucionalidad”, adelanta que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas *conforme a ella*” (artículo 6° inciso primero), a un paso de profesar:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1° inciso cuarto)¹⁰².

El irrestricto respeto a la dignidad de las personas, ordenado asimismo por la Carta Fundamental (artículo 1°, inciso primero), impide hacer de ellas un mero objeto del dominio estatal o convertirlas en un simple medio para satisfacer objetivos colectivos de interés general.

Vale decir, solo puede estimarse constitucional aquella ley administrativa que profile o afine dicha impronta pro persona y servicial. Las leyes que confieren poderes a la autoridad no se sostienen jurídicamente por la única razón de acatar las reglas constitucionales sobre *quién* y *cómo* se debe legislar –condiciones necesarias, pero no suficientes para asegurar su validez– ya que, además, deben justificar *para qué* y *por qué* se adopta

¹⁰² Un objetivo –el bien común– que es exigible jurídicamente para el legislador y, por ende, susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional, en especial, conforme al test de razonabilidad: Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, p. 172.

el pertinente acto legal, en sintonía con *qué* manda, prohíbe o permite, dentro de este nuevo marco jurídico¹⁰³.

2) En este contexto, el artículo 7° de esta Carta Fundamental, al disponer que los órganos del Estado deben someter sus actos a la ley que les otorga expresamente la respectiva potestad, no puede entenderse igual a como se leía antes el artículo 160 de la Constitución de 1833 o el artículo 4° de la de 1925, ya que ahora esa ley competencial es válida *sub conditione* de ser "conforme a ella" (artículo 6° inciso primero): si –en binomio inseparable– propende al bien común general y, al mismo tiempo, procede con pleno respeto a los derechos y garantías que establece la Constitución (artículo 1° inciso cuarto).

No es buen derecho constitucional, por tanto, entender la "comunidad" como un dipolo, un conjunto de dos entes contrarios, el bien común general versus los derechos personales.

3) De esos mandatos constitucionales, y del encabezado del artículo 19 de la Carta Fundamental, que llama a brindar a todas las personas seguridad en el ejercicio de sus derechos, se desprende que no solo el legislador no puede ser inconstitucional, sino que, también, está obligado a cerrar el paso al eventual comportamiento inconstitucional de las autoridades administrativas, siempre que, a excusa del bien común general, se ponga en riesgo una libertad o algún derecho fundamental¹⁰⁴.

Lo que conduce a descartar sin reservas aquellas tesis que no advierten inconstitucionalidad en las leyes que se prestan para hacer un uso abusivo de ellas, por dejar a las autoridades ejecutoras excesivos e innecesarios espacios de discrecionalidad o indeterminación, a pretexto de que la aplicación torticera de las normas revierte en una simple cuestión contencioso-administrativa¹⁰⁵.

4) Pueden hacerse, por último, minuciosas tipologías de inconstitucionalidad¹⁰⁶. Pero la primera y total es cuando la ley que apodera a la autoridad

¹⁰³ Luis PRIETO SANCHIS, "Presupuestos neo constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica", pp. 20-21.

¹⁰⁴ Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, pp. 89-103. Recalca Tomás-Ramón Fernández que "cuando la libertad está en juego el Legislador no puede dejarla a expensas del poder discrecional de la Administración. Debe fijar por ello los criterios precisos a los que la Administración habrá de atenerse para cerrar el paso a todo comportamiento arbitrario" p. 102. En Chile, v. STC, rol n.º 790-07 (considerando 48°).

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ, *Arbitrario...*, *op. cit.*, pp. 99-103.

¹⁰⁶ Entre varias, Riccardo GUASTINI, *Lecciones de derecho constitucional*, pp. 133-143 y Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 507-509.

administrativa con una “legalidad hecha a la medida” incumple por eso el mandato del artículo 1º, inciso cuarto, constitucional: si no se la predispone al servicio de la persona humana y su dignidad propendiendo al bien común general con total respeto a los derechos y garantías que la Carta asegura.

Esto es:

- Que el acto legislativo debe estar “al servicio de la persona humana”, con intrínseca dignidad, implica que a esa persona –no cosa ni esclavo– el legislador (directa o por interpósita autoridad) no puede hacerla objeto de dominio estatal; que no le es dable “disponer de ella arbitrariamente” igual que el dueño puede actuar sobre sus bienes (artículo 582 del *Código Civil*). Por eso es que nunca podrá tener cabida acá la utilización de la ley para implantar ideologías totalitarias, ni el despliegue o concesión de un mero poder personal, ni el siempre pertinaz *hoc volo, sic iubeo; sit pro ratione voluntas* (“así lo quiero, así lo ordeno; sirva mi voluntad por razón”)¹⁰⁷.
- Que el acto legislativo debe orientarse y orientar a “promover el bien común” general, publicitando las necesidades colectivas al hilo del principio de subsidiariedad, no difiere en substancia de la sencilla indicación dada por san Isidoro de Sevilla el año 620, de que

“la ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error–, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”¹⁰⁸.

Requisitos todos que, aunque pueden reducirse a la exigencia del bien común¹⁰⁹, todavía en 2010 el que fuera lord Chief Justice de Inglaterra y Gales, Tom Bingham, en coincidencia consideraba como ingredientes principales del *rule of law*¹¹⁰.

- Que el acto legislativo debe procurar ese bien común, pero “con pleno respeto a los derechos y garantías que ella establece”, significa

¹⁰⁷ En el verso de JUVENAL (60-128), *Sátiras* 6, 223.

¹⁰⁸ SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías*, p. 507. Sobre la importancia del autor, por ser con quien comienzan las ideas jurídicas y políticas en España, v. del primer presidente del actual TC español (entre 1980-1986) Manuel GARCÍA PELAYO, “Los conceptos jurídicos fundamentales en San Isidoro de Sevilla”, pp. 2101-2114.

Sobre la “necesidad” y “utilidad” de la ley, consúltese el *Liber Iudiciorum*, p. 47.

¹⁰⁹ Michel BASTIT, *El nacimiento de la Ley Moderna*, pp. 140-141.

¹¹⁰ Tom BINGHAM, *El estado de derecho*, pp. 79-107.

que en el régimen positivo chileno, no cabe imaginar un conflicto entre uno (el bien común) y otros (los derechos constitucionales), que abra espacio para *sopesar* cuál habría de primar o preterir en el evento de alguna sedicente *colisión* entre ellos: constituye una contradicción en los términos hablar de bien común a costa de males individuales¹¹¹.

5) En realidad, para evitar que todo esto desemboque en una completa inanidad, asumido el riesgo endémico de las leyes anticonstitucionales o aconstitucionales adrede, la Ley Suprema debió montar en el más alto nivel institucional un órgano permanente de control jurídico. Y justamente porque la inconstitucionalidad *lato sensu* pertenece al linaje de los problemas jurídicos, no políticos, se instituyó un tribunal constitucional para que, fallando "de acuerdo a derecho" (artículo 92 inc. 5°), pudiera hacer valer la preeminencia de esa Carta Fundamental frente a la mera legalidad. En especial, ante los arrestos de quienes todavía consideran a la Constitución, todo lo más, un modelo alternativo, que no impide a las leyes inaugurar otros regímenes equidistantes con ella.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Lima, Palestra, 2016.
- ACKERMAN, Bruce, *Who the people. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, traducción de Josep Sarret Grau, Ecuador, Instituto de Altos Estudios Nacionales-Universidad de Postgrado del Estado 2015.
- "Acusación constitucional", editorial, en *El Mercurio*, Santiago, martes 11 de septiembre de 2018, cuerpo A p. 3.
- ALTRICHTER, Helmut y Walter BERNECKER, *Historia de Europa en el siglo XX*, Madrid, Universidad de Alcalá-Marcial Pons 2014.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica de los derechos humanos. El origen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

¹¹¹ Una crítica a la teoría de la "ponderación" entre "principios" y "derechos" constitucionales (para dar preeminencia a uno y excluir al otro en un caso concreto), por su vaguedad y maleabilidad: Santiago SÁNCHEZ GONZÁLES, "*De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*", pp. 351-382. Una historia por hacer es la relación Escuela de Frankfurt-Habermas-Alexy.

Sobre el "principio de concordancia práctica" que impide sacrificar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, pp. 67-68.

- ALZAGA, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, *Teoría y fuentes del derecho*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2016.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ARENDRT, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Prólogo a la tercera parte: Totalitarismo, octava reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- ARISTÓTELES *Retórica*, traducción de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza Editorial 2012.
- ARISTÓTELES, *Política*, traducción de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, “Votar es normal”, en *El País*, Madrid, 21 de septiembre de 2017.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- BARRAYCOA MARTINEZ, Javier, *La Constitución incumplida*, Madrid, SND Editores, 2018.
- BASSOLS COMA, Martín, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- BASTIT, Michel, *El nacimiento de la Ley Moderna*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, 2005.
- BINGHAM, Tom, *El estado de derecho*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.
- BLAZQUEZ, Nieto, *Filosofía de san Agustín*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2012.
- BÖCKENFÖRDE Wolfgang, Ernst, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- CARLYLE, Alexander James, “La justicia en el Medioevo”, conferencia pronunciada en Roma en 1937 en el III Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho.
- CARPINTERO BENITEZ, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2008.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia breve del derecho natural* Madrid, Editorial Colex, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La ley, expresión de la voluntad general*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CASANOVA, Carlos A., *Racionalidad y Justicia*, Santiago, Globo Editores, 2004.
- CASSESE, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2010.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., “Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen”, en José Manuel PÉREZ, Prendes MUÑOZ-ARRACO y otros, *Derechos y libertades en la Historia*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2003.

- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., "Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. Notas sobre la Constitución histórica española", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 65, Madrid, 1995. Después en su *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CRUZ FERNÁNDEZ, Eduardo, *Control de constitucionalidad de las leyes*, Santiago, memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Imprenta Cultura, 1936.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- DIOS, Salustiano de, *El poder del Monarca en la obra de los juristas castellanos. 1480-1680*, España, Biblioteca Argenta-Ediciones de Castilla La Mancha, 2014.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1915.
- DUMONT, Jean, *El amanecer de los derechos del hombre. La Controversia de Valladolid*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1995.
- ELSTER, Jon, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- ESCUADERO, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Madrid, Universidad Nacional Educación a Distancia, 2012.
- EVANS HUGHES, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1928.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia del derecho* Santiago, Editorial Universitaria 1967.
- FATÁS, Guillermo, *Prontuario aragonés. Del reino y la corona de Aragón*, Zaragoza, Parlamento, Cortes de Aragón, 2014.
- FAÜNDEZ, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- FERMANDOIS, Joaquín, *Historia, ideas y política* Santiago, Instituto República, 2016.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio, *Derecho público romano*, Madrid, Thomson Civitas, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 6ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

- FORMET, Eudaldo, *Historia de la filosofía II. Filosofía medieval*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.
- FRANCO SILVA, Alfonso, “Jurisdicción y conflicto. Las confiscaciones de señoríos en la época de los Trastámaras (1369-1480)”, en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE, Ricardo ROBLEDO HERNÁNDEZ y Eugenia TORIJANO PÉREZ (coords.), *Historia de la propiedad: la expropiación*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- GALLEGO GARCÍA, Elio A., *Common Law. El pensamiento político y jurídico de sir Edward Coke*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Madrid Thompson Reuters-Civitas 1972.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2006.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho español*, 7ª ed., Madrid, 1977, vol. I
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1950.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Los conceptos jurídicos fundamentales en San Isidoro de Sevilla”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”, en *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GIBBON, Edward, *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, 6ª. ed., España, Alba Editorial, edición abreviada, 2008.
- GODOY ARCAÑA, Óscar, *La democracia en Aristóteles. Los orígenes del régimen republicano*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012.
- GRIMM, Dieter *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico Medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GROSSI, Paolo, *La primera lección de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid. Editorial Trotta, 2003.
- GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, *Lecciones de derecho constitucional*, Lima, Ediciones Legales, 2016.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación y la codificación del Derecho en Occidente*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2017.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Vida y obra de Andrés Bello*, Santiago, Globo Editores, 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El vocabulario histórico para la idea de Constitución Política”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXIV, Valparaíso, 2002.

- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *Lógica jurídica en la argumentación*, México, Oxford University Press, 2016.
- HESPAHNA, Antonio Manuel, *Cultura jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 2000.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- HOHMANN-DENNHARDT, Christine, "División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal", en AA.VV., *Las Constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- HUNEUS Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Ediciones del Archivo Central Andrés Bello, 2016, 2 vols.
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada cual. Vigencia del derecho natural*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Instituciones de Justiniano*, libro primero, título 1, 2ª. ed., edición bilingüe, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2005.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1900.
- JELLINEK, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Granada, Editorial Comares, 2009.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución* versión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2018.
- JENOFONTE, PSEUDO, *Constitución de Atenas*, versión bilingüe, Madrid, Ediciones Cátedra, 2009.
- JOCELYN-HOLT, Alfredo, "Reforma agraria", disponible en www.latercera.com/voces/reforma-agraria-2/
- JOUVENEL, Bertrand de, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento* Madrid, Unión Editorial, 1945.
- JOWELL Jeffrey, "La acotación al Estado. La política, el principio constitucional y la revisión jurisdiccional", en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 8, Ciudad de México, 2003.
- JUVENAL, *Sátiras*, traducción de Bartolomé Segura Ramos, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996.
- KERN, Fritz, *Derecho y Constitución en la Edad Media*, traducción, notas y estudio introductorio de Faustino Martínez Martínez, Valencia, Kyrios, 2013.
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces*, estudio preliminar de Luis Pomed, Madrid, Tecnos Editorial, 2010.
- LASSALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, conferencia pronunciada en Berlín, en abril de 1862. Versión 2012 de Editorial Ariel, Barcelona.
- LEIBHOLZ, Gerhard, "El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de Partidos", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 137, Madrid,

1964. Posteriormente incluido en *Problemas fundamentales de la Democracia Moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- LIBER IUDICIORUM, libro primero, título II, 4, p. 47. Traducción y notas Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- LIRA, Elizabeth y Brian LOVEMAN, *Poder Judicial y conflictos políticos. Chile: 1925-1958* Santiago, LOM Ediciones, 2014.
- LOPEZ ATANES, Francisco Javier, Íñigo DE BUSTOS Y PARDO, Manuel DE VILLENA,, Suárez: *Una aproximación al Tratado de las Leyes y la Defensa de la Fe*, Madrid, Unión Editorial-Fundación C. de Nuestra Señora del Carmen y Fundación Portillo, 2010.
- MACHADO MARTINS, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* tomo xxxix, Valparaíso, 2017.
- MADRID RAMÍREZ, Raúl, “El giro suareciano y el problema del fundamento de la ley”, en AA.VV., *Derecho, un arte de los justos*, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Universidad Santo Tomás, 1998.
- MAGASICH, Jorge, “Los ‘resquicios legales’. La utilización de la ley por el Gobierno de Salvador Allende”, disponible en www.lemondediplomatique.cl/La-utilizacion-de-la-ley-por-el.html
- MARIAS AGUILERA, Julián, “Totalitarismo ‘legal’”, en *ABC*, Madrid, 19 de junio de 1987.
- MARSHALL SILVA, Enrique, *El recurso de inaplicabilidad*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Universidad de Chile, Dirección General de Prisiones, 1947.
- MAZOWER, Mark, *La Europa negra*, Valencia, Barlin Libros, 2017.
- MACDOWELL, Douglas M., *The law in classical Athenes*, New York, Cornell University Press, 1986.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 6ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Barcelona, Crítica, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, Discurso pronunciado con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Córdoba el 6 de octubre de 2015.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Diccionario del español jurídico*, ciudad, Real Academia Española-Consejo General del Poder Judicial, 2016.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 22, Santiago, 2010.
- NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “La crisis del sistema legal chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 62, Santiago, 1965.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Los resquicios legales*, Santiago, Ediciones Bat, 1992.

- ORWELL, George, "Literatura y totalitarismo" en George ORWELL, *El poder y la palabra*, Santiago, Debate, 2017.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, Madrid, 1990.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Contribución a la historia de la cultura jurídica*, España, Aranzadi, 2017.
- PLATÓN, *El Político o de la soberanía*, traducción de Antonio González Laso, María Rico Gómez y Antonio Ruíz de Elvira, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- POCOCK, John, *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, Madrid, Editorial Tecnos, 2011.
- PRIETO SANCHIS, Luís, *Apuntes de teoría del Derecho*, 10ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2016.
- PRIETO SANCHIS, Luís, "Presupuestos neo constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica", en Marina Felicia Gascón Abellán (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- PRIETO SANCHIS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- Reichsgesetzblatt*, n.º 25, Berlín, 24 de marzo de 1933.
- RÜTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, en *Obras completas de San Agustín*, 6ª ed. Madrid, BAC, 2007, vol. xvii.
- SAN FRANCISCO, Alejandro (dir.), *Historia de Chile 1960-2010*, Santiago, Centro de Estudios de la Universidad San Sebastián, 2018, tomo 3: Las revoluciones en marcha. El gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-1970).
- SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, edición, bilingüe, Madrid, BAC, 2009.
- SÁNCHEZ GONZALES, Santiago, "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", en *Teoría y realidad constitucional*, vols. 12-13, Madrid, 2003.
- Santo Tomás AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 2013, tomo iv.
- Santo Tomás AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 2013, tomo vi.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, "Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812", en Francisco PUY MUÑOZ (coord.), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago, Universidad Santiago de Compostela, 2002.
- SEJERDSTED Francis, "La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen gobierno", en Jon

- ELSTER - Rune SLAGSTAD, *Constitucionalismo y democracia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica 1988.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 1ª ed., sexta reimpression, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- SILVA, Alfonso Franco, “Jurisdicción y conflicto. Las confiscaciones de señoríos en la época de los Trastámaras (1369-1480)”, en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE, Ricardo ROBLEDÓ, Eugenio TARIJANO (coords.), *Historia de la propiedad. la expropiación*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- SILVA BASCUÑÁN, Marcos, “La Constitución ante los tribunales”, en *Revista Chilena*, año X, n.º LXXV, Santiago, 1926.
- SOSA WAGNER, Francisco, *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes de derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo II.
- STEIN, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1996.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009.
- STOLLEIS, Michael, *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- TAJADURA, Javier, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, en Javier TAJADURA-Josu DE MIGUEL (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, primera reimpression, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- VERMEULE, Adrian, *La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al Estado administrativo*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- VERDUGO, Sergio, “Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 3, Santiago, 2016.
- VILLALOBOS Rivera, Sergio, *Historia de los chilenos*, Santiago, Taurus, 2012, 4 vols.
- VILLALONGA Cristián, *Revolución y ley. La teoría crítica del derecho en Eduardo Novoa Monreal*, Santiago, Globo Editores, 2008.
- VINCENT, André, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1978.
- VIOLA, Francesco, *Rule of law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*, Lima, Palestra, 2017.
- VITORIA, Francisco de, *Sobre el poder civil, elección dada el año 1528*, estudio preliminar, traducción y notas de Jesús Cordero Pando, Salamanca, Editorial San Esteban, 2009.

- VITORIA, Francisco de, *La Ley, lecturas del curso escolar 1533-1534 en la Universidad de Salamanca*, Madrid, Editorial Tecnos, 2001.
- VON GIERKE, Otto, *Teorías políticas de la Edad Media*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- VON MISES, Ludwig, *Gobierno omnipotente (en nombre del Estado)*, Madrid, Unión Editorial, 2002.
- WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial IB de f, 2011.
- WERNER, Fritz, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", in *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1959.
- WIDOW, Juan Antonio, *La libertad y sus servidumbres*, Santiago, RIL Editores, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acantilado, 2002.