

PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO. 1980 Y DESPUÉS

PRINCIPLES OF PUBLIC LAW IN CHILEAN CONSTITUTIONALISM. 1980 AND AFTER

*Iván Aróstica Maldonado**

“La modernidad es lo transitorio, lo fugitivo,
lo contingente, la mitad del arte,
cuya otra mitad es lo eterno y lo inmutable”

Charles Pierre Baudelaire, *El pintor de la vida moderna*.

Resumen

Es esta la introducción a una obra mayor, sobre el origen, contenido y aplicación de algunos de los más caros principios generales del derecho público que reconoce el orden jurídico occidental. Para el caso de Chile, se resalta la constitucionalización en 1980 (entre otros) de los principios de juridicidad y de servicialidad del Estado, en normas supremas y basilares que “obligan” directa e inmediatamente.

De cara a una legislación dispersa y desordenada como es la administrativa, la aplicación conforme con la Constitución de dichos principios deviene reforzada, ya en su clásico papel aglutinante o cohesivo, tocante a la interpretación e integración de las leyes, ya en rol inspirador, atinente tanto a la dictación de nuevas leyes basadas en ellos como a la abrogación de aquellas normas que les sean contrarias, opuestas o distintas.

Palabras clave: principios generales del derecho, principios sustanciales y principios formales, constitucionalización, constituciones doctrinarias o militantes y constituciones utilitarias o instrumentales, experiencia chilena.

* Expresidente del Tribunal Constitucional chileno. Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de Bolonia. Profesor de Derecho Administrativo. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

Artículo enviado el 12 de marzo de 2024 y aceptado para su publicación el 12 de abril de 2024.

Abstract

This is the Introduction to a larger work, on the origin, content and application of some of the most expensive general principles of public law recognized by the Western legal order. In the case of Chile, the constitutionalization in 1980 (among others) of the principles of legality and service of the State stands out, in supreme and basilar norms that “oblige” directly and immediately.

In the face of dispersed and disordered legislation such as administrative legislation, the application of these principles in accordance with the Constitution becomes reinforced, either in its classic agglutinating or cohesive role, regarding the interpretation and integration of laws, or in its inspiring, relevant role. both to the issuance of new laws based on them and to the repeal of those norms that are contrary, opposite, or different.

Keywords: general principles of law, substantial principles and formal principles; constitutionalization; doctrinal or militant constitutions and utilitarian or instrumental constitutions; Chilean experience.

Introducción

El *Diccionario del español jurídico* registra dos conceptos diametralmente distintos respecto a los “principios generales del derecho”¹, diferenciándolos en razón de su origen o proveniencia. En primer término, señala que son los “1. Principios de derecho natural consistentes en un conjunto de verdades jurídicas establecidas universalmente por la recta razón (doctrina iusnaturalista)”. En segundo lugar, los define como aquellos:

“2. Valores deducidos de los propios procesos aplicativos de las normas positivas, que contribuyen a orientar su aplicación ajustada a los ideales

¹ Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario del español*, p. 1276.

Otro diccionario dice: “Son aquellos principios que expresan los valores materiales en los que se basa un ordenamiento jurídico, y mediante los cuales se constituyen las convicciones ético-jurídicas fundamentales que informan la organización jurídica de una comunidad. Es común que se diga que es la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica. En un Estado de derecho, además de ser la fuente orientadora e informadora del ordenamiento jurídico, cumple una función integradora del derecho, aplicándose después de la ley y la costumbre. Hay tres clases de principios generales del derecho, a saber: los principios naturales, propios del derecho natural; los principios tradicionales que reflejan las particularidades de un pueblo; y los principios políticos reflejados en la Constitución política de una comunidad, y que se supone subordinados de los dos anteriores”: Rogelio MORENO RODRÍGUEZ, *Diccionario jurídico-economía sociología política ecología*, p. 571.

de justicia, a las convicciones sobre lo justo, que mantiene la comunidad en cada momento, y que expresan los jueces y demás operadores jurídicos principales”².

Ambas definiciones destacan por su radical disparidad, comoquiera que, de alguna manera importante para el derecho público occidental, representan un regusto, una cierta reviviscencia tardía de aquel viejo dilema entre la sujeción a la *lex digna* (*princeps legibus alligatus*) o, bien, a la *lex regia* (*princeps legibus solutus*). Esto es, si el soberano se encuentra atado a algo que es esencial y debe acatar una suerte de principios rectores o preceptos más altos que lo trascienden o –por el contrario– si puede hacer y deshacer leyes a voluntad e imponer nuevos principios una y otra vez, aduciendo atender *per rerum mutationes et temporum*. Cuestión que viene acuciando al mundo jurídico por lo menos desde que el derecho romano de Justiniano se redescubriera en Bolonia allá hacia fines del siglo XI³.

Y que –por eso– adquieren una relevancia digna de considerar, cuando de llevar los principios generales a un texto supremo se trata, por concerner a las relaciones de las personas con el poder estatal⁴. De estos se va a hablar, y no de las normas constitucionales o legales que particularizan algunos de dichos principios abocándolos a un tema concreto, que no serán objeto de estudio en esta oportunidad. Sin por ello desatender su máxima importancia práctica, dado que siendo “leyes generales” por albergar justamente “principios generales”, configuran el referente con arreglo al cual habrá de juzgarse si el derecho de igualdad ante la ley e interdicción de la arbitrariedad resulta o no menoscabado por ulteriores leyes especiales y

² Independientemente de su acierto, estas definiciones ahorran recalar en la extensa (y muchas veces inconducente) discusión acerca de qué se entiende por tales principios y de dónde ellos se extraen.

Seguro, en la materia siempre será un referente obligado Giorgio DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho*. Lo mismo que Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Atinente al origen de la denominación “principios generales del derecho” y cuáles son sus funciones, un encuentro con la obra de Alejandro Guzmán Brito resulta obligada: *El origen y expansión de la idea de “Principios del Derecho”*.

³ Para una aproximación al tema, desde la óptica en que lo vamos a abordar, está la enjundiosa obra de Ernst H. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, pp. 124-133.

⁴ Ya se había visualizado que uno de los elementos de todo régimen constitucional (el primero) es: “Un núcleo de ideas que constituyen el principio o principios que son criterios del orden. Estos principios no son siempre fáciles de deslindar porque contienen, confusamente entremezcladas, legitimaciones del poder que se aceptan como fundamento de la obediencia y concepciones del fin que el Estado debe proponerse”: Luís SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 51.

leyes excepcionales⁵. Conviene dejarlo aquí solo anotado: mientras las leyes especiales mantienen los mismos principios de las leyes generales, aunque adoptando determinadas modalidades y matizaciones a fin de acomodarlas a las particulares características que ofrecen ciertos casos o personas, en cambio, las leyes excepcionales –que han de exhibir una justificación todavía mayor para apartarse de aquella– se dictan sobre la base de principios antitéticos o inspiradas en directrices contrarias, opuestas o distintas a aquellas reglas comunes que son de uso proverbial⁶. Mismas razones cualificadas que deben concurrir si se pretende derogar o sustituir una de aquellas leyes generales⁷.

Despejado lo anterior, en lo que viene se pondrá el foco solo en aquellos principios que son adoptados positivamente con el nivel de abstracción y generalidad que les es característico y sin dejar, por ello, de ser principios. Pues según como respondan a alguna de las dos definiciones dadas, su positivización hace entrar de lleno en la clasificación formulada por Karl Loewenstein, que diferencia entre las Constituciones *ideológicas*, que –según él– por cobijar principios trascendentes e inmutables se asimilarían a un “catecismo”, y las constituciones *utilitarias*, que por asépticas y sedicentemente neutrales se compararían con una “guía de teléfonos”⁸.

Reflejándose en ambas categorías las chilenas de 1980 y 1925, respectivamente, se puede hablar mejor de Constituciones valorativas o doctrinarias en el primer caso, como aquellas que recogen esos principios superiores y trascendentes del orden natural, y de Constituciones adjetivas o procedimentales en el segundo, como aquellas cuya centralidad radica en las formas como el régimen positivo va adoptando las mutaciones respecto a las creencias o postulados que, en un momento dado, imperan en cada sociedad. O si se quiere, desde un punto de vista más omnitemporal y para empezar a delinear el contrapunto histórico que pretendemos trazar, cabe igualmente parafrasear la dicotomía de Charles Howard McIlwain, po-

⁵ Tómese por caso el principio general del “doble conforme” que se materializa en el recurso de “apelación” regulado dentro de un código procesal común, y al que le sigue una ley especial que establece procedimientos y plazos distintos para su tramitación. Que “no procede recurso de apelación” contra una resolución que de no existir esta negación sí procedería, configura una ley excepcional que amerita una correlativa justificación excepcional y altamente calificada, so pena de ser anulada por inconstitucional a fin que, eliminada la excepción, retome vigencia la regla.

⁶ Antonio VODANOVIC H., *Curso de derecho civil basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Parte General y los sujetos de derecho. 1ª. Parte*, pp. 18-20.

⁷ Decía Ulpiano: “solo una razón de utilidad evidente justifica establecer algo nuevo en contra del derecho vigente que durante tanto tiempo se vino observando” (D. 1.4.2): Rafael DOMINGO (dir.), *Principios de derecho global*, p. 135.

⁸ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 211-213.

niendo a un *constitucionalismo antiguo*, receptor de ciertos principios fundamentales, de frente a un *constitucionalismo moderno*, destinatario de principios instrumentales o meramente pragmáticos⁹.

A nadie escapará que llevar estos principios a una Constitución implica hacerse cargo de una cierta fricción entre ambos, de su mutuo antagonismo incluso, como lo demuestra el hecho de que el principio de separación de poderes, originalmente, tuvo por designio impedir que los jueces revisaran los actos de la autoridad, a costa del principio de juridicidad y del derecho a una tutela judicial efectiva. En efecto, apenas la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 estipuló que toda Constitución debe consagrar tanto la “separación de poderes” como la “garantía de los derechos” (art. 16)¹⁰, al poco tiempo la preeminencia del primero y el acrecimiento de un Poder Ejecutivo sin parangón con las limitadas potestades de que gozaba el Monarca en el Antiguo Régimen, diseñado ahora para implementar los cambios revolucionarios que ameritaba la regeneración de una nueva sociedad, trajo consigo la interdicción para los tribunales de conocer cualquier reclamo de particulares contra los nuevos actos estatales, impuesta por la Ley de 16-24 de agosto de 1790 (art. 13) y luego repetida por el decreto de 16 de Fructidor del año III (1795)¹¹. Y con la guillotina a la vuelta de la esquina¹².

Ahora, como la formulación de estas dispares definiciones y clasificaciones no implica postular la existencia de Constituciones químicamente puras¹³, lo cierto es que la tensión interna entre las dos concepciones reseña-

⁹ Charles HOWARD McILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, 166 pp.

¹⁰ Georg JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 148 pp.

¹¹ Eduardo SOTO KLOSS, “Notas sobre el Tribunal de Conflictos francés”, pp. 169-187; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, pp. 42-51.

Para la época prerrevolucionaria y los pormenores del choque de la “nobleza de toga” (asentada en los parlamentos judiciales) con la pujante burguesía (que había accedido a cargos del gobierno y reclamaba cambios radicales), cada cual procurando imponer su propio estatuto vital o dharma (su *lex privata* o “privilegio”), en que “el antagonismo de fondo procede del concepto de Estado: ¿tradicional o moderno?”, v. Jean SÉVILLA, *Históricamente incorrecto. Para acabar con el pasado único*, pp. 144 y 154-159.

¹² Durante la Carta de 1925, el mismo principio de separación de poderes se esgrimió por el Poder Judicial para negarse a revisar la juridicidad de los actos de la autoridad, quedando sin protección real los derechos lesionados por ella: nuestro *Estado de derecho y nulidad de derecho público*, pp. 129-139 (en especial p. 134 nota 12).

¹³ Discurriendo acerca de esta dicotomía –constituciones “ideológicas y utilitarias”– se ha dicho: “Un mínimo de ideología es inevitable en toda Constitución que realmente frene el poder y asegure unos derechos y libertades a los ciudadanos, y así ocurrió desde los comienzos del constitucionalismo. Con todo, las constituciones clásicas resultaban poco ideológicas en comparación con la numerosa caterva de constituciones ideológicas del siglo xx, algunas

das no se resuelve evadiendo el problema, con lecturas contemporizadoras y procurando congeniar principios fundamentales y principios instrumentales con meras expresiones de estilo, como cuando todo esto se confía únicamente a idílicas interpretaciones armónicas (que, las más de las veces, no envuelven, sino renuncias temporales o *self-restraint* por uno y otro lado), pues no hay evidencia de que la solución pase por transacciones en unos textos ambidiestros o carentes de una identidad definida, cuyo nombre sería el de constituciones *eclécticas* o *mixtas*¹⁴.

No hay intención de ocuparse aquí de todo el inmenso tema consistente en determinar cuáles habrían de ser taxativamente los mentados principios generales¹⁵, enfrascándonos en una discusión tan erudita como a menudo estéril, no pocas veces rayana en la logomaquia. Tendente a evitar que cualquier sentimiento subjetivo o juicio de valor pueda invocarse de modo antojadizo como principio general, más provechoso resulta cortar el nudo gordiano y partir por identificar algunos universalmente conocidos como tales, encuadrándolos a continuación dentro de aquellos caracterizados como portadores de verdades jurídicas trascendentes y superiores (primera definición) o dentro de aquellos que hacen aflorar y motorizan esos valores subyacentes al devenir del ordenamiento positivo (segunda definición).

de las cuales destilaban tanto partidismo que casi resultaban panfletarias”, cuyo es el caso, destaca, de las “constituciones socialistas o socializantes”: Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional*, p. 31.

¹⁴ Aparte de la anfibología en que se incurre al hacer sinónimos “principios” y “derechos”, recalaremos más adelante en otra confusión: en hacer pasar como “principios” lo que no son más que “conceptos vagos” y “palabras ambiguas” introducidas en una Constitución, no con afán de hallar la justicia subyacente a un caso e imprimir estabilidad a las normas jurídicas, sino –de la Constitución vigente a la Constitución viviente– para alentar una constante recreación de la misma por medio de argumentaciones deliberativas, constructivistas y “creativas”, por parte de unos jueces agentes del cambio social: entre muchos en esta perspectiva, Pedro P. GRANDEZ C., *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, 212 pp.

¹⁵ Sobre el polisémico alcance que se le atribuye a la voz “principios generales del derecho”, partiendo por la imprecisión en que incurren autores como Ronald Dworkin, véase también a Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, pp. 39-44.

Un repertorio de estas discusiones puede hallarse en Máximo PACHECO, *Teoría del derecho*, pp. 423-427. También en Juan David TERRAZAS PONCE, “Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, pp. 133-159.

Entre dichos *principios fundamentales* cabe enunciar el principio pro-libertad que proscribe toda suerte de arbitrariedad estatal; el contiguo principio de juridicidad y de tutela judicial efectiva, en cuya virtud todo abuso o exceso en el ejercicio de potestades públicas ha de poder ser reclamado efectivamente en sede judicial y ante el juez natural, así como el principio de servicialidad que manda al Estado gobernar con vistas al bien común general sin sacrificar libertades individuales ni derechos esenciales. Entre los *principios instrumentales*, son de mencionar: el principio de separación de poderes o de distribución de competencias estatales, el principio de jerarquía normativa y el de legalidad, los principios de publicidad y de irretroactividad de las normas, el de interpretación progresiva de las reglas legales y el principio de ponderación en caso de colisión entre derechos, entre otros¹⁶.

¿Qué importa que estos estén presentes en una u otra de esas categorías de Constitución? ¿Es posible que –por sobre banderías– se imponga una Constitución dúctil, consagratoria de un emulsionado donde se congregan principios fundamentales y principios instrumentales, casi por definición rivales, sin caer por ello en una contradicción en los términos?

Lo que se propone a los fines que ahora interesan, es dar a conocer el origen y contenido de los antes mencionados principios generales del derecho público contemporáneo (fundamentales e instrumentales) que caracterizan cada tipo de Carta Fundamental (doctrinaria o pragmática), enseña a tratar de entender las causas que motivan la adopción de uno u otro modelo, en trance de incompatibilidad, para terminar formulando una apreciación crítica atinente a los efectos que esta elección conlleva. Crítica que ha de extenderse, también, al caso de las Constituciones eclécticas, con tendencia a la cohabitación de principios fundamentales con principios instrumentales.

Más concretamente, se tratará enseguida de satisfacer tres objetivos específicos, a saber:

- Describir: de dónde emanan y en qué consisten esos principios generales, junto con señalar cuál es su función en diferentes ámbitos de aplicación, ahondando en su papel inspirador y cuestionador de las leyes políticas y administrativas;
- Explicar: porqué se prefieren unos y se descartan otros principios rectores, o fundamentales o instrumentales, hipotetizando que

¹⁶ No entran en ninguna de estas dos categorías aquellos que algunas leyes crean y denominan como “principios”, pero que no son “generales”, ya que no pasan de ser ideas-eje ideadas para vertebrar un determinado cuerpo legal, a los solos efectos de facilitar la interpretación armónica del resto de su propio articulado.

entre otras causas impacta una disímil comprensión acerca “del derecho” y la primacía que en cada tipo de Constitución quiere darse o a la justicia o a la ley, esto es, a los tribunales o al legislador¹⁷ y

- Evaluar: los efectos jurídicos que ocasiona la incorporación de estos diferentes principios en una u otra Constitución política o ley fundamental, considerando la experiencia recogida en Chile durante los procesos constitucionales de 1980 y de los años 2020-2023.

¿En alguna dimensión reconocible de la cultura occidental, es donde encuentran su raíz y razón de ser los mentados principios generales del derecho público?¹⁸ La recepción y preeminencia dadas en una Constitución, o a los principios fundamentales (Constituciones valorativas o doctrinarias) o a los principios instrumentales (Constituciones adjetivas o procedimentales), ¿hasta dónde reflejan una opción o por la justicia trascendente o por la legalidad inmanente? ¿Primacía de una justicia superior o de una legislación que dimana de la pura política? Siendo así, tocante a las consecuencias o efectos de esta supremacía, ¿puede ella derivar o en activismo judicial o en una legislación ideológica? ¿El derecho reconoce algún “más allá” prevalente o solo debe atender al “más acá” de las normas contingentes? ¿Soluciona algo constitucionalizar una mixtura, supuestamente equilibrada, entre principios fundamentales y principios instrumentales?

Son cuestiones radicales, esas, que no siempre han merecido una preocupación explícita y a fondo por parte de nuestra cátedra, aunque el capítulo I de la Constitución de 1980 sobre “Bases de la Institucionalidad” –cuyo rico contenido doctrinario fue justamente en concreto destacado¹⁹– estuvo desde siempre en la arena político-partidista por parte de quienes han querido transitar desde una “constitución militante” hacia una “minimalista” o “habilitante”, merced a una reversión a la más plástica e instrumental Constitución de 1925. Más solidaria con la política (cambio) que con

¹⁷ En este sentido se alude también al modelo constitucionalista o judicialista, en contraposición con el modelo democrático o legalista en Marina GASCÓN ABELLÁN y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, pp. 274-276 y 309-310.

¹⁸ Para los cursantes de la diplomatura anual “Trayectoria de la Sociedad Occidental” (versión 1988) impartido por la Universidad Adolfo Ibáñez (Santiago), un referente obligado en el tema nos será siempre la obra de su genio y director: Julio RETAMAL FAVEREAU, *Y después de Occidente, ¿qué?*, 381 pp. Igualmente indispensable para empezar a trazar estos orígenes: Christopher DAWSON, *La religión y el origen de la cultura occidental*, 254 pp.

¹⁹ En este sentido véanse las tempranas sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en causas roles n.º 19, considerando 9.º; n.º 46, considerandos 19.º y 21.º; n.º 167, considerando 10.º y n.º 280, considerando 12.º, entre muchas.

la justicia (estabilidad), como se reveló en la práctica, y por eso querida desde la vereda del poder, por contra, la ausencia en esta última Carta de una parte dogmática o con principios jurídicos esenciales determinó que la Corte Suprema careciera de referentes normativos superiores para declarar inconstitucionales ciertas leyes “injustas” a raíz de su rotundo contenido ideológico, frustrando así la eficacia real del recurso de inaplicabilidad (art. 86), además de coartar la justiciabilidad de los actos administrativos, cuando a su respecto los jueces conocían (en los pocos casos que lo hacían) reclamos de mera ilegalidad, en circunstancias que dichas leyes servían de escudo a la propia autoridad²⁰.

Como no hay monedas de una sola cara, ocurre que cuando se abre la puerta a los tribunales para controlar los actos estatales por importar conflictos de relevancia jurídica, el reverso de lo anterior es el temor a la “justicia del cadí”, según dice la expresión atribuida a Richard Schmidt. Revela ello el sempiterno recelo del poder político contra la “nobleza de toga” operando desde los tribunales, que anida desde el acmé de la Modernidad entre los revolucionarios de 1789, y que en el siglo xx va a metamorfosear en el repudio hacia el “gobierno de los jueces”, según los anatematizara Eduard Lambert en 1921, cuando buscó inhibir o acoquinar a la Suprema Corte estadounidense para que no declarara inconstitucionales las leyes progresistas con que la izquierda demócrata pretendía imponer el *New Deal*. Hoy –como ayer– cada tanto se hace presente el mismo reproche contra el “activismo judicial” y el “riesgo democrático” que representarían los tribunales controlando los actos del Estado.

Se rechaza *a priori* y no pocas veces sesgado contra el “activismo judicial” que envuelve una triple petición de principios, necesitados de justificación: que cualquier cosa pública o privada que interese absorber a la clase dirigente puede ser catalogada de “cuestión política” y se torna susceptible de ser capturada por una normación legislativa o administrativa del Estado; que para efectos de su gestión los políticos (parlamentarios y burócratas) estarían mejor capacitados que los tribunales, producto de su predisposición para llegar a consensos partidistas o por el supuesto manejo de un conocimiento tecnocrático superior, y que la determinación tomada en sede política, al estar separada de la justicia en todas o algunas de sus facetas, gozaría del mérito de ser injusticiable. “Todo es político y nada más que político”, resume esta autoasignación de poderío²¹.

²⁰ Iván ARÓSTICA M., *Estado de derecho y revolución legal. Chile: 2014-2020*, pp. 166-183.

²¹ Polémica que está lejos de amainar. La Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica de nuevo es imputada de exacerbar sus atribuciones y de entrar en la arena política,

El fenómeno inverso, como se sabe, al “activismo judicial” está representado por la figura de los “tribunales de Potemkin”, denominación que envuelve a aquellos órganos jurisdiccionales formalmente independientes, pero que en la práctica adoptan una actitud débil o servil frente a los poderes de turno, dado que se limitan a resolver las impugnaciones contra los actos oficiales del Estado apegándose solo a la letra de la ley creada por los partidos políticos dominantes, y no pocas veces legitimando con ello conductas de constitucionalidad dudosa²².

Son estos conceptos y cuestiones los que se examinan a continuación, siempre con idéntico trasfondo y pulsando la misma tecla: es la sujeción estricta a estos principios raigales, inmutables y universales, ampliamente decantados por una larga tradición jurídica, en cuanto son de aplicación forzosa en la práctica y quitan poder discrecional a jueces, funcionarios y legisladores para imponer sus propias agendas a la hora de aplicar el derecho, lo único que, verazmente permite desterrar el protagonismo ideológico.

Existen numerosas obras donde la doctrina ha recalado en todos o algunos de estos principios, sea para mostrar cómo han sido incorporados en los respectivos textos legislativos o supremos, sea para profundizar en algunos de ellos²³. Pero ninguna ha sido escrita desde la perspectiva dialéctica con que se quiere cotejar esos dos conceptos que definen los “principios generales”, donde laten concepciones procedentes de matrices jurídico-culturales muy diferentes acerca de eso que es “el derecho”, y cuya plasmación en una ley fundamental o en una Constitución política por incumbir

el 24 de junio de 2022, cuando declaró que el aborto carece de garantía constitucional, el 1 de julio de 2023 al disponer que el gobierno no puede perdonar deudas en perjuicio de los acreedores, y el 29 de junio de 2023, día en que sentenció que la discriminación positiva pugna con el derecho constitucional a la igual protección de las leyes. En Chile, que las apelaciones al principio de “separación de poderes” para enervar a los tribunales no son cosa del pasado, se puede observar cada vez que el Tribunal Constitucional fue acusado de transformarse en una “tercera cámara” o a la Corte Suprema de inmiscuirse en “políticas públicas”, cuando revisan actos estatales que con alcance general afectan derechos particulares.

²² María Victoria MURILLO, Steven LEVITSKY y Daniel BRINKS, *La ley y la trampa en América Latina*, pp. 40, 60, 83 y 114.

²³ Una panorámica sólida y completa, en Chile, puede encontrarse en Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, *Principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, 275 pp.

al derecho público, en sus distintas manifestaciones, ora como principios sustanciales ora como principios formales, importa asignar una distinta preeminencia a la justicia o a la legalidad.

Un botón de muestra de este contrapunto lo ofrece el mandato a los jueces de fallar con arreglo a la ley y nada más que a la ley; precisamente desde que se les impone la obligación de “referimiento al legislador”, en una época tan remota como al promulgar Justiniano el *Digesto* con la constitución *Tanta*: en caso de no existir normas que resuelvan una controversia o existiendo, esta es oscura o ambigua, “remítase por los jueces a la autoridad imperial” para que provea la solución. Como el derecho humano tiende siempre hacia el progreso –decía su justificación– y nada hay que pueda permanecer sin cambios, en caso de surgir litigios que no estén cubiertos claramente por las leyes,

“solicítese el remedio al emperador, pues Dios puso la gracia imperial al frente de las cosas humanas, para poder enmendar y ajustar toda novedad”.

De igual modo lo previó el *Código Civil* chileno, cuyo art. 5.º manda:

“La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que notaren en ellas”²⁴.

Hasta que el propio Justiniano derogó posteriormente esta cohibición que pesaba sobre los jueces, en las *Novelas*:

“Mandamos que ningún juez, de ningún modo y en ningún tiempo, comunique a nuestra serenidad las causas de que conocieren; por el contrario, ellos deben examinar perfectamente el litigio y resolverlo conforme con lo que les pareciere ajustado *al derecho y a la ley*” (énfasis agregado)²⁵.

Y por esa creencia en una justicia que el juez puede hallar más allá de la ley, se explica que la prevaricación judicial acontece, según el *Código Penal*, al desobedecer el juez esta doble sujeción: por fallar a sabiendas “contra ley expresa y vigente” (art. 223 n.º 1) y al dictar sentencia “manifiestamente injusta” (art. 225 n.º 1). Y de allí viene también el deber de “inexcusabilidad”, estatuido en el *Código Orgánico de Tribunales* de 1943

²⁴ La misma regla consulta el *Código Orgánico de Tribunales* (art. 102 inciso segundo n.º 4). La Constitución de 1823, acta de bautismo del Poder Judicial, en su art. 149 atribuía a la Suprema Corte de Justicia la facultad de conocer en única instancia “2º En las dudas sobre la inteligencia de una ley para consultar al Senado, proponiendo su dictamen”.

²⁵ Citado por Ítalo MERELLO ARECCO, *Historia del derecho. Evolución de las fuentes del derecho privado occidental en sus textos y contextos*, pp. 175-177.

(art. 10) y luego –asumida la importancia que habrían de jugar los principios generales– en la Constitución de 1980 (art. 76), naturalmente por razones que conciernen a la necesidad de realzar el papel que ocupan los aludidos principios a la hora de juzgar las leyes políticas o administrativas y sus actos de aplicación²⁶.

Es en este campo donde ellos adquieren la mayor significación, cuando a mediados del siglo XX se encarga al juez –a petición de un afectado en sus derechos– revisar la validez de los actos de la autoridad, introduciéndolo en materias de derecho público y haciéndolo sentenciar acorde con esos dos referentes, que con el paso del tiempo no necesariamente van a responder a los mismos principios inspiradores: la justicia y la legalidad²⁷.

Lo anterior mueve a internalizar la importancia creciente que reviste la aplicación efectiva de los principios generales del derecho público una vez constitucionalizados, y del (des)encuentro dialéctico que en tal evento puede producirse entre aquellos que con más inclinación responden a la justicia o a la legalidad. Ha de atenderse que, al revisar los actos de la autoridad estatal, esa aplicación de los principios generales no se reduce a desempeñar un mero papel exegético en la interpretación de las leyes vigentes²⁸, ni se restringe a representar un papel únicamente como integrador de los vacíos dejados por una legislación ausente o deficiente²⁹, según se les relega cuando se profesa la preeminencia de la ley positiva y se dejan los principios sustantivos o fundamentales al margen del sistema, cual si fueran elementos extralegales y por eso destinados a cumplir un mero papel subsidiario.

Relegación a un segundo plano que se explica, en parte, cuando la ley positiva se identifica con un Código *Civil* decimonónico que prácticamente

²⁶ Aldo TOPASIO FERRETI, “Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispano y chileno”, pp. 155-164.

²⁷ Lo que se dirá aquí respecto a los tribunales vale para la Contraloría General de la República, encargada, asimismo, de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, conforme a la Constitución y su Ley orgánica n.º 10336.

²⁸ El *Código Civil* chileno, al reglar en su título preliminar § 4. *Interpretación de la ley*, los elementos literal, lógico y sistemático, señala en su art. 24: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

La concepción tradicional acerca de esta última regla de interpretación legal puede encontrarse en Carlos DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica*, pp. 58-60 y 149-160.

²⁹ El *Código de Procedimiento Civil* chileno, en su art. 170, exige que las sentencias definitivas han de contener: “5º. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

Téngase en cuenta la misma prevención que se hizo en la nota precedente, en cuanto a que no existe unanimidad en la doctrina de que los principios generales del derecho, por sí solos, puedan servir para integrar los vacíos o defectos de la legislación existente.

se basta a sí mismo, al regular de manera sistemática y coherente una o más temáticas completas del ordenamiento privado, hasta casi agotarlas en todos sus pormenores, al compás de experiencias prácticas seculares y con el respaldo del riguroso derecho romano. Mas no cuando se trata de la legislación tocante al derecho administrativo, en no pocas ocasiones desprolija e improvisada, muchas veces abordada con tal precipitación o carencia de información justificadora que, a medio hacer o en la forma de una “ley corta” o de meras “glosas” presupuestarias, resultan tan contraproducentes como perjudiciales³⁰.

Dichas dos primeras funciones de los principios generales (interpretativa e integradora) se imponen hoy sin discusión:

“Frente a una legislación hipertrófica y heterogénea, expresión de una acción política arbitraria, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico no pueden más que encontrar su anclaje en los principios supremos establecidos en la Constitución”,

concluyen los juristas italianos Lucio Pegoraro y Ángelo Riniella³¹. Antes, lo había anotado del mismo modo Alejandro Nieto, al apuntar:

“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”³².

El constitucionalista y exjuez 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”³³.

³⁰ En el célebre discurso “Constitución y Poder Judicial” (1959) el jurista y rector de la Universidad de Tubinga, Otto Bachof, basaba precisamente en el absolutismo parlamentario y la hipertrofia legislativa la decisión de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 de potenciar al Poder Judicial como un contrapeso necesario o “una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos”: Ricardo RIVERO ORTEGA, “Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo”, pp. 85-127.

³¹ Lucio PEGORARO y Ángelo RINELLA, *Derecho constitucional comparado 2*, volumen A: “Sistemas constitucionales”, p. 112.

³² Alejandro NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, p. 50.

³³ Gustavo ZALGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 39-40.

Y Paolo Grossi, jurista y expresidente de la Corte Constitucional italiana:

“La Constitución 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”³⁴.

Pero Eduardo García de Enterría fue más lejos todavía, y nosotros con él:

“La Constitución como 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”,

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”³⁵.

Vale decir, sin perjuicio de aquellos cometidos tocantes a la interpretación e integración de las leyes, en lo que viene se destacarán estos otros dos cometidos que suelen pasar inadvertidos para cuando se opta por consagrarlos como principios intraconstitucionales (*Bases institucionales* se llamarán en Chile³⁶), con algún espesor sustantivo y a modo de garantía frente al legislador y gobernantes circunstanciales. Consiste el tema en haberseles asignado a los principios generales del derecho público otras dos funciones muchísimo más penetrantes que el modesto cometido de simples “mandatos de optimización” (con que *ex profeso* se les busca achatar): el poder motriz para impulsar la dictación de nuevas normas y el poder corrector para cuestionar las leyes existentes. Lo que acontece asaz mar-

³⁴ Paolo GROSSI, *La primera lección de derecho*, p. 77.

³⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, p. 41.

³⁶ Las “Bases de la institucionalidad”, que conforman el capítulo I de la Constitución chilena de 1980, contienen algunos de estos principios sustanciales del derecho público, con más las normas básicas que los hacen imperativos jurídicos, descartando que se trate de “preceptos programáticos” o “consejos de perfección” a los que no se vincula ninguna obligación.

La LRC n.º 21533 (17 de enero de 2023), que estableció las reglas procedimentales para crear una nueva Constitución, introdujo, además, un art. 154 fijándole doce “bases institucionales y fundamentales” que debía contemplar; entre ellas, ciertos principios generales del derecho público occidental según los vamos a desarrollar.

cadamente respecto de aquellas que se han denominado constituciones doctrinarias, como la chilena de 1980 (en contraste con la de 1925) y la alemana de 1949 (en contraste con la de Weimar de 1919).

Baste anticipar aquí que el surgimiento de estos dos nuevos papeles que se encomiendan a los susodichos principios sustanciales se correlaciona –por contraste– con una política que no reconoce límites, indiscriminadamente absorbente de toda realidad jurídica a la par que impermeable a cualquier idea de justicia superior. Y si, además, en el ámbito de las decisiones políticas viene operando la sustitución de la metafísica por la ideología y su concreción es la ley, se entenderá, entonces, porqué resulta justificado engarzar el tema con la necesidad de evitar el mal –tantas veces anunciado por insignes *ius* administrativistas más sensibles con los derechos de las personas– que la ley pueda convertirse en la más fuerte y formidable “amenaza para la libertad” y hasta en instrumento para “la perversión del orden jurídico” en su totalidad³⁷.

Tocante a los antecedentes que permiten establecer el marco dentro del cual se inscriben y adquieren sentido los principios del derecho público contemporáneo, se verá que los reseñados principios instrumentales destinados a procesar los valores y contravalores imperantes en un momento dado en una determinada sociedad, no solo encajan bien en la Teoría Pura del Derecho y sus derivas actuales³⁸, muchas de ellas enderezadas a entronizar dogmas ideológicos que desafían los rudimentos mismos de la razón jurídica tradicional, sino que –yendo más atrás– son los únicos que encuentran cabida dentro de la Modernidad, desde que, en lo que hace al derecho, esta impusiera la supremacía absoluta de la cambiante voluntad legal (monárquica o popular), con independencia de cualquier constreñimiento trascendente y superior de carácter suprapolítico.

Mientras que, por contraposición, los principios fundamentales empalman mejor dentro de una Teoría Sustantiva del Derecho, más afin con los orígenes greco-cristianos y las fuentes metafísicas del derecho público occidental. Brevemente: desde que el Mythos griego (de la *Iliada* y la *Odissea* de Homero a la *Teogonía* de Hesíodo) va a coincidir con el Verbo cris-

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

³⁸ Inclúyase dentro de estos giros al “positivismo jurídico”, en cuanto pretensión de discutir los fundamentos del derecho *ab origine* e intento de sustitución por unos postulados en sintonía con los paradigmas de la posmodernidad global.

tiano (con el *Génesis* 1:2 e *Isaías* 45:18-19), en cuanto a que hubo un logos divino creador del cosmos, separándolo del caos anárquico y desordenado, concebido como un mundo ordenado y con significado, donde se insertó al ser humano, la consecuencia es que toca al hombre –a *imitatio Dei*³⁹– desarrollar el pensamiento sistemático para descubrir –en la hermenéutica de esos textos fundacionales y en la contemplación de dicho orden natural armónico– qué es lo verdadero, justo y bueno⁴⁰.

En virtud de dicha revelación o contemplando tal realidad es que el ser humano –dice esta concepción– puede deducir los primeros principios de la ley natural; y todavía más fácilmente puede hacerlo cuando se trata de aquellos principios cuyos términos son accesibles inmediatamente a todos, sin mayor complejidad, como son los que Tomás de Aquino denomina *communissima*. Interesa resaltar ahora dos, habida cuenta que están en la raíz misma de aquello que Solón bautizó como *Eunomía*⁴¹ y que hoy se llama Estado de derecho: “actuar conforme a la razón” y “el bien hay que hacerlo y perseguirlo”⁴².

Como puede verse, el marco de referencia dentro del cual se van a tratar estos principios fundamentales, implica su inserción dentro de un horizonte hermenéutico mayor, ya que, por su propia naturaleza como manifestaciones primarias de concepciones que le confieren unidad de sentido al derecho, como partes de un universo espiritual, ameritan –más que análisis encaminados al conocer– síntesis orientadas a comprender. Si además ello permite revalorizar y despertar conciencia acerca del significado histórico-cultural que poseen estos principios generales del derecho público de matriz occidental, al propio tiempo posibilita entender la dimensión antagonica que poseen con los mencionados principios instrumentales de

³⁹ A “imitación de Dios” (mimesis), que es “andar por todos sus caminos y apearse a Él” (*Deuteronomio* 11:22 y 28:9), constituye una extensión obvia de que el hombre fue creado a *imago Dei*, a imitación de Dios (*Génesis* 12:26).

⁴⁰ Sobre este “orden natural” y sus derivaciones jurídicas, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo. Principios, fundamentos y organización*, pp. 96-115. Recuerda ello lo dicho por Tomás de AQUINO: “todo el conjunto del universo está sometido al gobierno de la razón divina”: ST 1-2 q.91 a.1, Respuesta. Cito según: *Suma Teológica VI*, p. 52.

⁴¹ La *Eunomía* aparece primero como una divinidad en la *Teología* de Hesíodo (903), nacida de la unión de Zeus con Temis, junto a la *Dike*; aunque su concreción como sinónimo de buen orden jurídico acaecería en el siglo VI a.C., principalmente gracias a Solón: Anna JELLAMO, *Il camino di Dike*, p. 17.

⁴² Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO, “Los primeros principios de la ley natural y sus propiedades”, pp. 11-41. Véase AQUINO, *op. cit.*, 1-2 q.94 a.5, Respuesta y a.6, Respuesta; también q.100 a.11, Respuesta, pp. 137-138, 140 y 311-312.

Se oye allí el eco lejano, cómo no, de Solón: “No aconsejes lo más agradable, sino lo mejor. Toma por guía la razón. No te familiarices con lo malo. Venera los dioses”: Diógenes LAERCIO, *Vidas de los filósofos más ilustres*, p. 54.

la Modernidad; y tanto más lo serán con las creencias e ideas de la Posmodernidad, de la tarda modernidad, declaradamente contrarias a la metafísica o a los “relatos comprensivos” procedentes del “logocentrismo” y de la “mitología blanca”, etcétera.

A este respecto se sostendrá que mientras los principios instrumentales de la Modernidad han sido utilizados para desplazar dichos principios fundamentales, relegando o postergando su aplicación a un papel secundario y para casos excepcionales, por su parte los principios más radicales de la Posmodernidad apuntan directamente a alterarlos, gracias a su eversión o deconstrucción, como parte de un movimiento tendente a consumir un retorno a la totalidad primordial que estaba indivisa antes del logos originario. Se recalará a fin de adentrarse en las manifestaciones de este fenómeno, en los fracasados proyectos presentados por la Convención Constitucional el 2022 y por el Consejo Constitucional el año 2023⁴³.

Un trabajo comprensivo de los temas reseñados debe comenzar –como no– por trazar una genealogía del derecho público occidental. Siendo por esto necesario visitar la fuente depositaria donde se incuban aquellos principios sustanciales que, a modo de componentes ancestrales o células originarias, constituyen el material genético de este actual derecho público occidental. Precisamente, al hablar de tales repositorios, cabe volver sobre la diferencia que hacían los romanos entre el *ius venit* (“de dónde el derecho viene o procede”), como son sus fuentes inmateriales metafísicas y filosóficas, y el *ius constant* (“de cómo el derecho se muestra o consta”), donde se ubican los textos formales que contienen la legalidad estatal.

Se recordará que fue Cicerón, el último defensor de la República romana (106-43 a.C.), quien primero habría usado la voz “fuente de las leyes y el derecho” (*fons legum et iuris*) en su obra *Las leyes* (*De Legibus*), al decir que en el “derecho político” las fuentes no se hayan en las *Doce tablas* ni en el edicto del pretor, sino que en “los principios más profundos de la filosofía” (libro I, v 14-18)⁴⁴. Es en estas “más profundas fuentes” –enseñaba él– donde se descubren los “principios del derecho” y de donde arranca la definición de ley

“consistente en la razón suprema, grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios” (libro I, VI 18).

⁴³ Hubo coincidencia entre ambas propuestas, ambas rechazadas por la ciudadanía, en el propósito de plasmar principios tales como el de “interculturalidad”, de “no discriminación” y el de “diversidad” o “pluralidad de visiones”, que serán asunto de análisis.

⁴⁴ Se cita por la versión (1989) de CICERÓN, *La República. Las leyes*, pp. 196-198.

Dado que, concluye:

“si el fundamento del derecho lo constituyera la voluntad de los pueblos, las decisiones de sus jefes o las sentencias de los jueces, sería conforme a derecho robar, cometer adulterio, falsificar testamentos, si tales acciones fueran aprobadas mediante votación o por aclamación de la multitud” (libro XVI)⁴⁵.

Luego, se abrevará de dichas fuentes. De los materiales jurídicos que se encuentran depositados en estas “profundas fuentes” hay que comenzar extrayendo lo que alguna vez fue conocido como “ideal del buen gobierno”, el que más allá de sus diferentes concreciones normativas, se asienta en la conjugación de dos principios claves para la conformación y desarrollo posterior del derecho público occidental, cuales son el “principio de juridicidad” y el “principio de servicialidad” del Estado.

En la Constitución de 1980, dentro de su capítulo I titulado “Bases de la institucionalidad”⁴⁶, fue plasmado el principio de juridicidad, principalmente en sus arts. 6.º y 7.º (amén del art. 2.º de la Ley n.º 18575 orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado). El otro, el principio de servicialidad, lo recoge dicha Constitución en su art. 1.º inciso cuarto (ídem la referida Ley n.º 18575 en su art. 3.º inciso primero). De esta forma, a partir de una metafísica donde se descubre su génesis y de una ley fundamental donde se escrituran, se estará en condiciones de concluir –con Aristóteles– que los citados principios generales del derecho público constituyen justamente y en especial para la institucionalidad de Chile “aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce”⁴⁷.

Si bien los principios generales del derecho rigen *per se o proprio vigore*, sin que les sea menester una canonización normativa, más adelante nos ocuparemos de su positivización, que lo fue –primordialmente– con miras a hacerlos exigibles en procura de restablecer la justicia quebrantada y –al mismo tiempo– a fin de quitarles ese halo de excesiva generalización e imprecisión con que usualmente se les formula, porque razones de certeza

⁴⁵ CICERÓN, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁶ En la Constitución chilena la alusión a unas “bases” hace referencia al establecimiento de un conjunto sistemático de principios generales y reglas básicas tocantes a cierta temática fundamental. Así, por ejemplo, en virtud de su art. 38 inciso segundo se dictó la Ley n.º 18575 orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, y en línea con el art. 63 n.º 18 constitucional se dictó la Ley n.º 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. El art. 63 N° 20, a continuación, indica de igual manera que es materia de ley “ Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

⁴⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, v, 1, 1013^a.

o de seguridad jurídica aconsejan que no cualquier idea o sentir pueda ser invocado por jueces y legisladores a la hora de justificar sus determinaciones, bajo pena de nulidad.

Para de ahí estudiar el propósito declarado que animó su plasmación en la Carta de 1980, relativo a la consecución de la justicia, habida cuenta que al establecer estos principios en preceptos que revisten la condición de directamente “obligatorios”, con arreglo al art. 6.º constitucional⁴⁸, les permite cumplir por sí mismos las señaladas funciones u objetivos que les son consustanciales: las de pautar la interpretación de todo el ordenamiento jurídico en su integridad; de subrogar los vacíos o defectos que se observen en las reglas vigentes; de impulsar la dictación de los actos legislativos y administrativos que les son conformes, siendo el Estado responsable por omisión o falta de servicio y –por último– la de servir de patrón de censura jurídica frente a leyes y actos administrativos que le sean antagónicos o disconformes.

Enseguida, habrá que hacerse cargo de la aludida áspera relación, aún de la rivalidad, entre los principios fundamentales y los instrumentales. Una desavenencia o nada disimulada enemistad que viene de antaño y que se sigue expresando hoy de múltiples maneras, como se ha anticipado al referir al “principio de separación de poderes” como inhibidor del control judicial sobre los actos de la autoridad estatal. Cuyas repercusiones pueden advertirse hasta hoy, cuando el “principio de legalidad”, o sea, la sola invocación de la ley elaborada por el mismo Estado a la medida de sus propias conveniencias, basta para provocar el rechazo de la inmensa mayoría de los “reclamos de ilegalidad” que los particulares suelen intentar en tribunales contra los actos de la autoridad administrativa, a despecho de que la vigencia efectiva de un Estado de derecho implica la sumisión de la Administración “a la ley y al Derecho”, tal cual reza el art. 20.3 de la Ley Fundamental de Alemania y el art. 103.1 de la Constitución de España⁴⁹.

Incluso, se destacará que el régimen constitucional chileno de 1980 es más incisivo todavía en cuanto a que ni siquiera a pretexto de “resquicios legales” u otra “arbitrariedad” legislativa o gubernamental cabe enervar la

⁴⁸ Reza así el art. 6.º citado: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República” (inciso 1.º). “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (inciso 2.º). “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley” (inciso 3.º).

⁴⁹ Para el distinto resultado que iguales normas producen en Alemania y España confróntese: Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, pp. 24 y 46.

potestad de los tribunales superiores del Poder Judicial para restablecer “imperio del derecho” (art. 20), o la de los tribunales inferiores para revisar a fondo los actos administrativos que, aunque basados en la ley, *ultra vires* incurran en todo otro cualquiera “abuso o exceso de poder” (art. 2.º inciso primero de la LOC n.º 18575)⁵⁰. Por lo mismo que el Tribunal Constitucional debe fallar “de acuerdo a derecho” (art. 92 inciso quinto) al revisar tanto leyes como aquellos actos administrativos que caen dentro de su esfera de control.

Lo que no implica sustituir la arbitrariedad legislativa o administrativa por la arbitrariedad judicial, dado que las respectivas sentencias se basan rigurosamente en los mencionados principios sustanciales vertidos en la propia Carta Fundamental⁵¹.

Finalmente, se discutirá la consagración de esas Constituciones híbridas o heteronormas, que colocan a la par principios sustanciales y principios procedimentales, en términos que pueden tornarlos rivales y en circunstancias que estos han de disponerse en función de facilitar la implementación de aquellos. Se recalará aquí en textos que, incluso, insertan principios fundamentales divergentes entre sí, cuyo es el caso del paradójico proyecto del Consejo Constitucional creado por la LRC n.º 21533 y que fuera rechazado el 17 de diciembre de 2023.

Bibliografía

- ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *Principios generales del derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica VI*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, prólogo y traducción de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Editorial Gredos 2014.
- ARÓSTICA, Iván, “Estado de derecho y nulidad de derecho público”, en Enrique NAVARRO BELTRÁN (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Santiago, Universidad Finis Terrae/Editorial ConoSur, 2001.

⁵⁰ En esa misma tónica, el *Código Penal* tipifica como simple delito el hecho que un empleado público expida resolución manifiestamente “injusta” en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo (art. 228).

⁵¹ Para asegurar lo cual, de que no toda aspiración o apelación a la equidad pueda servir de fundamento a un fallo, lógicamente la Corte Suprema tendría que abandonar el criterio reductor, de que la nulidad o casación en el fondo de una sentencia no puede tener lugar cuando se infringe un precepto constitucional que no se haya concretado en alguna ley. SCS rol n.º 810-09, de 23 de diciembre de 2011, considerando 9.º, entre muchas más.

- ARÓSTICA, Iván, *Estado de derecho y revolución legal. Chile: 2014-2020*, Valencia/Santiago, Tirant lo Blanch/ Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, 2023.
- BAUDELAIRE, Charles Pierre, *El pintor de la vida moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 1863.
- CICERÓN, *La República, Las leyes*, Juan María Núñez González editor, Madrid, Ediciones Akal. 1989.
- DAWSON, Christopher, *La religión y el origen de la cultura occidental*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2010.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial 1971.
- DOMINGO, Rafael (dir.), *Principios de derecho global*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003.
- DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, 3ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, reimpresión, Navarra, Editorial Aranzadi, 2011.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Los primeros principios de la ley natural y sus propiedades", en *Revista de Derecho Público*, n.ºs 55/56, 1994.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2016.
- GRÁNDEZ C., Pedro P., *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2016.
- GROSSI, Paolo, *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El origen y expansión de la idea de "Principios del Derecho"*, Santiago, Legal Publishing, 2014.
- HOWARD McILWAIN, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- JELLAMO, Anna, *Il camino di Dike*, Roma, Donzelli Editore, 2005.
- JELLINEK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Granada, Editorial Comares, 2009.
- KANTOROWICZ, Ernst H., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, segunda reimpresión, Madrid, Ed. Akal, 2022.
- LAERCIO; Diógenes, *Vidas de los filósofos más ilustres*, traducción directa del griego y prólogo de José Ortiz y Sanz, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1959.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Editorial Ariel-Planeta, 2018.
- MERELLO ARECCO, Ítalo, *Historia del derecho. Evolución de las fuentes del derecho privado occidental en sus textos y contextos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2023.

- MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario jurídico-economía sociología política ecológica*, Buenos Aires, La Ley, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario del español jurídico*, Madrid, Real Academia Española/Consejo General del Poder Judicial, 2016.
- MURILLO, María Victoria; Steven LEVITSKY y Daniel BRINKS, *La ley y la trampa en América Latina*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2021.
- NIETO Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- PACHECO, Máximo, *Teoría del derecho*, 5ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- PEGORARO, Lucio y Ángelo RINELLA, *Derecho constitucional comparado 2*, Buenos Aires, Editorial Astrea, volumen A: “Sistemas constitucionales”, 2018.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Andavira editora, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Teoría constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011.
- RETAMAL FAVEREAU, Julio, *Y después de Occidente, ¿qué?*, 9ª ed., Santiago, Arcus Editorial, 2020.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 146, 1998.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luís, *Curso de derecho constitucional comparado*, 7ª ed., Madrid, Universidad de Madrid, 1988.
- SÉVILLA, Jean, *Históricamente incorrecto. Para acabar con el pasado único*, 3ª ed., Madrid, El Buey Mudo, 2016.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Principios, fundamentos y organización*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2022.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Notas sobre el Tribunal de Conflictos francés”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 9, 1968.
- TERRAZAS PONCE, Juan David, “Algunas consideraciones sobre los principios generales del derecho y un breve análisis de su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, año 11, n.º 1, 2004.
- TOPASIO FERRETI, Aldo, “Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispano y chileno”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 9, 1983.
- VODANOVIC H., Antonio, *Curso de derecho civil basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Parte General y los sujetos de Derecho. 1ª. Parte*, Santiago, Editorial Nascimento, 1971.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Siglas y abreviaturas

a.C.	antes de Cristo
art.	artículo
arts.	artículos
<i>D.</i>	<i>Digesto</i>
dir.	director
ed.	edición <i>a veces</i> editor, editorial
LOC	Ley orgánica constitucional
LRC	Ley de reforma constitucional
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
v.	véase