

LA TEMPESTAD Y EL ÍMPETU LEGAL ANTE LA CARTA FUNDAMENTAL

UNA NOTA SOBRE EL ROMANTICISMO LEGISLATIVO

*Iván Aróstica Maldonado**

Rosalía de Castro (1837-1885), *En las orillas del Sar*, condensó como nadie las claves del Romanticismo y de la Posmodernidad:

Adivínase el dulce y perfumado
calor primaveral;
los gérmenes se agitan en la tierra
con inquietud en su amoroso afán,
y cruzan por los aires, silenciosos,
átomos que se besan al pasar.
Hierva la sangre juvenil, se exalta
lleno de aliento el corazón, y audaz
el loco pensamiento sueña y cree
que el hombre es, cual los dioses, inmortal.
No importa que los sueños sean mentira,
ya que al cabo es verdad
que es venturoso el que soñando muere,
infeliz el que vive sin soñar.

En la penúltima estrofa se halla la miga en cuestión. “No importa que los sueños sean mentira, ya que al cabo es verdad”: los sueños, sean fantasías, quimeras o utopías, se hacen realidad si pasan al campo operatorio del crear¹. Es decir, cuando cobran vida por la mano de un artista que –“cual los dioses”– se vuelca en un “hacer”, siguiendo su propia imaginación y propósito; sin que su poder numinoso se encuentre constreñido a un simple “obrar” subordinado a las posibilidades reales que ofrece la naturaleza de las cosas². Este, el arquitecto; aquel, el poeta creador.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile. Ministro y expresidente del Tribunal Constitucional de Chile. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

¹ Jesús G. MAESTRO, *Rosalía de Castro: Romanticismo y Fanatismo son insensibles al desengaño*.

² Gerhart NIEMEYER, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, pp. 54-55.

I

Poesía eufónica y agradable de leer, *En las orillas del Sar* se inscribe en la corriente del Romanticismo, que proclama la espontaneidad sobre la sabiduría, lo sensible sobre lo inteligible. Es la idea –todos la conocemos– de que la razón reprime y que ha de dársele preeminencia a lo emotivo y a la intuición, tan en boga hacia fines del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX, como movimiento artístico, literario y musical. Y donde el artista es un progenitor, dado que ya no descubre o deduce una armonía subyacente dentro de un orden natural cognoscible, preestablecido, sino que se arroja impelido a inventar, a crear su propia obra, que luego imagina para llevarla a cabo. Es el *Sturm und Drang*, la tempestad y el ímpetu, de la década de 1770, acicateadas por los jóvenes poetas alemanes que se rebelan contra las convenciones para explorar sus emociones; para ensalzar la creación como una actividad humana completamente autónoma.

Lo describe así Johann Wolfgang von Goethe por boca del Dr. Fausto:

“largo tiempo ha que estoy hastiado de todo saber. Apaguemos las ardientes pasiones en los abismos de la sensualidad. Bajo impenetrables velos mágicos, apréstese al punto toda maravilla. Lancémonos en el bullicio del tiempo, en el torbellino de los acontecimientos”, etcétera.

El caso es que el movimiento Romántico –se sabe menos– también tiene un desenvolvimiento filosófico y cultural, al oponer contra la ley y la razón, la autonomía y la pasión. Que, infundiendo nuevos aires a Escoto (Juan Duns Scoto) y a Martín Lutero–“la razón es la mayor prostituta que tiene el diablo” (Vernunft... ist die höchste Hur, die der Teufel hat)– intensifica la idea de la ley como un acto creativo de la voluntad. E inversamente proporcional con ello, cuestiona el concepto mismo del hombre como “animal racional”, así como su consecuente: que *lex est aliquid rationis* (la ley es asunto de razones)³.

II

De ahí que Isaiah Berlin haya podido afirmar:

“la importancia del romanticismo se debe a que constituye el mayor movimiento reciente destinado a transformar la vida y el pensamiento del

³ Lo contrario a la razón es el irracionalismo; lo opuesto, el sofismo. Conceptos diferentes –el actuar sin razón y la argumentación falaz– que, en lo que sigue, se entienden hermanados.

mundo occidental. Lo considero el cambio puntual de más envergadura ocurrido en la conciencia de Occidente en el curso de los siglos XIX y XX, y pienso que todos los otros que tuvieron lugar durante ese periodo parecen, en comparación, menos importantes y están de todas maneras, profundamente influenciados por éste”⁴.

Con el romanticismo volcado al campo político y cultural, debutan en la conciencia europea, el rechazo a la concepción de que hay un orden natural de las cosas, con su noción de estructura estable; aventando –en cambio– la materialización de un ideal y el poder remodelar el mundo a voluntad, la sacralización de las minorías y de los marginales, la fuerza y la vitalidad del espíritu, el afán por elevarse por encima de la naturaleza a objeto de poder moldearla libérrimamente; hasta llegar a alentar el poder para crear valores e, incluso, un hombre nuevo, al libre discurrir de la imaginación⁵.

“Esas son –concluye Isaiah Berlin– las bases fundamentales del romanticismo: la voluntad, el hecho de que no hay una estructura de las cosas, de que podemos darle forma a las cosas según nuestra voluntad- es decir, que solamente comienzan a existir a partir de nuestra actividad creadora- y finalmente, la oposición a toda concepción que intente representar la realidad con alguna forma susceptible de ser analizada, registrada, comprendida, comunicada a otros, y tratada, en algún otro respecto, científicamente”⁶.

Se entiende, entonces, porqué en la actualidad desde la esfera política se busca conmover en lugar de persuadir, apelando a las emociones en lugar de las reflexiones, amén de apuntar no a las mentes sino que a los corazones. La falacia *ad hominem* y el argumento *ad misericordiam* han venido a reemplazar la racionalidad con que antaño se justificaba la majestad de la ley. Secuela de lo cual es que no pocas veces se vierten en la ley los idearios más irracionales, el impulso de los instintos ideológicos o impresionistas percepciones personales.

¿Tiene algo que ver esto con la constitucionalidad de la ley?

III

Si bien la propia *Odisea* ya cantaba al *Logos*, en contraste con el capricho de los dioses y el ideal heroico inspiradores de la *Iliada*, es la obra de

⁴ Isaiah BERLIN, *Las raíces del romanticismo*, p. 28. También en su *El sentido de la realidad*, capítulo: “La revolución romántica: una crisis en la historia del pensamiento moderno”, pp. 245-279.

⁵ Gonzalo CONTRERAS, “Románticos o ilustrados”, p. 9.

⁶ BERLIN, *Las raíces...*, *op. cit.*, p. 178.

Heródoto, *Trabajos y días*, la primera en defender la justicia como elemento básico de la convivencia y la paz. Será en la “fábula del halcón y el ruiseñor” donde se inaugura –para la cultura occidental– la creencia de que aquella norma de la naturaleza del dominio del más fuerte, aunque rige para los animales, no es la propia de los seres humanos, a quienes la divinidad ha dado el conocimiento y la justicia⁷.

Así, fue el ejercicio profundo del pensamiento, desde Anaximandro y Heráclito en adelante, lo que llevaría *a posteriori* a la filosofía griega a concebir la idea de un orden inmanente y una articulación universal del mundo, que se dio en llamar Cosmos⁸. Esto es, una comunidad de cosas sujetas a la justicia y el orden, que opera compensando las desigualdades. Misma idea de cosmos y comunidad que se aplica a la polis.

En este contexto cobra sentido entonces la definición de Aristóteles, de que la ley es la “razón sin apetito”⁹. Agregando el filósofo que, aunque los legisladores deben ser gente sabia, gobernantes competentes y no corruptos, por lo que parecería mejor fiarse de ellos, en todo caso y dado que, incluso, los mejores hombres, en cuanto hombres y no dioses, no están a salvo de pasiones y a la propensión de caer en abusos o discriminaciones, por eso, ha de optarse por la más completa y acabada legislación¹⁰. Y –resumiendo mucho– será la analogía entre el Logos griego y el Verbo divino (Dios no es un caprichoso ser) lo que permitirá en el siglo XIII a santo Tomás de Aquino definir la ley como aquella “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”¹¹.

Pero no olvidemos que, además, la ley como expresión de la “razón” tiene otra significación muy importante: en cuanto llamada a gobernar hombres libres, que –por eso– no tienen dueño (como los esclavos), la ley no puede disponer “arbitrariamente” de ellos, como si fuesen objetos de propiedad. Bien se separaba en la antigüedad romana lo que era la *potestas* de los gobernantes, de lo que era el *dominus* o *dominium*, que se corresponde con los términos griegos ‘*despotes*’ y ‘*despoteia*’, que hacen referencia al propietario o dueño de los esclavos¹².

⁷ Carlos F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, “La prehistoria de los principios de Derecho Natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles”, pp. 287-297.

⁸ Werner Jaeger, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, capítulo IX: “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del Cosmos”, pp. 150-180.

⁹ ARISTÓTELES, *Política* III; 1287 a. También Platón en *Leyes*, 715 D.

¹⁰ ARISTÓTELES, *Política* III, *op. cit.*, 1289. Igualmente en *Retórica* 1354^a 32.

¹¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, artículo 4.

¹² Michael OAKESHOTT, *Lecciones de Historia del Pensamiento Político*, volumen I: “Desde Grecia a la Edad Media”, pp. 246-247.

Por algo será:

“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”¹³,

durante el imperio, rechazado el título de *dominius* por Augusto y Tiberio, fue Calígula quien lo aceptó, a pretexto de “que puedo hacer lo que quiera con cualquiera”¹⁴.

IV

Ese imperio generador (y no imperio depredador, según la clarificación de Gustavo Bueno¹⁵) que fue España, nos traspasó e incorporó a una cultura donde –desde la época visigótica– ya san Isidoro de Sevilla el año 634 venía retransmitiendo:

“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 -que 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”¹⁶.

Ideas que perduraron en Chile hasta la época de la codificación, al tenor de aquellos textos castellanos que:

“contenían una definición de ley, en la que se reflejaba la concepción característica de una cultura que se asentaba sobre la idea de la existencia de un orden del mundo trascendente e indisponible, en que la ley, en cuanto que ordenación de la razón a un cierto fin, no podía más que confirmar aquel orden trascendente que, en definitiva, no era más que aquel dispuesto por la razón eterna de Dios”¹⁷.

¹³ Edward GIBBON, *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, p. 156.

¹⁴ OAKESHOTT, *op. cit.*, p. 247. Dominación y potestad son nombres que provienen del acervo conceptual cristiano, apareciendo mencionados por san Pablo en *Epístola a los Colosenses*, 1, 16. Sobre las dominaciones y las potestades, como respectivamente desfavorables y favorables al desarrollo de la vida: George SANTAYANA, *Dominaciones y Potestades*, 1141 pp.

¹⁵ Gustavo BUENO, *España frente a Europa*, pp. 363-383 y 451-452.

¹⁶ SAN ISIDORO DE SEVILLA *Etimologías* V, 21. Nuestra tradicional modestia nos impide resaltar que parte de estas exigencias, recientemente, ya forman parte del Estado de derecho requerido por el Tribunal Constitucional alemán: Christian Bumke-Andreas Vosskule, *German Constitutional Law*, p. 362.

¹⁷ Javier BARRIENTOS GRANDÓN, *El Código Civil. Su Jurisprudencia e Historia I*, p. 25.

Así en las *Siete Partidas* (1,1,4) se lee:

“Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, e castigo que liga e apremia la vida del home, que no faga mal, e muestra, enseña al bien que el home debe facer, e usar: e otrosí es dicha ley, porque todos los mandamientos della deben ser leales, e derechos, e cumplidos según Dios, e según justicia”.

Cierto es que Andrés Bello en nuestro *Código Civil* de 1855 –artículo 1º– definió: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”, dando una mayor preeminencia a la voluntad, al parecer en acuerdo con los teólogos juristas de la escuela española del derecho natural del siglo XVI y los más recientes autores racionalistas del siglo XVIII.

Sin embargo, sabiendo que Andrés Bello, en realidad, nunca quiso incorporar una definición de la ley en el *Código*¹⁸, acaso refleje mejor su pensamiento de gran jurista cuanto escribió en los *Principios de Derecho Internacional* (1832), al señalar:

“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 universo. El Ser Supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o a la felicidad, y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón no hace más que interpretarlas”¹⁹.

V

¿Adjudicaremos, pues sin más la victoria a la proverbial *rule of law and not of men*? Cito al académico español Jesús G. Maestro:

“En nuestro tiempo, los mitos, los irracionalismos y las creencias han cobrado nueva fuerza. No solo dominan la cultura contemporánea, sino también la política, la moral e incluso los límites de la ciencia. Desde la política se pide respeto hacia creencias irracionales, y desde la moral se exige el desarrollo de consignas científicamente inaceptables. El silencio del racionalismo, sea en nombre del falso respeto, de la tolerancia irres-

¹⁸ BARRIENTOS, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁹ Andrés BELLO, “Principios de Derecho Internacional” vol. x, pp. 12-13.

ponsable, o de la mítica isovalencia de las culturas, no es nunca un silencio inofensivo. La razón es el más importante protector de la vida y de los derechos humanos. Y lo es por encima de todo tipo de creencias y credos, que solo podrán ser respetables en la medida en que sean respetuosos con el ser humano. Cuando se apagan las luces de la razón, las fuerzas del irracionalismo no conocen límites, y siempre dan lugar a los capítulos más amargos de la historia de la humanidad. Y no será el diálogo entre culturas lo que por sí solo pueda contrarrestar la sinrazón. Entre otras cosas, porque no se puede dialogar con quien no sabe razonar. Lástima que Habermas, al situar la razón en el diálogo, no se haya dado cuenta de esta minúscula y esencial evidencia²⁰.

Al avío de las emociones y el aprovechamiento coyuntural de las crispaciones, se articulan discursos maniqueos para aprobar no pocas leyes liberticidas.

VI

Y si el irracionalismo encuentra en las iridiscentes ideologías una de sus manifestaciones más conocidas, tengamos presente que estas asumen el nombre de totalitarismos cuando acceden al poder, aun democráticamente, *ex profeso* para emplear la ley como instrumento de cambio radical. Hasta el querer, por intermedio de la ley, que la ontología humana sea sustituida por el sentimiento o el sicologismo personal de cada quien.

Esta es la ideología legalizada.

Se entiende que una Constitución formal tenga problemas para enfrentar este género de situaciones, puesto que usualmente bastará constatar que el procedimiento democrático ha sido respetado para dar por aprobada la ley, so capa de que involucrarse en su objeto y finalidad implicaría revisar el mérito o contenido político de la decisión legislativa, cuestión ajena a los tribunales o cortes constitucionales. Fenómeno conjugable con una interpretación dúctil de la Constitución, para dar cabida a nuevos derechos de identidad o estatus de última generación, que al entrar en liza con las libertades y facultades de antigua tradición (consagrados para limitar las posibilidades de acción de las leyes), hace ahora que estos pasen a ser, de derechos inviolables, a algo ponderable.

Una posición conocida, esta última, que trata de identificar (o confundir) el concepto de Estado democrático con el concepto de Estado de derecho. Como decía el filósofo Gustavo Bueno:

²⁰ Jesús G. MAESTRO, *Crítica de la razón literaria*, volumen I, p. 79.

“el concepto de Estado democrático no implica necesariamente, por sí mismo, la condición de un Estado de Derecho. El consenso democrático puede estar restringido a determinadas regiones de la vida política, e incluso el consenso democrático capitativo puede plebiscitariamente, o por otros procedimientos, votar un dictador facultado con poderes de actuación al margen de las normas jurídicas preestablecidas”²¹.

En efecto, distinto es el caso cuando el Estado de derecho es atendido por una Constitución doctrinaria o, mejor dicho, por una Ley Fundamental, en el sentido de poseer principios fundacionales y normas cimentales con contenido axiológico directamente vinculantes y de inmediato operativas. Donde se reconozca la dignidad de la persona humana, que impida enajenarla o considerarla como un simple medio u objeto de dominio. O donde se rechace el mundo babélico del caos, el de las leyes arbitrarias, al recoger la idea de comunidad –el cosmos en la polis– que asegure el diálogo compartido entre sus miembros y la autoridad. Normas constitucionales –todas estas– insolubles, irreductibles e inderogables: que no pueden –por ende– relajarse, a pretexto de ser meros tabúes o de que se trataría de mandatos de optimización, cual simples obligaciones potestativas, a cumplir solo en la medida de lo políticamente posible.

Sea como sea, aquí no hay lugar para jueces de Salem. Más allá de las filias y las fobias, ausente la pasión en los estrados e insuflados de justicia tras serena reflexión, el deber inexcusable de los tribunales constitucionales es decir –al fin y al cabo– que alguien sí *tiene la razón*.

Conclusión

El triunfo del irracionalismo es el fin de la ley y de la libertad humanas. No es posible al Estado de derecho sobrevivir de espaldas a la razón.

Bibliografía

AMUNÁTEGUI Perelló, Carlos F., “La prehistoria de los principios de Derecho Natural. La racionalización del concepto de Derecho en el mundo griego desde Hesíodo a Aristóteles”, en Fernando REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

²¹ Gustavo BUENO, “Crítica a la Constitución (sustasis) de una sociedad política como Estado de Derecho”, pp. 249-250.

- AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2013, tomo VI.
- ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1988.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, Madrid, Gredos, 1999.
- BARRIENTOS Grandón, Javier, *El Código Civil. Su Jurisprudencia e Historia I*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- BELLO, Andrés, “Principios de Derecho Internacional”, en *Obras Completas* Santiago, Impreso Pedro G. Ramírez, 1886, vol. x.
- BERLIN, Isaiah, *Las raíces del romanticismo*, Taurus, Buenos Aires, 2015.
- BERLIN, Isaiah, *El sentido de la realidad*, 2ª. ed. Madrid, Taurus, 2000.
- BUENO, Gustavo, “Crítica a la Constitución (sustasis) de una sociedad política como Estado de Derecho”, en Sergio VENCES FERNÁNDEZ (ed.), *La Filosofía y sus márgenes. Homenaje al profesor Baliñas Fernández*, Santiago, Universidad Santiago de Compostela, 1997.
- BUENO, Gustavo, *España frente a Europa*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 2019. [1999].
- BUMKE, Christian-Andreas VOSSKULE, *German Constitutional Law*, Oxford University Press, 2019.
- CONTRERAS, Gonzalo, “Románticos o ilustrados”, en *El Mercurio*, Santiago, 10 de marzo de 2019, cuerpo E “Artes y Letras”.
- GERHART, Niemeyer, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016.
- GIBBON, Edward, *Historia de la decadencia y caída del Imperio Romano*, 6ª ed. abreviada, Madrid, Alba Editorial, 2008.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 25ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- MAESTRO, Jesús G., *Rosalía de Castro: Romanticismo y Fanatismo son insensibles al desengaño*. Disponible en academiaeditorial.com
- MAESTRO, Jesús G., *Crítica de la razón literaria*, Vigo, Editorial Academia del Hispanismo, 2017, volumen I.
- OAKESHOTT, Michael, *Lecciones de Historia del Pensamiento Político*, introducción y traducción Francisco J. López Atanes, Madrid, Unión Editorial, 2006.
- PLATÓN, *Leyes*, Madrid, Gredos, 1999.
- SAN PABLO, *Epístola a los Colosenses*, en *Biblia de Jerusalén*, Barcelona, Desclée de Brouwer, 1992
- SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2018.
- SANTAYANA, George, *Dominaciones y Potestades*, traducción José Antonio Fontanilla Oviedo, KRK Ediciones, 2010.