

## DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE A LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

## FROM THE VALID CONSTITUTION TO THE LIVING CONSTITUTION

*Iván Aróstica Maldonado\**

“Para los amigos la ley se interpreta,  
para los enemigos se aplica”.  
Giovanni Giolitti  
(1842-1928)

### *Resumen*

En este trabajo se identifican las distintas corrientes político-jurídicas que amenazan las bases de la estabilidad constitucional y del Estado de derecho. Se trata de corrientes que no se presentan con dicho objetivo, pero cuyas consecuencias lógicas originan tensiones al interior del Estado moderno, que apuntan a dicha desestabilización.

Palabras clave: Constitución, Estado de derecho, progresismo jurídico, democracia radical.

### *Abstract*

This article identifies the different political-legal trends that threaten the foundations of constitutional stability and the rule of law, although not explicitly. The author claims that compromising constitutional stability and the rule of law is their logical consequence by producing tensions within the modern state.

Keywords: Constitution, Rule of law, legal progressivism, radical democracy

Esta o una futura Carta Constitucional están expuestas a cambios radicales por vía simplemente legal o judicial. Sucesivas transducciones por

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile. Ministro y expresidente del Tribunal Constitucional de Chile. Artículo recibido el 3 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2020. Correo electrónico: iarostica@vtr.net

jueces y legisladores del texto fundamental, en especial allí donde este es de textura abierta o emplea conceptos indeterminados, abre espacio a las adaptaciones tanto como a las revoluciones. Sobre todo, esto último, cuando se dice que el derecho puede ser objeto de creación y de recreación *ex nihilo*, al correr de los tiempos, y no ya susceptible de ser descubierto o develado a través de la razón, a partir de la naturaleza objetiva de las cosas y los griegos llamaron *alétheia* por la especulación (*Alicia a través del espejo* fue una obra que escribió el lógico y matemático Lewis Carroll en 1872).

### *Premisas*

Progresismo legislativo y progresismo judicial, en su vertiente actual, son dos grandes antagonistas de la estabilidad constitucional.

1. Un fenómeno global que no apela a la reforma por el constituyente derivado, sino que se connota por el relajamiento axiológico de la Constitución, a fin de dar cabida en ella a derechos, figuras o situaciones ajenos a su previsión. Dinámica que, además, se caracteriza por ser implementada por unos legisladores o jueces proactivos, invocando para ello una nueva realidad –el advenimiento de la sociedad pluralista– y merced a la transducción del texto constitucional.

Se denotan aquí sentencias como la del 28 de abril de 2016, donde la Corte Constitucional colombiana aprobó el matrimonio homosexual o igualitario, aduciendo que, si bien la Constitución de 1991 solo alude al matrimonio “entre un hombre y una mujer” (artículo 42), esto no excluye la posibilidad de que lo contraigan personas del mismo sexo, dado que la ley suprema ni viene redactada en lenguaje prohibitivo ni acoge el principio *inclusio unius est exclusio alterius*. O como la ley chilena n.º 21120, del año 2018, que reconoce el “derecho a la identidad de género”, sin parar mientes en los conflictos que su entronización puede acarrear con otros derechos fundamentales, que deberán abrirle paso a aquel.

Si el apotegma *tu derecho termina donde empieza el mío* se repite por doquier, lejos de una pacificación de las relaciones intersubjetivas o de contribuir a consolidar alguna cierta unidad reconocible como comunidad nacional, entonces los aludidos derechos de última generación resultan difícilmente conciliables con los derechos preexistentes, al enfrentar un juego de suma cero. O son la dignidad y los derechos reproductivos de la mujer, o es el derecho a la vida del que está por nacer.

2. De forma que, así conceptualizado el progresismo que interesa delinear, su aceptación no podría dejar de asumir esta consecuencia: que

ello implica retroceder al gobierno de los hombres por sobre el gobierno de las leyes. Como si en el mundo clásico se estuviese siguiendo al primer Platón (anterior a *Las Leyes*), para quien el monarca perfecto sería preferible a la mejor legislación, “puesto que la rígida ley escrita no puede acoplarse con bastante rapidez a los cambios constantes de las situaciones”<sup>1</sup>.

En efecto, puesto el Estado a dirimir *ad libitum* entre los derechos en liza, a fin de no dar pábulo a la autotutela de uno sobre el otro, sin embargo, ¿no significa esto permitir al juez o al legislador redefinir o sacrificar uno de ellos en beneficio del otro, según su propia y discrecional ponderación? O más radicalmente expuesto: ¿no se desatiende también la función integradora de la Constitución, cuando se interpone la fuerza coactiva del Estado para preterir o anular el ejercicio concreto de un derecho en provecho del otro ganador, al azar del balanceo personal que estimen “hacer” jueces o legisladores?

Destacando que estos jueces y legisladores aparecen actuando aquí en el campo operatorio del “hacer”, y no del simple “obrar”. La distinción –puntualiza Gerhart Niemeyer– es de Aristóteles: el “hacer” trae a la existencia algo que no existía antes y que, por lo tanto, podía o no podía ser; como las cosas que crea un artesano, siguiendo su propio plan y propósito. En tanto que el “obrar” significa que uno elige entre las “posibilidades reales” de conducta que permite una situación determinada, si se ajustan a la naturaleza de las cosas y del hombre; como habría de actuar el político cabal, que no hacedor de cosas ni de nuevos hombres<sup>2</sup>.

3. Conviene, pues, profundizar en este fenómeno –cuyo concepto y consecuencias se ha reseñado– a fin de examinar cómo se compagina (si es que) con los criterios materiales y de rigidez que informan el derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial. ¿Qué tan dúctil o maleable puede ser una ley fundamental articulada sobre la base de principios y valores inmutables a los cuales deberían conformarse en el futuro jueces y legisladores? ¿Siempre la Constitución puede ser objeto de un proceso inacabable de interpretación?

---

<sup>1</sup> Werner JAEGER, *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, p. 1016. En contra, desde los prolegómenos del Estado de derecho se impuso la voz de Aristóteles, para quien aplicar las leyes generales a casos particulares, si bien requiere 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 legislación: ARISTÓTELES, *Política III*, p. 1289.

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

### *Algunas correlaciones políticas e históricas<sup>3</sup>*

§ 1. Un tópico recurrente mueve a parafrasear la idea de que detrás de esta cuestión subyace un cierto aspecto teológico<sup>4</sup>.

Por de pronto, en lo relativo a la interpretación de los textos legales, de nuevo asoma aquí, por una parte, la influencia de la religión cristiana que –sobre la base de experiencia hebrea– reconoce un valor central al “Libro de la ley” como manifestación de la Palabra de Dios, escrita *ad aeternum* y jerárquicamente fijada por el magisterio de la Iglesia<sup>5</sup>. Adherencia estricta al texto que viene discutida desde Martín Lutero, para quien la palabra de Dios es una realidad dinámica y activa, cuya interpretación no puede darse por terminada atendido el carácter vivo de su obra<sup>6</sup>.

En la *Cautividad babilónica de la Iglesia* (1520), escribirá Martín Lutero:

“Sé que ninguna república se administra prósperamente por medio de leyes. Si el magistrado es prudente, administrará con mayor éxito si se deja guiar por la naturaleza y no por las leyes; si no es prudente, con las leyes solo promoverá el mal, pues no sabe usarlas ni adaptarlas a la época. Por ello, los estados deben procurarse que presidan hombres buenos y prudentes, pues ellos mismos serán las mejores leyes si están dispuestos a juzgar los casos diversos con vigorosa equidad”<sup>7</sup>

(o “con equidad viviente los casos más variados”, en otra traducción<sup>8</sup>).

Como se ve, tratase acá de una nueva versión, reformulada, de una vieja disputa que, sin embargo, no representa el formato poliédrico con que a menudo se escribe toda Constitución, al contener normas que quieren

<sup>3</sup> *Cum hoc ergo propter hoc*: correlación no implica causalidad. La selección de cuestiones significantes que se describe a continuación, traza una mera sucesión de ideas con algún posible vínculo entre sí, pero sin pretensiones de establecer entre ellas relaciones de causa-efecto, por escapar a los límites del presente trabajo. Cfr. Charles R. EPP, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*.

<sup>4</sup> Juan DONOSO CORTÉS tituló así el capítulo I de su *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, p. 39: “De cómo en toda cuestión política va envuelta siempre una gran cuestión teológica”. Ejemplo superlativo en este sentido (en relación con este trabajo) es Eric VOEGELIN, *Las religiones políticas*.

<sup>5</sup> Gian Savino PENE VIDARI, *Storia del diritto. Éta medievale e moderna*, p. 7.

<sup>6</sup> Thomas KAUFMANN, *Martín Lutero. Vida, mundo, palabra*, pp. 62-63. Una visión crítica general, en Miguel AYUSO (ed.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*.

<sup>7</sup> Pablo TORIBIO (ed.), *Martín Lutero. Obras reunidas*, p. 287.

<sup>8</sup> Hernán CORRAL TALCIANI, “500 años de la Reforma Protestante. Su incidencia en la religión, la ética y la política. Lutero y su influencia en el pensamiento jurídico”, p. 80.

ser, unas vinculantes hacia el futuro, otras abiertas al porvenir. Saberlas distinguir salva a la Constitución de ser confundida con un grimorio.

§ 2. Y hay que saberlas ubicar dentro de un devenir, puesto que el tema sobre la rigidez de los textos concierne muy directamente, nada menos, que a la historia contemporánea del derecho constitucional.

En efecto, desde que a inicios del siglo XX se impone la idea de que la ley puede ser objeto de tantos cambios como mutaciones experimente la voluntad soberana, el consiguiente estado de incerteza o de eventualidad de cambios va a adquirir su máxima importancia política con el advenimiento de los partidos políticos de masas. De una ley obedeciendo con sumisión a los intereses de la burguesía y de la nobleza enquistadas en los Parlamentos, el término del voto censitario es lo que permite acceder al poder a dichos partidos radicales, amenazando instrumentalizar la ley para acometer progresivos cambios radicales.

Siendo en este escenario donde adquiere sentido la necesidad de contar con una Constitución, que por su superioridad sobre esas leyes ofrezca una mayor estabilidad al régimen jurídico, así como también con unos tribunales constitucionales que fungieran como guardianes de aquella frente a estas. Los nuevos sectores progresistas, empero, resentirán siempre esta suerte de camisa de fuerza, en especial, teniendo en consideración la experiencia con la Corte Suprema estadounidense, a quien buscaron desacreditar con el epíteto de “tercera cámara” o gestora del “gobierno de los jueces” o de “contra mayoritaria”, en específico, por declarar inconstitucionales sendas leyes sociales de corte estatista propiciadas por el Partido Demócrata de Franklin Delano Roosevelt. Misma matriz de animadversión que desde esa época añora resucitar cuanto prescribiera la Constitución francesa de 1793:

“Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, a reformar y a cambiar su Constitución. Una generación no tiene derecho a someter a sus leyes a las generaciones futuras” (artículo 28).

La polémica, cien años después, todavía no se agota.

§ 3. Dos acontecimientos, ocurridos tras el término de la Segunda Guerra Mundial, aparecieron abonando la intangibilidad para el “ganador democrático” de ciertos principios sustanciales respecto a los cuales “no se vota”<sup>9</sup>.

Uno es la aprobación, en 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, cuyo preámbulo destaca la “dignidad

---

<sup>9</sup> Copiando expresiones de Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, p. 29.

intrínseca” de las personas como el crisol donde se aceran los derechos fundamentales y que impiden que “el ser humano pueda ser absorbido por la sociedad”. Sobre todo frente al “estatismo” y al “socialismo en expansión”, como quería precaver a través de este documento culmen el libanés Charles Malik, de confesión ortodoxa griega y reconocido pensador de convicciones tomistas<sup>10</sup>. Es obvio que en el fundamento de los modernos derechos humanos subyace el liberalismo, de manera que no cabe sostener la existencia de una evolución estrictamente lineal entre el viejo derecho natural y esta ideología contemporánea<sup>11</sup>, que arranca recién del siglo XVIII<sup>12</sup>. Como tampoco se sostiene lo contrario, de que –a la sazón– el derecho natural haya perdido toda presencia o élan vital.

El otro evento trascendente es la Constitución alemana de 1949, de cuño iusnaturalista y texto valórico. Y que por consagrar un acto de voluntad, una decisión que dispone para lo futuro, ora manda que el mañana sea de una determinada manera y no de otra, realizando el legislador los contenidos de la Constitución, ora liberaliza otras normas para lo que se determine en el porvenir, modernizando su aplicación. Su “actualización” –expresión anfibológica necesitada de aclaración– comprende así tanto *poner en acto* como *poner al día* la Constitución, sabiendo diferenciar cada una de las respectivas normas sobre el particular.

*Mutatis mutandis*, según distinguía Juan XXIII en la época conciliar, es la diferencia que dista entre las normas capitales e inalterables de una comunidad, en comparación con su “reforma”, que significa devolver a su forma original algo que ha sido potencialmente desposeído de ella o deformado, y su “aggiornamento” o puesta al día, que implica el discernimiento por parte de la autoridad de nuevas ideas o prácticas en un entorno cultural cambiante para, después, incorporar los elementos que se consideren legítimos<sup>13</sup>.

§ 4. De la “rigidez” o “movilidad”, dirá Konrad Hesse:

“ambos son necesarios para que la Constitución pueda cumplir su cometido, los caracteres de apertura y amplitud porque sólo ellos permiten responder al cambio histórico así como a la diversidad de las situaciones vitales, las disposiciones vinculantes porque su virtud estabilizadora posibilita esa relativa constancia, única capaz de preservar a la vida de

<sup>10</sup> John KEANE, *Vida y muerte de la democracia*, pp. 720-724.

<sup>11</sup> Cfr. 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; Cristián BORGOÑO, *Cristianismo y derechos humanos. Influencias recíprocas, desafíos comunes*.

<sup>12</sup> Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*.

<sup>13</sup> Philip TROWER, *Confusión y verdad. Raíces históricas de la crisis de la Iglesia en el siglo XX*, p. 24.

la Comunidad de su disolución en cambio continuo, inabarcable e incontrolable”<sup>14</sup>.

No es, entonces, que la unanimidad de la Constitución constituya un campo maleable, en que todas y cada una de sus normas puedan ser entendidas según la sedicente realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, de modo que las haga tan flexibles como siempre abiertas y potencialmente conflictivas. El Fuero Juzgo en España, estuvo vigente desde Fernando III el año 1241 hasta el *Código Civil* de 1889. La *Common Law* propia de los pueblos de habla inglesa –donde el juez más que crear la ley, la descubre–

“no solo existe hace miles de años y cuenta con precedentes en el siglo XII que todavía hoy se pueden alegar ante los tribunales. Se ha desarrollado además según una lógica interna propia, que ha asegurado su continuidad a pesar de los cambios y que ha servido para aunar a la sociedad inglesa en los momentos de necesidad nacional e internacional”<sup>15</sup>.

§ 5. Cuando fue escrita la VIII Enmienda de la Constitución estadounidense (1791) que prohibió infligir “penas crueles e inusuales”, no consideró los azotes aplicables a los fugitivos. Hoy, en cambio, como destaca Gustavo Zagrebelsky, la garantía se extendería a la pena de muerte y hasta a la demora excesiva en dictar sentencia en contra de un condenado<sup>16</sup>.

Se trata, claro es, de una nueva interpretación por completo plausible, en efecto, por ser lógico que el constituyente no quiso petrificar allí la realidad existente en aquel tiempo, al consagrar una norma con clara vocación pro futuro. Empero, de esto no se sigue que cuando la Constitución alude, por ejemplo, al “matrimonio entre un hombre y una mujer”, con ello solo haya querido pintar un retrato de época, *tout court*, sin riesgo de transformar la Constitución en un palimpsesto: en un manuscrito antiguo que conserva huellas de una escritura anterior borrada con artificio, literalmente hablando.

§ 6. Es que no es lo mismo ser intérprete de un texto jurídico que erigirse en transductor de él.

Transductor se predica de aquel “sujeto operatorio dotado por los medios de un poder para imponer a los demás sujetos las transformaciones de aquello que transmite”, de modo que serán los transductores –a diferencia de los lectores o destinatarios del texto– quienes

<sup>14</sup> Konrad HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, pp. 49-51.

<sup>15</sup> Roger SCRUTON, *Pensadores de la nueva izquierda*, p. 55.

<sup>16</sup> Mario BRUNELLO e Gustavo ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, pp. 37-64.

“usan el lenguaje como una tecnología cuyo destino es imponerse ante el resto de los hablantes, con el fin de que éstos últimos consuman ese lenguaje conforme a las transmisiones y transformaciones establecidas por los propios transductores, que siempre actúan con los medios políticos, institucionales, sociales, psicológicos [...], administrados y organizados desde el poder del Estado”<sup>17</sup>.

En el campo jurídico, algo análogo parece haber sucedido con el papel transformador de la Constitución asumido por algunos jueces y legisladores, que se entrecruza o intersecciona con la deriva ideológica del progresismo actual. El cual, en reemplazo del proletariado como sujeto histórico del cambio, en una especie de *deus ex machina*, pone en su lugar a las minorías oprimidas –culturales, raciales, estudiantiles, familiares o sexuales– y su demanda por nuevos “derechos de identidad”, como *modus operandi* para cuestionar el orden establecido en su totalidad<sup>18</sup>.

§ 7. Contemporáneamente, se trata de un progresismo ideológico-cultural –de una reformulación del socialismo– que convoca a una “revolución democrática”, en todas aquellas sedes de antagonismo donde aparezcan relaciones de jerarquía o vínculos de subordinación, para ser develadas como formas de dominación u opresión que ameritan su completa transformación:

“Nuestra tesis es que sólo a partir del momento en que el discurso democrático va a estar disponible para articular las diversas formas de resistencia a la subordinación, que existirán las condiciones que harán posible la lucha contra los diferentes tipos de desigualdad”<sup>19</sup>.

La emergencia de los nuevos sujetos políticos (minorías urbanas, ecológicas, antiautoritarias, antiinstitucionales, feministas, antirracistas, étnicas, regionales o sexuales), conduciría de modo inexorable a la proliferación de los antagonismos fundamentales. Por lo que, sin cuestionarla, sino que profundizando la propia ideología liberal, el designio sería radicalizar esa pluralidad y darle una dirección al momento de enfrentarse con sus antagonistas u oponentes (las fuerzas contrarrevolucionarias): la defensa de los derechos adquiridos y el pensamiento conservador basado en las ideas de nación, familia, tradiciones y antiestatismo<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Jesús G. MAESTRO, *El origen de la literatura*, p. 35.

<sup>18</sup> Herbert MARCUSE, *Un ensayo sobre la liberación*, pp. 54-81.

<sup>19</sup> Ernesto LACLAU y Chantal MAUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, p. 197. Para esto y lo que viene, pp. 194-239.

<sup>20</sup> Miguel ABENSOUR, *La democracia contra el Estado. Marx y el pensamiento maquiaveliano*, p. 22.

## *Revolución democrática o Estado de derecho constitucional*

§ 1. La disyuntiva enunciada adquiere especial relevancia si es que el derecho público toma ese cariz adaptativo, plástico si se quiere, que busca asignarle la mentada “revolución democrática permanente” que suele, asimismo, adoptar el nombre de democracia deliberativa<sup>21</sup>.

Conforme a una praxis centrada en el fluir del “acuerdo comunicativo” que se produciría a cada momento de manera espontánea, es que –teoriza Jürgen Habermas– actualmente discurriría el verdadero “consenso” ciudadano, que tendrían que absorber legisladores y jueces. En línea pareja,

“Alexy intenta aducir que junto con la representación popular o democrática de carácter electivo que revisten los legisladores y gobernantes, los jueces deben legitimarse democráticamente por vía de una ‘representación argumentativa’ en tanto que las razones que respaldan sus decisiones serían compartidas por los ciudadanos en una comunidad ideal de diálogo racional y con conciencia constitucional”<sup>22</sup>.

§ 2. Motivo por el cual, para imprimirle plena eficacia a este poder constituyente abierto, a este –mejor dicho– poder instituyente permanente, es exigido interpretar la Carta Fundamental “en tiempo real”, esto es, aceptar o resignarse a que hasta sus normas más sagradas no escapen al continuo devenir constituyente<sup>23</sup>. Consenso o diálogo inclusivo este que pasa por

“la exigencia de remover todos los obstáculos que impidan garantizar, a través de los medios adecuados y las condiciones intersubjetivas necesarias, la autonomía de reconocimiento recíproco”<sup>24</sup>.

En otras palabras, en la medida que son depauperados como sesgos o prejuicios, para empezar a conversar y poder sentarse en la mesa democrática, todos deberían deponer sus propias convicciones, aún si son los

---

<sup>21</sup> Juan Fernando SEGOVIA, “Evolución de la democracia moderna: de Rousseau a Habermas y más allá”, pp. 51-78.

<sup>22</sup> Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho constitucional*, p. 41.

<sup>23</sup> Antes, en *The nature of the judicial process* (1921), Benjamín Cardozo ya venía proclamando a este respecto que “nada es estable. Todo fluye y cambia. Existe una conversación imperecedera”, véase T. Alexander ALEINIKOFF, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, p. 45.

<sup>24</sup> Gustavo PEREIRA, “Teoría crítica de la justicia. Una guía normativa para transformar las sociedades”, pp. 269-289, véase lo citado en p. 282.

ideales más acendrados<sup>25</sup>. “Los jueces tenemos que erradicar ahora los estereotipos y fallar con perspectiva de género”, es uno de los precipitados de esta posición<sup>26</sup>.

Resulta obvio que detrás de esta propuesta de aplanamiento en las creencias, subyace una premisa implícita, aunque asaz trascendental: dar por sentado que el legislador tiene competencia para inmiscuirse de alguna forma en materia de credos, fe e ideales; que la ley puede determinar lo que es verdadero, justo y bueno.

Siendo en este marco de cosas donde está fermentando una inadvertida tensión, difícilmente soluble, entre democracia, por un lado, y Estado de derecho, por otro.

### *Irrupción de nuevos derechos*

§ 3. En efecto, como la expansión de esta democracia inclusiva va acompañada del establecimiento de unos derechos de última generación, creados *ex nihilo* o inferidos de otros derechos antiguos como la igualdad, cuyos titulares habrían de ser aquellos nuevos sujetos políticos a que se hiciera referencia, el paso siguiente es adquirir conciencia de tres singulares problemas que esto trae aparejado.

No se negará que en el pasado han existido otros episodios donde se han abolido viejos derechos para introducir otros nuevos en su lugar, como aconteció con el alivio progresivo de cargas que beneficiaron al derecho de propiedad y la libertad de comercio, hacia el bajo medioevo europeo y la aparición del Estado moderno en el siglo XVI<sup>27</sup>. La abolición de la esclavitud, la imposición de la libertad por sobre una espuria propiedad, no es un ejemplo menor. Pero sí se cree que de ello no parecen haberse derivado estas tres problemáticas actuales:

<sup>25</sup> Sobre esa “comunidad de comunicación sin restricciones” (o autónoma) en la sociedad multicultural ideada por Jürgen HABERMAS, véase de su discípula Adela CORTINA, *La Escuela de Fráncfort. Crítica y utopía*, pp. 165-177. Otra historia en Stuart JEFFRIES, *Gran Hotel Abismo. Biografía coral de la Escuela de Frankfurt*, pp. 407-424 especialmente.

<sup>26</sup> Presidenta de la Asociación Nacional de Magistrados (Chile): entrevista en el diario *La Tercera*, sección Reportajes, Santiago, domingo 10 de marzo de 2019, pp. 12-13. Para el caso de España: Isidro MORENO DE MIGUEL, ¿Formar a los jueces en “perspectiva de género”? entrevista en *Confilegal*, 10 de marzo de 2019. Disponible en <https://confilegal.com/20190310-por-que-formar-a-los-jueces-en-perspectiva-de-genero/> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2019].

<sup>27</sup> Michael OAKESHOTT, *Lecciones de historia del pensamiento político. Desde Grecia a la Edad Media*, pp. 54-56.

### 3.1) La primera:

“es fácil ver por qué un libertario objetaría a que se amplíe la lista de derechos humanos para introducir derechos con estrictos deberes correlativos”,

sostiene el filósofo inglés Roger Scruton,

“pues, a falta de una responsabilidad concreta que especifique quién ha de satisfacer esas reclamaciones, inevitablemente señalan al Estado como único prestador posible. Y las reclamaciones amplias y vagas exigen una masiva expansión del poder estatal, entregar al Estado toda clase de responsabilidades que antes asumían los individuos y centralizar la vida social en la maquinaria estatal”.

Además de conducir todo esto en

“una dirección diametralmente opuesta a la que se quería tomar cuando se introdujo originalmente la idea de derechos (naturales) humanos, pues lleva a aumentar el poder del Estado, en vez de limitarlo”<sup>28</sup>.

### 3.2) La segunda problemática es esta: si todo derecho implica una obligación correlativa, el deber de respetarlo también grava a todas las demás personas y sujetos, a quienes en este contexto no solo se le prohíbe vulnerarlo, abstenerse de violarlo, sino que, además, se les manda actuar positivamente en consecuencia.

“Aquí hay algo que debes hacer o dar, aunque tu deber de hacerlo no derive de nada que hayas hecho o de lo que seas responsable; es simplemente una exigencia que debes satisfacer. Lo que a su vez parece una invasión de los derechos del otro”,

sentencia Roger Scruton<sup>29</sup>.

El derecho a la identidad de género, por ejemplo, no es otra cosa que imponer la autocomprensión sexual de un individuo como 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, la entera sociedad, etc.”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Roger SCRUTON, *El alma del mundo*, pp. 135-136.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 139. De igual modo, Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, pp. 112-113.

<sup>30</sup> Voto de minoría en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2018), rol 5385-18, 13 de noviembre de 2018 (recaída en la citada ley n.º 21120).

3.3) La tercera problemática es esta otra: a la pregunta *quid iuris?*, cuál es el límite de mi derecho y el ajeno, ya no se responde –como lo haría la vieja ortodoxia procesal– diagnosticando una pura y simple disputa entre pretensiones contrapuestas. O sea, tal como se ha enseñado tradicionalmente desde la justicia y la lógica, de que en estos casos de aparente concurrencia de derechos, hay que “determinar cuál de ellos comparece en el caso y cuál no, o si existen en parte uno y en parte otro”. O diagnosticando que

“también se podría dar que ninguno de los litigantes tuviera razón. Se trata, pues de encontrar el *ius* del caso, lo justo entre las contrapuestas pretensiones de los justiciables, justo que a veces pertenecerá a uno, a veces al otro, y a veces será una composición equitativa de aquellas partes de legitimidad que corresponda a cada contendiente. Lo que no es posible es que puedan existir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contrapuestas”<sup>31</sup>.

En el neoconstitucionalismo, en cambio, gracias a la eficacia horizontal de los derechos, el balanceo y la teoría de la ponderación se convierten en la solución ante una “colisión entre derechos fundamentales”.

Dentro de los límites fijados para el presente trabajo, se ahondará en esta última cuestión.

### *Colisión de derechos y test de ponderación*

§ 1. Básicamente, la teoría de la proporcionalidad –en su vertiente europea– parte por separar las normas en dos especies: las reglas y los principios<sup>32</sup>. Las reglas serían aquellas que por su estructura binaria pueden ser cumplidas o no, siendo objeto de subsunción; por contraposición con los principios que serían “mandatos de optimización” y objeto de ponderación: esto es, “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”; que:

“pueden cumplirse en diferente grado y en la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las

<sup>31</sup> Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos entre derechos*, pp. 30-31.

<sup>32</sup> Ronald DWORKIN (comp.), *La Filosofía del Derecho*, p. 117 y ss. David MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, pp. 129-179. Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 86-88, 183-184, 301-304, 528, entre otras.

jurídicas”. Ámbito de posibilidades jurídicas que, a su vez, “se determina por los principios y reglas opuestas”<sup>33</sup>.

Los derechos, atendida la textura abierta con que son reconocidos, adoptarían la forma de principios: aquellos que:

“ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas”<sup>34</sup>.

De suerte que los derechos pasan de ser inviolables a ser algo ponderable: en caso de conflicto, tras una ponderación judicial *ad hoc* (para este caso) o legislativa *ad omnes* (para todos los casos), uno de ellos tendrá que ceder ante el otro<sup>35</sup>. Preterición hecha con el solo resguardo de la plantilla que ofrece la susodicha teoría de la proporcionalidad de Robert Alexy, no pocas veces criticada como puramente subjetiva e impresionista metáfora<sup>36</sup>. O como dice el juez constitucional español Andrés Ollero, se actúa al alero de una ponderación

“sin importarle mucho las reticencias de Forsthoff o Böckenförde, que temían que la Constitución dejara así de ser portadora de un contenido determinado, para convertirse en mero material disponible para una incierta ponderación”<sup>37</sup>.

Esto es, si no se cuenta con una báscula para pesar, una de dos: o se idea una a ojo de buen cubero, o apenas será dado sopesar; en ambos casos tanteando según la impresión u opinión subjetiva de cada cual. Y si no se tienen dos cosas conmensurables para contrabalancear, o se urde de antemano una jerarquización, o se les asigna discrecionalmente una cualquiera gravitación<sup>38</sup>.

§ 2. En este ambiente de carencia metodológica, la interrogante no es tanto cómo se hace para justificar que allí está operando con objetividad la

<sup>33</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 67-68.

<sup>34</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 80.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>36</sup> ALEINIKJOFF, *op. cit.*; Manuel ATIENZA y Juan A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*; Carlos ISLER SOTO, “Una crítica finnisiana al principio de proporcionalidad”; Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”. Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”.

<sup>37</sup> Andrés OLLERO TASSARA, *Filosofía del Derecho y Constitución*, p. 33.

<sup>38</sup> FRANCISCO J. URBINA, *A critique of proportionality and balancing*.

balanza de la justicia, sino cómo esto calza o disloca con la Constitución. Tomando de referencia a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y a la Constitución de España de 1978, dado que si bien se emparentan en un sinnúmero de aspectos, ambas tendrían que responder de manera diferente a la cuestión, habida cuenta que en su génesis buscaron marcar distancia o ser reactivas con dos pasados muy disímiles entre sí; una –la alemana– queriendo alejarse de un totalitarismo advenido por vías democráticas y canales legales; la otra –la española– tratando de apartarse de una dictadura o autocracia anterior<sup>39</sup>.

Ello determinó la centralidad que ocupa el resguardo del Estado de derecho en el texto de 1949, en contrapunto con el protagonismo que posee la democracia en el texto de 1978. El revulsivo contra el totalitarismo es el imperio del Estado de derecho, así como a la dictadura sirve de antídoto la democracia. No siendo la idea que una fórmula excluya la otra, las distintas prioridades o énfasis se explican de cara a las peripecias históricas que a ambas Constituciones preceden y que, de importante manera, las condicionan.

§ 3. En la Carta alemana, el artículo 28.1 es decidor:

“El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental”.

Vale decir, ubicados en esa sugestiva línea de sucesión, el Estado de derecho es el que posibilitaría la democracia, y no al revés.

En el Preámbulo de la Constitución española, de distintos modos, se menciona en primerísimo lugar la necesidad de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y las leyes conforme a un orden económico y social justo”, y después –solo después– la de “Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Consecuentemente, el artículo 1.1 expresa: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”.

§ 4. La invocación a Dios, en el Preámbulo, no menos que la solemne manifestación de que la “dignidad humana” es intangible en el inicio de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 1.1), delatan la impronta que en ella han dejado algunas nociones provenientes del iusnaturalismo cristiano-católico, lo que entraña también la asunción de un orden dado del universo, que no depende del arbitrio ínsito en el artificio de los hombres

---

<sup>39</sup> Manuel ARAGÓN REYES, *Estudios de derecho constitucional*, p. 152: “el establecimiento de la democracia frente a la autocracia anterior” es la clave de bóveda de esta Constitución; de su significación no solo política, sino también jurídica.

para ser lo que es<sup>40</sup>. La conformidad con este orden, en tanto obligatorio, sería, entonces, el punto de partida y de llegada –el alfa y el omega– de todo desarrollo legislativo o jurisprudencial de dicha carta fundamental.

Gustavo Zagrebelsky capta enseguida que esto malogra con mucho la idea de un “derecho dúctil”, e intenta descolorar dicha impronta afirmando que “tales nociones constituyen, si acaso, una contribución particular en un proyecto político-constitucional más amplio”, pasando a continuación a revelar el meollo del asunto: el retorno definitivo del iusnaturalismo

“lo habría impedido otro gran e irrenunciable componente del constitucionalismo actual: la democracia, que impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción ‘natural’ del derecho”.

No pudiendo, sino conocer los antecedentes que condujeron a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, donde aquella Ley Habilitante de 1933 (*Ermächtigungsgesetz*) marcó un hito inolvidable a no repetir, aun así, el prestigioso jurista italiano suscribe:

“El derecho [se refiere a la ley], producto de la voluntad mayoritaria, no se puede predeterminar en sus contenidos, como no se pueden predeterminar las mayorías que lo producen, sino que es expresión de imprevisibles y no predeterminables orientaciones políticas”<sup>41</sup>.

Olvidando lo acontecido en la Alemania de 1933, el autor parece aquí abreviar de cuanto escribiera Hans Kelsen en 1920: “la concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo”; puesto que son inaccesibles al conocimiento humano y las verdades absolutas no pueden ser objeto de votación, se necesita el retiro de las metafísicas religiosas a fin de hacer posible las transacciones en democracia<sup>42</sup>. Sin vislumbrar este académico austriaco que los totalitarismos por venir no lo harían precisamente invocando la “gracia de Dios”. Ni tampoco reparar en que el peligro no radicaría de suyo en la fe, como vía de acceso a la verdad, sino en quienes abrazan el idealismo irracional o la ideología o el mero fideísmo protestante, cuando ambicionan capturar para sí el poder transformador de la ley.

Como los filósofos griegos, que sin abjurar de “la religión”, *in totum*, sino solo, mediante uso de razón, se emanciparon de aquellos dioses caprichosos que jugaban con el destino de los hombres, sigue esta dirección Joseph Ratzinger, el santo padre Benedicto XVI, en su discurso al

<sup>40</sup> Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 67.

<sup>41</sup> ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 67.

<sup>42</sup> Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, pp. 131-136.

Parlamento Federal Alemán, del 22 de septiembre de 2011, al marcar la diferencia en estas materias con otras religiones: “el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado”, sino que “se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho”<sup>43</sup>.

§ 5. Bien es cierto que la doctrina anterior –la de Gustavo Zagrebelsky– si no cuadra con los objetivos que se tuvo en vista al escriturar la Constitución alemana, podría compaginar o calzar mejor con el texto español de 1978 y sus orígenes: sin tiempo ni posibilidades para plasmar algunos principios inalterables definidos desde la propia Constitución, y buscando –en su lugar– una salida rápida de consenso entre las distintas cosmovisiones que separaban al pueblo español, fue por eso que los padres constituyentes optaron por esbozar una obra llena de matices de procedencia diferente. Con otros tantos puntos abiertos o materias apenas insinuadas, cuando no desdibujadas, amén de un buen número de cláusulas abiertas, remitidas todas a un desarrollo legislativo-democrático posterior.

Dado que este “modelo democrático –se afirma– sólo determina *quién* manda, *cómo* manda y, en parte, hasta *dónde* puede mandar –por lo tanto– *qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de la elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador”<sup>44</sup>.

En otras palabras, es esta una “constitución abierta” a las más dispares variantes políticas, ya que

“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*”<sup>45</sup>.

§ 6. Como era de esperar, el uso intensivo de la ley por parte de sucesivos gobiernos socialistas, para introducir cambios radicales en España, especialmente en los campos educacional, cultural y social, no ha estado exento de críticas:

<sup>43</sup> En Joseph A. RATZINGER, *Discursos del Papa Benedicto XVI al mundo académico y de la cultura (un homenaje a la inteligencia)*, pp. 71-75.

<sup>44</sup> Marina GASCÓN ABELLÁN, “Particularidades de la interpretación constitucional”, pp. 285-316, véase lo citado en p. 287. Cfr. Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, pp. 76-77.

<sup>45</sup> Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, pp. 47-48 (las cursivas son del autor).

“una vez iniciado el desarrollo normativo de la democracia, la fuerza de la ley se demostró por su capacidad de transformar las conciencias y hábitos, haciendo ‘normal’, lo que hasta poco antes era ‘anormal’”<sup>46</sup>.

Ilustrativa, en este sentido, es la sentencia del Tribunal Constitucional español 198/2012, que aprobó el matrimonio homosexual. No porque el artículo 32 de la Constitución de 1978 no precisa si el matrimonio es entre parejas de distinto o del mismo sexo, sino porque

“se verifica una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institución matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura jurídica”.

Argumentación que ha sido blanco de reparos precisamente por reflejar una “interpretación evolutiva” de la Constitución, que vuelve a entronizar la voluntad de los hombres por sobre las leyes, cuyas

“reglas nazcan de la racionalidad y alejen de las decisiones del poder cualquier atisbo de factor humano que las haga arbitrarias, caprichosas o desnudos usos incontrolados de la fuerza física para torcer la voluntad y conducta del otro”,

según critica el catedrático español Ignacio Villaverde Menéndez<sup>47</sup>. Concluyendo:

“de este modo la Constitución se convierte en una simple norma orientativa, en un mero pretexto argumental en la ponderación judicial entre distintos principios, bienes y derechos en conflicto”<sup>48</sup>.

Pudiendo apuntarse, al pasar, que el señalado fallo, al admitir que la noción de matrimonio no cuenta con una posición unánime en la cultura jurídica española, es obvio que no se está basando en la recepción de la costumbre, en “el antiguo legislador que llaman vulgo” de que hablara Miguel de Cervantes, como fuente material para la adopción de nuevas leyes o sentencias. Con un respaldo social cuestionable, en lugar de la neutralidad, acá se ve cómo el juez representa un papel promocional anticipándose a los cambios.

§ 7. Merece la pena adentrarse todavía más en este asunto, agregando que estos nuevos contra-derechos o conflictividad entre derechos, aún si

<sup>46</sup> Javier BARRAYCOA MARTÍNEZ, *La Constitución incumplida*, p. 55 (entre varios, desde el sector más tradicional).

<sup>47</sup> Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales en el siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”, p. 43.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 50.

son modulados en sede legislativa o jurisdiccional, menos que contribuir al mutuo respeto dentro de una sociedad plural, acaso tienden a socavar la convivencia dentro de una determinada comunidad nacional.

Cuestión que implica despejar antes un problema epistemológico. Si a la Constitución se le ha de atribuir una función integradora, al implicar esta la existencia de una “comunidad nacional”, lo mismo que de una “colectividad inclusiva”, ¿no se estará abusando del universal? En países con millones y millones de personas, cada una vindicando un pensamiento particular, aun sin entrar en la querrela medieval de los universales, es sensato aceptar que dichos conceptos abstractos representan alguna unidad común, si no se encuentran excesivamente divorciados de los hechos; tal como hasta hoy –más de dos mil quinientos años después– se puede seguir reflexionando acerca de un “pensamiento griego”, para significar a todo un pueblo que –en un tiempo y un momento dados– participó de ciertas ideas, sentimientos y concepciones globales del universo<sup>49</sup>.

Asunto en el que ponen mayor o menor énfasis la mayoría de las Constituciones actuales, por ejemplo, la alemana, que concibe al pueblo alemán como una “comunidad humana” (artículo 1.2); como la española, alusiva a la nación española única e indisoluble (artículo 2) en sus relaciones con las demás naciones de “su comunidad histórica” (artículo 56); o como la chilena de 1980, que insta por la armonía de los derechos fundamentales con el bien común, dentro de una “comunidad nacional” (artículo 1° inciso cuarto) nutrida de los “valores esenciales de la tradición chilena” (artículo 22). Lo anterior, permite constatar la evidente búsqueda de determinada armonía entre todos y cada uno de los integrantes de tales comunidades, que –por pertenencia al patrimonio cultural greco-cristiano– se asentaría en la observancia de un orden natural de las cosas y en una escala de valores preexistente a descubrir (mediante un “obrar”), y no a crear (a través de un “hacer”).

Y si ese orden natural presupone un logos o razón, por lo tanto, su vigencia habría de resistir cualquier acto creativo –legal o judicial– que, por espontáneas predilecciones, venga a crear derechos o estados opuestos, contrarios o aún distintos a él.

### Conclusiones

1. No es dudoso que la dinámica de los cambios, consustancial a la democracia y, por lo demás, tan propia de la inquietud creativa

---

<sup>49</sup> Crane BRINTON, *Las ideas y los hombres. Historia del pensamiento en Occidente*, pp. 65-68.

de Occidente, puede desplegarse de forma amplia, si y solo si las decisiones estatales –adoptadas tras procesos justos y racionales– propendan al bien común con pleno respeto a la dignidad de las personas y los derechos fundamentales. Que, a contrario, excluye el abuso de la democracia para entronizar ideologías totalitarias, puesto que precisamente, para amagar esta posible subversión, es que se hallan las salvaguardas del Estado de derecho.

El problema es que este postulado se ha reflejado de manera tan amplia e imprecisa por algunas normas constitucionales, que por ello terminan dando pábulo para su transducción por jueces y legisladores; como temía el propio Hans Kelsen, casi toda regla de derecho puede encontrar justificación en ellas<sup>50</sup>.

2. La profundización de la nueva democracia implica una tal Constitución moldeable, a objeto de facilitar la entrada a nuevos derechos o estatus de identidad; en tanto que la conservación del Estado de derecho amerita una Constitución estable, a fin de preservar unos principios y derechos anteriores como inviolables.

La inveterada idea acariciada por el progresismo, de una democracia transformadora y vital, ahora ya no con las masas, sino que comprometida con la reivindicación de minorías rezagadas o sin atención, ha arremetido, entonces, para desafiar la idea de una Constitución vigente con un Estado de derecho estable; con validez universal y permanente, sostenido sobre la base de la razón o la naturaleza de las cosas, la libertad y los derechos preexistentes, a modo de pilares que mantenían unidas las fuerzas y los impulsos divergentes.

3. Se diría, pues, que se trata de una gremialización de los derechos, de una suerte de feudalismo posmoderno que fragmenta la sociedad política y atomiza las normas generales<sup>51</sup>; pero ahora sin el orden de esa secreta, pero presente constitución jurídica basada en un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y en un valor trascendente, el dios nomoteta, que dio armonía al *ordo iuris* medieval<sup>52</sup>.

Por ello, es el conflicto de los viejos derechos con los nuevos contra-derechos, unos cobijados por el Estado de derecho, otros advenidos con la democracia radical, fuente de irreductible tensión, cuando no de fagocitación. Y que no deja de ser tal, una aniquilación de unos por otros, por

<sup>50</sup> HANS KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, pp. 73-82.

<sup>51</sup> MAESTRO, *op. cit.*, p. 189.

<sup>52</sup> PAOLO GROSSI, *El orden jurídico medieval*, p. 35 y ss.

el hecho de contar con la aprobación del Estado<sup>53</sup>, después de un test de ponderación.

Nada muy seguro, todo muy azaroso.

### Bibliografía

- ABENSOUR, Miguel, *La democracia contra el Estado. Marx y el pensamiento maquiaveliano*, traducción de Jordi Riba, Madrid, Catarata, 2017.
- ALEINIKJOFF, T. Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra Editores, 2015.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- 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 la obra colectiva”, en Fernando REINOSO BARBERO (coord.), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- ARISTÓTELES, *Política III*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel y Juan A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra Temis, 2016.
- AYUSO, Miguel (ed.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- BARRAYCOA MARTÍNEZ, Javier, *La Constitución incumplida*, Madrid, Sierra Norte Digital, 2018.
- BORGOÑO, Cristián, *Cristianismo y derechos humanos. Influencias recíprocas, desafíos comunes*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2018.
- BRINTON, Crane, *Las ideas y los hombres. Historia del pensamiento en Occidente*, Madrid, Editorial Aguilar, 1952.
- BRUNELLO, Mario e Gustavo ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, Societa editrice il Mulino, 2016.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “500 años de la Reforma Protestante. Su incidencia en la religión, la ética y la política. Lutero y su influencia en el pensamiento jurídico”, en *Societas*, n.º 20, Santiago, 2018.

---

<sup>53</sup> ABENSOUR, *op. cit.*, pp. 22-23.

- CORTINA, Adela, *La Escuela de Fráncfort. Crítica y utopía*, Madrid, Editorial Síntesis, 2019.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 2, Santiago, 2012.
- DONOSO CORTÉS, Juan, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Madrid, Biblioteca Homologens, 2012.
- DWORKIN, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- EPP, Charles R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”, en AA.VV., *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.
- ISLER SOTO, Carlos, “Una crítica finnisiana al principio de proporcionalidad”, en *Ius Publicum*, n.º 26, Santiago, 2011.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- JEFFRIES, Stuart, *Gran Hotel Abismo. Biografía coral de la Escuela de Frankfurt*, Madrid, Turner Noema, 2018.
- KAUFMANN, Thomas, *Martín Lutero. Vida, mundo, palabra*, Madrid, Editorial Trotta, 2017. 2ª ed., 2018.
- KEANE, John, *Vida y muerte de la democracia*, México, Fondo Cultura Económica, 2018.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Editorial Comares, 2002.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- LACLAU, Ernesto y Chantal MAUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- MAESTRO, Jesús G., *El origen de la Literatura*, Barcelona, Antrhopos Editorial, 2017.
- MARCUSE, Herbert, *Un ensayo sobre la liberación*, México, Editorial Joaquín Mortiz, 1969.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

- NIEMEYER, Gerhart, *El precio de la verdad en tiempos de ideología*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016.
- OAKESHOTT, Michael, *Lecciones de historia del pensamiento político. Desde Grecia a la Edad Media*, traducción de Francisco J. López Atanes, Madrid, Unión Editorial, 2013, volumen I.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Filosofía del Derecho y Constitución*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.
- PENE VIDARI, Gian Savino, *Storia del diritto. Éta medievale e moderna*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014.
- PEREIRA, Gustavo, “Teoría crítica de la justicia. Una guía normativa para transformar las sociedades”, en Nicolás DEL VALLE (ed.), *La actualidad de la crítica. Ensayos sobre la Escuela de Frankfurt*, Santiago, Ediciones Metales Pesados, 2010.
- RATZINGER, Joseph A., *Discursos del Papa Benedicto XVI al mundo académico y de la cultura (un homenaje a la inteligencia)*, Santiago, Cuadernos Ius Publicum, 2013.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, en *Teoría y realidad constitucional*, n.ºs 12-13, Santiago, 2003.
- SCRUTON, Roger, *Pensadores de la nueva izquierda*, Madrid, Ediciones Rialp, 2017.
- SCRUTON, Roger, *El alma del mundo*, Madrid, Ediciones Rialp, 2016.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Evolución de la democracia moderna: de Rousseau a Habermas y más allá”, en Miguel AYUSO (ed.), *De la democracia avanzada a la democracia declamada*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- SERNA, Pedro y Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos entre derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- TORIBIO, Pablo (ed.), *Martín Lutero. Obras reunidas*, Madrid, Editorial Trotta, 2018.
- TROWER, Philip, *Confusión y verdad. Raíces históricas de la crisis de la Iglesia en el siglo XX*, Madrid, El Buey Mudo, 2010.
- URBINA, Francisco J., *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales en el siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978”, en Ramón PUNSET BLANCO y Leonardo ÁLVAREZ (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2018.
- VOEGELIN, Eric, *Las religiones políticas*, Madrid, Editorial Trotta, 1938.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

*JURISPRUDENCIA*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 5385-18, 13 de noviembre de 2018.