

**Año XIII — Julio - Septiembre de 1945 — No. 53**

# Revista de Derecho

**DIRECTOR: DAVID STITCHKIN BRANOVER**

**SECRETARIO: ORLANDO TAPIA SUAREZ**

## SUMARIO

<b>DAVID STITCHKIN B.</b>	<b>EL MANDATO CIVIL (CONTINUACION)</b>	<b>PAG. 225</b>
<b>MARIO CERDA MEDINA</b>	<b>EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ..</b>	<b>269</b>
<b>GERMAN MARTINEZ BUSTOS</b>	<b>ACTUAL LEGISLACIÓN SOBRE ARREN- DAMIENTO DE INMUEBLES ..</b>	<b>283</b>
<b>QUINTILIANO MONSALVE</b>	<b>LA REPRESENTACION Y EL PATROCINIO ..</b>	<b>295</b>
	<b>JURISPRUDENCIA</b>	
	<b>EXPEDIENTE SOBRE RECTIFICACION DE INSCRIPCION DE NACIMIENTO ..</b>	<b>307</b>
	<b>EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESION DE ABOGADO ..</b>	<b>313</b>
	<b>ROBO ..</b>	<b>317</b>
	<b>CASACION EN LA FORMA ..</b>	<b>323</b>

**PUBLICACIONES DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO  
DE LA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.  
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION  
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL COLEGIO DE  
ABOGADOS DE CONCEPCION**

MARIO CERDA MEDINA

## EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

CHARLA DICTADA BAJO LOS AUSPICIOS DE LA ACADEMIA JURIDICA DEL CENTRO DE DERECHO Y DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, EL 6 DE JUNIO DE 1945

### PRIMERA PARTE

#### Generalidades y fundamentos

**L**EYES *fundamentales y leyes comunes*.— En el sistema jurídico de los Estados de Derecho — y vale recordar que el nuestro es uno de ellos — se acostumbra a distinguir, siguiendo las doctrinas de la filosofía *jus naturalista* del siglo XVIII, entre leyes fundamentales y leyes comunes.

Esta distinción, primitivamente de un valor puramente doctrinario, después del magno acontecimiento constituido por la Revolución Francesa — y aun antes si se considera la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica — encontró su concretación en diversos textos legales, especialmente en el terreno del Derecho Público, en Francia primero y luego en los diversos Estados del mundo que fueron objeto de su influencia intelectual.

Son los teóricos de la concepción filosófica-jurídica *jus naturalista*, de la rama llamada del "Pacto Social", sobre

todo Hobbes de Malmesbury y Juan Jacobo Rousseau, los que primero establecen la expresada distinción, al indicar que las leyes fundamentales o Constituciones no son otra cosa que confirmaciones o ratificaciones del pacto social primigenio, indispensable para la existencia de la sociedad y verdadero nudo de conjunción entre el "estado de naturaleza" anterior y la subsiguiente "sociedad civil".

Estas Constituciones o leyes fundamentales se hacen necesarias por el desconocimiento del origen del poder — la voluntad popular — por parte de sus actuales detentadores, pues ocurre con relativa frecuencia — y por desgracia es de diaria comprobación — que los gobernantes olvidan con facilidad su investidura popular y asumen actitudes autocráticas frente a los electores.

Es cierto que esta concepción de la Escuela Jus Naturalista del Pacto Social no merece hoy el crédito que tuviera en los siglos XVII y XVIII, pero no es menos cierto que esta doctrina influyó decisivamente en la génesis de nuestras instituciones políticas y que, a pesar del tiempo transcurrido desde su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de la severa crítica a que se le ha sometido, tiene todavía muchos partidarios e inspira — por decirlo así — el movimiento constitucionalista del siglo XIX.

Nuestra Constitución Política — bastante novedosa en muchos aspectos — ha sido dictada bajo los supuestos de la Escuela del Pacto Social y tanto es así que un detenido examen de sus instituciones fundamentales nos hace entrever a cada instante fieles trasuntos de sus tesis y planeamientos.

Intimamente ligada con la Escuela jus naturalista del Pacto Social e indudablemente nacida también del mismo movimiento ideológico que encuentra su culminación en la Reforma y el Renacimiento, está en la escuela político-filosófico-jurídica conocida con el nombre de Escuela Liberal o individualista, que concibe como fin primordial del Estado el respeto y aseguramiento de la libertad humana, en todas sus manifestaciones, libertad considerada como facultad innata e ilimitada del individuo.

El Estado, según esta escuela, no es sino un mal necesario, un ente político con atribuciones derivadas, previamente establecidas, cuya existencia es justificable únicamente por la necesidad de mantener el orden interno en los límites jurisdiccionales y el respeto de la soberanía en el exterior, bases indispensables para la existencia de una auténtica libertad.

De acuerdo con estas ideas la labor del Estado está enmarcada por numerosas restricciones legales, sin que este organismo pueda salirse bajo ningún pretexto de los límites estrictos que le fijan las normas constitucionales que — como ratificación o confirmación del Pacto Social — establecen sus límites o esfera de actividad (1).

Fluye de lo expresado que siendo la Constitución o Código Fundamental la ley primordial, a la cual deben las demás subordinarse, demás está decir que cualquiera violación o atentado contra sus principios ha de tener repercusión en el ámbito todo del derecho, interesando esa violación no tan sólo al derecho público, sino también al derecho privado, según sea la violación atentatoria de una norma exclusiva del derecho público o violatoria también de una norma de derecho privado, lo que ocurriría, por ejemplo, si una ley atentara contra el derecho de propiedad en cualquiera de sus manifestaciones constitucionales.

2.—*La escuela liberal o individualista.*— Dentro de los estrechos límites que la extensión de este trabajo permite, se puede decir con Harold Laski que "El siglo XIX es la época del triunfo liberal; ninguna doctrina habló con la misma autoridad o ejerció una influencia tan general desde Waterloo hasta la iniciación de la Gran Guerra. Su triunfo fué, sin duda, un fenómeno complejo, pues ni sus mismos entusiastas corifeos, tuvieron plena conciencia de lo que perseguían, y — como el mismo Laski lo hace notar — sus conquistas son tan vastas que el mundo que creó en esos cien años habría parecido muy próximo a lo inconcebible aún a quienes —

---

(1) Sampay, Arturo: "La Crisis del Estado de Derecho Liberal Búenós", Losada, 1942, pág. 63 y siguientes, B. Aires.

como Adam Smith — fueron los principales arquitectos doctrinales de su advenimiento (2).

Pero, ¿qué significa este liberalismo? ¿Cuáles son sus ideas matrices, cuál su origen, cuál su entronque con el Estado actual?

Las interrogaciones planteadas han sido contestadas y desarrolladas en voluminosos tratados, pero dada la limitación de nuestro trabajo, no podemos pretender siquiera elaborar una exposición exhaustiva, sino que debemos limitarnos a señalar las principales características del liberalismo, a grandes rasgos, recurriendo, en lo posible, a sus principales expositores.

Para establecer de una manera sistemática la estructura del Estado del tipo liberal, hay que reconocer que el principio básico en que se apoya es la comprobación de la existencia de ciertos *derechos llamados fundamentales*.

Con el objeto de establecerlos, el hombre que aparece con el Renacimiento y la Reforma y que prolonga su existencia hasta los días agónicos del primer cuarto del siglo XIX, sienta la siguiente fórmula distributiva que luego se convierte en un postulado críticamente incontrovertible: "En principio, la esfera neta de la libertad individual es ilimitada, mientras que las derivadas atribuciones del Estado están rigurosamente establecidas". Esta frontera común, donde el poder y el individuo se tocan y se separan, eliminando todo intermedio — la declaración de los derechos del hombre no comporta sino dos datos: el hombre y el Estado — es el rasgo decisivo que caracteriza al Estado Liberal, cualquiera que sea la estructura política de su gobierno" (3).

Desde luego — y por poco perspicaz que se sea — se advierte que semejante concepción obedece a una especial valoración del individuo — de tipo antropocéntrico — que es peculiar a la Cultura Moderna, y que sólo el Estado de Derecho Liberal es capaz de plasmar institucionalmente.

Casi consideramos innecesario establecer que la menta-

---

(2) Laski, Harold: "El Liberalismo Europeo", Fondo Cultura Económica, México 1939, pág. 339.

(3) Sampay, Arturo: Ob. cit., pág. 63.



lidad de cada época surge de acuerdo con las condiciones sociales ambientes y que el Renacimiento — revolución económica, jurídica-artística — trajo como inmediata consecuencia una diferente concepción del mundo de la que dominaba en la Edad Media y, desde luego, una alteración fundamental acerca de los valores e ideales hasta entonces vigentes (4) (5).

No está demás recordar que la Edad Media se caracteriza por concebir a Dios como centro y creador del Universo, Dios es la suprema causa final del mundo. Según esta ideología trascendentalista por excelencia, las actitudes del hombre del medioevo están ahormadas, por decirlo así, por la constante preocupación extra terrenal de la salvación del alma inmortal y, por ello, su cosmovisión aparece presidida por la excelsa idea de la divinidad.

De aquí que la pirámide de la jerarquía feudal — consustancial a la Edad Media — tuviera en su cúspide a la idea de Dios y, si según esta idea cada hombre tenía un amo, Dios es el señor de los Reyes y Emperadores.

El Renacimiento y la Reforma reaccionan en contra de los puntos de vista medievales y llegan a elaborar — después de un largo período de lucha — afirmaciones que constituyen su antítesis.

En vez de trascendentalismo y vida extra terrena, se afirman el inmanentismo y la vida mundana; en vez de la idea de la divinidad presidiendo el Estado y la Sociedad, la idea del hombre libre, supremo centro del Universo; en vez de la salvación del alma inmortal, la salvación del hombre perecedero, sujeto de todos los derechos y libertades. La satisfacción del goce sensorial es el grito unánime del Renacimiento.

El leit motiv de los tiempos modernos ya no es — como antes — Dios, sino hombres de carne y hueso, entes aislados e inorgánicos, titulares de todas las potestades por el solo hecho de nacer o "por su eminente dignidad humana" como habría de decirse mucho más tarde.

---

(4) Funk-Brentano, Frantz: "El Renacimiento", Zig-Zag, Santiago 1939, Especialmente Capítulo XVIII.

(5) Libedenski, Simón: "El Materialismo Dialéctico", Ercilla, Santiago 1938, Capítulo XV.

En este torbellino de ideas nuevas nace la escuela Individualista o liberal, intimamente enraizada con las nuevas tendencias de la economía, las que, por otra parte, no hace sino justificar.

El hombre recién aparecido ama el lucro. No queremos decir con esto que los hombres de épocas anteriores no hubieran tendido a la obtención de ganancias o utilidades económicas, pero nunca como en el Renacimiento, al menos en el ámbito de la cultura Occidental, el amor al provecho, la exasperación de la utilidad — según el decir de Max Weber — había adquirido tanta y tan grande importancia (6).

El hombre moderno — repetimos — ama el lucro, pero por doquier se encuentra con barreras, restos de las defensas establecidas por la Edad Media en favor de los privilegiados y las clases desvalidas y esos verdaderos obstáculos de una libertad económica más amplia pronto fueron objeto de los ataques de la naciente clase social — la burguesía — y son destruidos, primero en Inglaterra y en seguida en Francia y el resto del continente europeo. Los gremios y las corporaciones medievales limitan la libertad de trabajo y son destruidos entonces para siempre, hasta que nuevas necesidades y acontecimientos del devenir social hagan de nuevo necesaria su reaparición.

"El subjetivismo de la libertad — dice Sampay — se convierte en la predominante forma de vida e influye de manera decisiva en todas las creaciones culturales de la época, como la religión, la moral, la ordenación de la familia, los métodos pedagógicos" (7).

Toda la filosofía liberal puede condensarse en el consejo de Gournay a los ministros de Luis XV, Rey de Francia: "Laissez faire; laissez passe, le monde va de lui même". Existió según ella un orden natural (concepción fisiocrática); los ciudadanos poseen derechos naturales individuales independientes de toda autoridad social o política; todo sujeto de poder que viole estos derechos se convierte en un detentador ilegítimo de la fuerza. Estos derechos son la libertad

(6) Funck-Brentano, Frantz: Ob. cit., especialmente Capítulo III.

(7) Sampay, Arturo: Ob. cit., pág. 178.

individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, en la que está comprendida su publicidad, el goce de la propiedad, la garantía contra la arbitrariedad.

Es interesante observar la tonalidad eminentemente económica que tienen todas estas libertades para los teóricos de la doctrina liberal. Por vía de ejemplo haremos algunas citas:

"El único fin de las naciones modernas — dice Benjamín Constant — es el descanso, la comodidad, y como fuente de comodidad la industria. Se acumula la riqueza para gozar; se goza para olvidar las desgracias inevitables de la vida. No hay persona que no quiera el reposo, la seguridad, el goce de sus bienes, la seguridad de su vida; en fin, todas las ventajas que da la libertad" (8).

La libertad política es la garantía de la libertad individual, pero debe ser solamente otorgada a los propietarios y comerciantes. Son características las palabras de Constant: "Yo no quiero hacer ningún ataque a la clase laboriosa. Esta clase no tiene menos patriotismo que las otras clases, ella se presta a los sacrificios más heroicos, y su denuedo es aún más admirable, ya que no está recompensado ni por la fortuna ni por la gloria. Uno es — yo pienso — el patriotismo que da el coraje necesario para morir por el país, y otro el que hace conocer sus intereses. Hace falta una condición más que el nacimiento y la edad prescrita por la ley. Esta condición es el ocio indispensable para la adquisición de las luces, para la rectitud del juicio. La propiedad sólo asegura este ocio, la propiedad sólo hace capaces a los hombres del ejercicio de los derechos políticos" (9).

Aunque parece que en la actualidad no hay liberales que se atrevan, al menos, a sostener tan peregrinas ideas, nos hemos tomado el trabajo de citar a Constant con el objeto de presentar de una manera más o menos clara el conjunto de las ideas imperantes en el momento en que empieza a estructurarse la teoría del Estado de Derecho Liberal.

Para terminar con lo relativo a la Escuela liberal o individualista haremos una breve incursión en las ideas de

---

(8) y (9) Benjamín Constant. Citado por Sampay, *ob. cit.*, págs. 182 y 183.



Stuart Mill que — como hace notar L. T. Hobhouse — nos llevan a la esencia íntima del liberalismo (10).

"Mill — como buen utilitario, — no admite derecho alguno individual opuesto a la prosperidad pública, sosteniendo el criterio de que el bienestar colectivo está vinculado con los derechos individuales" (11).

El utilitarismo es el sustrato filosófico de la concepción individualista de John Stuart Mill; por lo tanto, para él predomina en las acciones de los hombres el deseo de alcanzar la felicidad mundana, evitando el sufrimiento y la desgracia, pero como el bienestar de cada uno está en relación con los actos de los demás, se hace necesario establecer determinadas limitaciones legislativas que alcancen a la libertad de todos. Para juzgar los actos de la vida hay que fijarse simplemente en sus resultados. "Debe hacerse constar que prescindiendo de toda ventaja que pudiera derivarse para mi argumento de la idea abstracta de lo justo como de cosa independiente de la utilidad. Considero a la utilidad como la suprema apelación en las cuestiones éticas; pero la utilidad en su más amplio sentido, fundada en los intereses permanentes del hombre como ser progresivo. Estos intereses autorizan, en mi opinión, el control externo de la espontaneidad individual sólo respecto de aquellas acciones de cada uno que hacen referencias a los demás" (12).

Después de este análisis somerísimo de las ideas liberales, podemos claramente percibir que las libertades de las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y sus consiguientes garantías son medios de técnica constitucional elaborados para su cuidado y salvaguardia.

3.—*El estado de derecho.*— El Estado — conjunción orgánica de población territorio y gobierno — tal como hoy lo concebimos — es una creación relativamente reciente. Se le conoce con el nombre de Estado de Derecho, lo que, reducido a sus términos más simples, significa que los gobernantes o detentadores del poder público, lo mismo que los

(10) y (11) L. T. Hobhouse: "Liberalismo", Barcelona 1927, págs. 89 y 96.

(12) John Stuart Mill: Citado por Sampay, ob. cit., pág. 188.

gobernados, están obligados a cumplir las normas obligatorias que ellos han dictado, sin poderse dispensar de ese cumplimiento.

Al respecto conviene citar al eminente tratadista francés León Duguit, quien nos expresa: "Al decir que el Estado está ligado por el derecho, se quiere dar a entender, desde luego, que el Estado legislador está obligado por el derecho a hacer ciertas leyes y a no hacer otras ciertas leyes. Se quiere decir, además, que, hecha una ley por el Estado, en tanto que esta ley subsista, el mismo Estado queda ligado por la ley que él hizo, puede modificarla o derogarla; pero mientras la ley exista, tan obligado está él a obedecerla como sus propios súbditos; y sus administradores, sus jueces y sus legisladores mismos tienen el derecho de aplicar la ley, y no pueden obrar más que dentro de los límites marcados por ella. Este es el régimen llamado *de la legalidad*" (13).

Este Estado aparece junto con el triunfo de la burguesía y representa precisamente su concepción del mundo y de la vida. Al respecto cabe citar a Sampay, quien nos dice: "Utilizamos la expresión Estado de Derecho para significar el Estado real que conformó la burguesía con el cartabón de su orbe mental cuando advino predominante" (14). Dicho de otra manera, cuando hablamos de Estado de Derecho, implícitamente le añadimos a esta locución el núcleo de las ideas individualistas y democráticas que a lo largo del siglo XIX y en el primer cuarto del siglo XX, se realizaron en el Estado Liberal.

El concepto de Estado de Derecho lo fijamos, entonces, desde el punto de vista de la libertad burguesa, y ésta se reduce — como luego veremos — a un problema de seguridades jurídicas-formales, pues, — como ya lo hemos hecho notar — el pensamiento de los derechos fundamentales, que reconocen la independencia del hombre frente al poder político, contiene el principio básico de la distribución de los poderes en que se apoya el Estado de derecho liberal-burgués.

Este hecho de derecho sintetiza de manera eficiente la

---

(13) Duguit, León: "Manual de Derecho Constitucional", Madrid 1921, pág. 33.

(14) Sampay, Arturo: Ob. cit., pág. 62.

lucha de la burguesía frente a los cuadros tradicionales y privilegiados del Estado absoluto y que — como hace notar Harold Laski — no se impuso sin luchas, por establecer un derecho formal que garantizara y delimitara el reducto de la libre actividad. Al mismo tiempo que procura el total encajonamiento jurídico de la acción estadual por medio del establecimiento de competencias preestablecidas en las leyes constitucionales, rigurosamente mensuradas y circunscritas.

Como puede verse en lo expuesto: la burguesía lucha por obtener, y lo consigue, el establecimiento de los llamados "*Derechos individuales*", como medida para asegurar la libertad en todas sus manifestaciones y por establecer también el *principio de la estricta legalidad*, como medio de evitar los rozamientos entre los órganos del Estado y la consiguiente arbitrariedad.

4. *El fin del Estado: La garantía de la libertad.*— El Estado creado minuciosamente por la burguesía imperante orienta su estructura fundamental en el sentido del aseguramiento de la libertad concebida en la forma del subjetivismo racionalista, y cuyo proceso de concreción se va operando en el período que de la Reforma y el Renacimiento hasta la Revolución Francesa de 1789.

En la Weltanschauung del hombre moderno el fin de la vida es absolutamente mundano, o para diferenciarla del de la Edad Media, un fin eminentemente terrenal. El hombre que triunfa con la Revolución Francesa es el burgués arquetípico y este tipo psicológico de hombre se caracteriza porque sus maneras de ver y de sentir, sus ideas y sus valores están totalmente ahormadas o adecuadas *para este mundo*, en el que cree exclusivamente y donde espera la plenitud del goce sensual. En este tipo de hombre se encarna especialmente el inmanentismo del Renacimiento, pero como en toda inmanentización de la vida lo económico es el factor decisivo — puesto que es el fundamento de todo bienestar material — lo económico se convierte en el móvil de la actividad humana. El hombre — entonces — se convierte en el prototipo del "*homo oeconomicus*" y estiliza su vida de acuerdo con el valor utilidad, se informa totalmente por el predominio de lo material, por la calcubilización del modo de vivir en el

mundo, por la exasperación individual del lucro. De este venero emana también su concepción de la libertad.

Pero no es sólo la santificación del éxito de la vida temporal lo que caracteriza al burgués, sino también la suspiración con que actúa y la precaución de tomar minuciosas garantías para no ser objeto de engaños, de lo cual nace su inveterado amor *hacia la legalidad*.

Consecuente con su conformación psicológica, monta en la Constitución del Estado un preciso mecanismo jurídico formal que le sirva de coraza o defensa de su libre actividad. Por medio de él estatuye una serie de principios que tienen por fin evitar los abusos antes que establecer nuevos usos positivos.

De aquí que el status jurídico que crea — el Estado de Derecho liberal burgués — organiza por medio de regulaciones jurídicas las garantías de la libertad subjetiva, que consagra en la parte dogmática de las Constituciones y que están calcadas en el modelo arquetípico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano.

La libertad se reduce al imperio de la ley formal, y, al respecto, vale citar a Montesquieu, monitor del Estado Liberal, que la define como: "El derecho de hacer todo lo que las leyes permiten". Es la hipervaloración del principio de la legalidad como fundamento de la construcción jurídica del liberalismo. Y, ¿no significa un total desmedulamiento de la libertad la definición de la misma formulada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano? "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden determinarse por la ley".

Finalmente y como corolario de lo expuesto, el Estado de Derecho liberal burgués traza una separación absoluta del *dominio económico*, reservado a las libres iniciativas individuales, y del *dominio político*, reducido a las funciones estrictamente indispensables para el mantenimiento de la libertad en la seguridad. Recordemos el esquema ortodoxo del liberalismo: "La libertad es un principio suficiente de equilibrio y de progreso, que posee la virtud curativa implícita de solucionar



las perturbaciones que alteran la automática ordenación de los intereses individuales en un régimen de libre competencia. Se integra este mecanismo autorregular con *el interés individual en la base, con la libre concurrencia como medio y con la libertad como condición.*

La reserva del campo económico para las libres iniciativas individuales es fundamental en este Estado, y la neutralidad y abstención del Estado en este terreno queda invulnerablemente asegurada por las Constituciones liberales, con una serie adecuada de garantías legales. En primer término con el reconocimiento de la intangibilidad del derecho de propiedad, que hace del propietario dueño absoluto de un bien, con la única limitación de la expropiación por causa de utilidad pública. Completa esta intangibilidad de la propiedad privada, propiamente dicho, la prohibición de la pena de confiscación de bienes por la comisión de delitos políticos. En el mismo sentido, es de importancia fundamental el aseguramiento de la libertad de trabajo, de contrato, de industria y de comercio y de tránsito terrestre y fluvial. A igual finalidad tienden también las minuciosas precauciones adoptadas contra la facultad tributaria del Estado, como la igualdad y la certidumbre de las cargas públicas, su proporcionalidad o profesión; a la concesión del privilegio de iniciativa para la Cámara de representantes — que es donde el capital se atrinchera preferentemente — respecto de los proyectos de leyes de esta índole. Con estas garantías logra la burguesía su más sentida aspiración de un ordenamiento jurídico constitucional — que pusiera el menor número de trabas éticas y políticas, a la actividad individual, creándole a su favor un infranqueable reducto jurídico que conocemos con el nombre de libertad económica.

5. *La división orgánica y funcional de los poderes.* — Otro elemento de la estructura del Estado de Derecho Liberal, que trasunta su constante devoción o fervor por la *legalidad formal*, es la división de los poderes estatales como insuperable medio técnico para asegurar la libertad.

Es necesario llegar hasta Montesquieu, que resume y completa a Locke y Bolingbroocke, para encontrar la fórmula

de la moderna teoría de la división de los poderes, piedra angular del Estado de Derecho Liberal.

Cuando se opera la ascensión de la burguesía al control del poder político en América y Francia, sus respectivas Constituciones, la Federal de Filadelfia (1787) y la Francesa de 1791, consagran la separación de los poderes como la mejor garantía de la libertad.

A lo largo del siglo XIX, prácticamente, el principio se universaliza como elemento necesario del Estado de Derecho.

Montesquieu había expresado: "Una constitución justa es aquella en la que ningún gobierno puede abusar del poder. Pero la experiencia eterna nos enseña que todo hombre que goza de un poder se ve inclinado a abusar de él; llega hasta donde encuentra límites. Por consiguiente, para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder refrene el poder".

Este principio de la separación de los poderes no significa en realidad otra cosa que los mandatos confiados por la nación a los gobernantes deben estar limitados a cosas precisas, ponderados y refrenados unos por otros, siempre a disposición de la nación, dispuestos a servirla, impotentes para esclavizarla".

De esta manera el Estado de Derecho Liberal se constituye como un órgano político de *competencias regladas* por las normas jurídicas, que en el desempeño de sus funciones no se valen de *medios que no estén autorizados* por el derecho positivo vigente, y cuya acción está *totalmente normada por las leyes*. Los órganos del Estado actúan sobre los ciudadanos de acuerdo con una regla establecida previamente, sin que pueda exigir de ellos prestación alguna sino en virtud de normas preconstituídas.

El ideal de la seguridad formal del derecho en el Estado Liberal, se colma con el intento de someter la vida y actividad del Estado a *contralores jurisdiccionales*.

Con tal motivo, entre las funciones del Estado se destaca una: la *jurisdicción política*, a la que le incumbe decidir todas las desavenencias, rozamientos y dificultades que surjan en el proceso de la formación de la voluntad política y que tengan como partes a los órganos del Estado.

Dentro de esta función genérica de jurisdicción política, cabe mencionar *el control de la constitucionalidad de las leyes*, como la más alta salvaguardia del Estado de Derecho (15).

El contralor jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes obliga a los órganos gubernamentales a realizar sus funciones dentro del área previamente establecida por las normas constitucionales y actúa, al mismo tiempo, como una garantía eficiente de los derechos individuales.

Sin embargo, es preciso hacer notar que este mecanismo del control constitucional de las leyes, sólo cabe cuando existen *Constituciones rígidas*, es decir, caracterizadas por la circunstancia de no poder ser derogadas o modificadas por el proceso legislativo corriente, sino mediante procedimientos especiales y dificultosos. Por otra parte, conviene no olvidar que las Constituciones no son el fruto del poder legislativo, sino del poder Constituyente, al cual el primero está sometido o subordinado. Esta diferencia entre la competencia de las funciones de los poderes indicados, traspasa a la Constitución la cualidad de ley suprema, estableciendo la preeminencia de las leyes constitucionales sobre las leyes ordinarias.

Se ejerce el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes por *razón de la forma o del contenido de los preceptos legales*. Dicho de otro modo, se pueden distinguir dos formas de inconstitucionalidad: *formal o extrínseca o material o intrínseca*.

Con lo recientemente expresado, dejamos sintéticamente esbozada la institución más sólida en la preservación de la legalidad en el Estado de Derecho contemporáneo.

---

(15) Cosentini, Francisco: "Filosofía del Derecho", pág. 381.