

**A LOS CUARENTA AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS
PODERES PÚBLICOS**

Por José Raúl HEREDIA

RESUMEN: Ha cumplido cuarenta años la Constitución española de 1978 -aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, sancionada por el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978 entró en vigor el 29 de diciembre de 1978 el mismo día de la publicación de su texto en el boletín oficial del Estado según su DISPOSICIÓN FINAL-. No es nuestro propósito recordar las vicisitudes y avatares que la precedieron -sin duda un proceso histórico, social, cultural y político complejo- sino, a modo de salutación, recordar muy brevemente lo que pudo decirse de ella por calificados autores españoles y retomar por su importancia en el derecho comparado una previsión de esa Constitución de singular contenido según nuestro parecer.

I. Introducción.

1. Citaremos en el inicio a dos autores de incuestionable prestigio en España y en el mundo jurídico; en primer lugar, *Eduardo García de Enterría* quien ha destacado dos características que hacen a la Constitución singular en la historia española. Una, su significación política por ser la obra del pueblo en su conjunto y no de una fracción, y, dos, su notable novedad jurídica. Como obra política ha cerrado el ciclo de las guerras civiles, hecho sin parangón en sus antecesoras; igualmente sin paralelo con ninguna otra, ella misma se erige en una norma jurídica, invocable en juicio que no se limita a distribuir funciones en el seno de una macro-organización. Para que se aprecie su extraordinaria

significación hace notar el citado autor que hasta 1978 el mundo jurídico comenzaba en la ley.¹

Puntualiza que la Constitución no era en Europa antes de la Primera Guerra Mundial una norma invocable ante los Tribunales. Sólo la recepción del artefacto (*SIC.*) que es la justicia constitucional en la primera posguerra, pero según la fórmula kelseniana de un Tribunal Constitucional concentrado y no del sistema de jurisdicción difusa americano, permitirá hablar por primera vez de la Constitución como norma, en cuanto se erige en canon de validez de las Leyes. El constitucionalismo de entreguerras -dice- camina penosamente por esta vía, que solo en Austria consigue funcionar (aunque en período muy limitado). Interesa esta aseveración: esta falta de condición normativa de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea que no admitió nunca que fuera invocada como norma de decisión de litigios y menos aún como paradigma de validez de las Leyes.

Es en la segunda posguerra que surge triunfante el principio democrático que pasa a ser el único e indiscutido principio de la organización política, aceptado por todos y soporte de la concepción basilar de la Constitución como pacto civil universal. Ahora será la concepción imperante en cuanto inserta el valor normativo de la Constitución en todo el ordenamiento y obliga a su interpretación y aplicación por todos los Tribunales ordinarios. El modelo se plasma en la Ley Fundamental de Bonn, 1947,² y en la Constitución

¹ *LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 COMO PACTO SOCIAL Y COMO NORMA JURÍDICA*, por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA escrito para la edición conmemorativa del 25 Aniversario de la Constitución Española 1978-2003, Madrid, 6 de diciembre de 2003. Importa citar también lo que el autor señala en *Problemas de Derecho Público Al Comienzo Del Siglo* (Civitas, Madrid, 2001), esp. Págs. 102-103.

² Así citado por el autor en el texto que sigo. Leo en la publicación del texto actualizado hasta octubre de 2010: El Consejo Parlamentario

italiana de 1948. En Francia no plenamente en 1958. Y es la concepción de la Constitución española de 1978.³

2. Citamos en segundo lugar a *Francisco Fernández Segado* quien ha destacado la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto éste, de un modo esencial, ha asumido el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y ha manifestado que conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de "nuestro ordenamiento", y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y, por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella. Por ello mismo, es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales. También, que la Constitución es una norma de ejecución y efectos inmediatos.⁴

3. En los libros homenajes a Bidart Campos, a François Chabas⁵ y a Luis Moisset de Espanés destacábamos la fuerza

ha comprobado, en sesión pública el 23 de mayo de 1949 en Bonn, que la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, acordada el 8 de mayo de 1949 por el Consejo Parlamentario, ha sido aprobada en la semana del día 16 al 22 de mayo de 1949 por las representaciones del pueblo de más de los dos tercios de los Länder alemanes participantes. En virtud de esta comprobación, el Consejo Parlamentario, representado por su Presidente, ha sancionado y promulgado la Ley Fundamental. Así pues, y conforme al artículo 145, inciso 3, se publica la Ley Fundamental en el Boletín Oficial Federal. Esta orden de publicación apareció en la primera edición del Boletín Oficial Federal, con fecha 23 de mayo de 1949.

³ *Problemas de Derecho Público Al Comienzo Del Siglo* (Civitas, Madrid, 2001).

⁴ *El Sistema Constitucional Español*, DYKINSON, MADRID (1997), p. 74-d).

⁵ V. HEREDIA, José R., "La Constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales". Responsabilidad Civil, Libro Homenaje al Prof. François Chabas, autores varios,

vinculante de la Constitución como fenómeno novedoso en Europa en las últimas décadas del siglo XX⁶ y también como una renovada lectura de la Constitución entre nosotros desde el advenimiento en 1983 del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. No nos detendremos en esos aspectos aquí aunque no podemos dejar de mencionar este concepto de German Bidart Campos: "Bueno resulta, entonces, que ahora la doctrina de la supremacía se enuncie mediante la teoría de su fuerza o vigor normativos".

Interesa cerrar esta introducción, en la que pretendemos resaltar la *constitucionalización* del Derecho y la dimensión de la Constitución como norma jurídica vinculante, citando a la Corte:

"... como principio, corresponde recordar la doctrina de esta Corte según la cual la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492). Esta conclusión armoniza con la antigua doctrina del Tribunal conforme con la cual 'las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas

coordinado por la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni, 2007.

⁶ "Bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse de principio de constitucionalidad, porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho" (*La Constitucionalización del Derecho*, por Louis Joseph Favoreu. Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, "La unidad del derecho", París, Economica, 1996, pp. 25 y siguientes, reproducido en Rev. derecho (Valdivia), ago. 2001, Vol. 12, No. 1, pp. 31-43.

en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias...".⁷

II. La interdicción de la arbitrariedad.

1. La Constitución española contiene esta previsión:

9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La última disposición consagra la prohibición a los poderes públicos para actuar conforme a la mera voluntad de sus titulares, sin ajustarse a las normas. Como se ha dicho en la doctrina española, la seguridad jurídica, expresa en la norma, deriva de un Derecho del que el Estado no es sólo creador y garante, sino también sujeto vinculado.⁸

2. García de Enterría, él mismo lo informa así, ha sido el primer autor que habló en España de un principio de interdicción de la arbitrariedad oponible a la Administración como un límite a su libertad de actuación. Rubio Llorente le atribuye haber influenciado para que se consagrara en la Constitución tal principio reprochándole que se trataba de una incorporación innecesaria frente a la consagración de la garantía de igualdad.⁹ Como ha destacado

⁷ "Urteaga", 15-10-1998; T. 321 P. 2767.

⁸⁸ José L. Mezquita Del Cacho, en *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar*, ed. Bosch, Barcelona, 1988.

⁹ Véase *¿ES INCONVENIENTE O INÚTIL LA PROCLAMACIÓN DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL? UNA NOTA* [Rev. De Administración Pública (124), 211-230 (V. en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1132>)], por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, respuesta a una nota de FRANCISCO RUBIO LLORENTE

el maestro español fue el Senador constituyente Lorenzo Martín-Retortillo,¹⁰ discípulo de García de Enterría, quien mocionó la incorporación del principio, ya conocido en la doctrina y en la jurisprudencia, al derecho positivo a nivel constitucional.

Se advierte en estos fecundos autores una constante recurrencia a la garantía de igualdad y su resguardo principalmente por el legislador en referencia histórica al pensamiento de *LEIBHOLZ* quien, ilustran, acuñó la expresión *interdicción de la arbitrariedad* en Alemania en 1925 dentro del primer constitucionalismo weimariano. Tuvo en miras el resguardo del principio de igualdad por el legislador -se relacionó así al proceso de producción de la leyes y no solo a su aplicación- y desde García de Enterría (1959) la doctrina española lo concibió con un contenido más extenso.

3. Relacionamos el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como un límite infranqueable al ejercicio de *todo* poder estatal en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, trasladable a nuestro orden jurídico, según creemos, sin dificultad aunque no esté expreso en la Constitución argentina. Opinamos que está contenido el principio en los pilares que son las declaraciones y garantías de los artículos 28, 33, 14, 16, 17, 18 y 19, C. N., enfatizados por el derecho internacional de los derechos humanos, art. 75 (22), y lo que en su desarrollo ha sentado la Corte Suprema a lo largo del tiempo.

incluida en el libro colectivo *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 91 y ss., con el título *Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad*.

¹⁰ V. el libro del citado Martín-Retortillo al que remite el mismo García de Enterría "Materiales para una Constitución (Los trabajos de un Profesor en la Comisión Constitucional del Senado), Alkal Ed., Madrid, 1984.

Como dijo el Dr. Petracchi "todas las protecciones que el art. 18 de la Constitución Nacional asegura frente a las intromisiones estatales en los derechos del individuo tienen como común denominador la proscripción de la arbitrariedad".¹¹

Cabe recordar que, entre nosotros, en relación con el proceso de producción de la leyes, un capítulo del poder, Juan Francisco Linares en una obra ya clásica -*Razonabilidad de las leyes*-¹² nos enseñó el valor de la garantía que él mencionó como del *debido proceso legal*, expresa en su contenido adjetivo, artículo 18 C.N., "innominada" en su faz sustantiva pero construida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, devenida de las enmiendas Va. y XIVa. de la Constitución de los Estados Unidos y aun del más viejo derecho inglés. Tal garantía del debido proceso legal sustantivo la ha derivado la Corte de cuatro cláusulas constitucionales, las de los artículos 17, 28, 16 y 33, C.N. En modo sintético podríamos decir que el debido proceso sustantivo invalida las leyes irrazonables.

4. Entonces, a partir de su valor normativo se desprende el principio de interpretación conforme la Constitución de todo el ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación. Este principio ha sido recibido desde el primer momento por la jurisprudencia constitucional -como lo evidencia la cita que hemos hecho antes de Fernández Segado-. Recuerda García de Enterría las sentencias de 2 de febrero y de 30 de marzo de 1981 y cita el artículo 5.1., de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dispone: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales *quienes interpretarán y aplicarán las*

¹¹ Su voto disidente en *Fallos*: 321:2947.

¹² Puede verse *El principio de razonabilidad* por Juan Cianciardo, ed. ÁBACO, Bs. As., 2004.

leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales”.

Es claro que para Argentina esto ha debido ser así desde los albores de su constitucionalismo, de cuño norteamericano.¹³ Cito: “...en particular respecto de la Revolución Americana, surgió otro principio del constitucionalismo moderno que fue el rol que asumieron los jueces en materia de control de la constitucionalidad de las leyes; derivado de la idea de que la Constitución, como norma suprema, tenía que tener algún control, como garantía de su supremacía, y ese control se atribuyó al Poder Judicial. De allí, incluso, el papel político que en los Estados Unidos de Norteamérica, adquirió la Corte Suprema de Justicia. En Francia, sin embargo, dada la desconfianza revolucionaria respecto de los jueces, frente a la separación absoluta de poderes, sólo sería cien años después que se originaría la consolidación de la justicia administrativa, que aun cuando

¹³ *“El control de constitucionalidad de las leyes, que es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último, se halla especialmente consagrada por el artículo 3 de la ley de 16 de octubre de 1862 y artículo 21 de la Ley de Jurisdicción”. Asimismo: “Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan ó no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles é involuntarios de los poderes públicos” [Municipalidad de la Capital Isabel A. c/ Elortondo. 1888. T. 33, P. 162].*

separada del Poder Judicial, controlaría a la Administración...".¹⁴

¹⁴ *LOS APORTES DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA AL CONSTITUCIONALISMO MODERNO y SU REPERCUSIÓN EN HISPANOAMÉRICA A COMIENZOS DEL SIGLO XIX*, por Allan R. Brewer-Carías. En *Revista Ars Boni et Aequi*, Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile, No 7, Fascículo 2 Santiago de Chile , 2011. pp. 111-142.