

Segunda Parte: *Desafíos y Posibilidades de la Jurisdicción Constitucional*

I.	Crisis del positivismo constitucional	251
1.	Orígenes del positivismo jurídico (<i>jus positivum</i>)	252
1.1	Escuela de la Exégesis del Derecho	259
1.2	Escuela histórica del Derecho	262
1.3	Escuela utilitarista del Derecho	266
2.	Bases del constitucionalismo positivista	269
2.1	Positivismo realista	271
2.2	Positivismo normativista	274
3.	Positivismo constitucional	280
3.1	Teoría pura del Derecho	281
3.2	Teorías jurídico-políticas	284
3.3	Iusnaturalismo versus iuspositivismo	287
4.	Neopositivismo y neoiusnaturalismo constitucional	292
4.1	Judicialización de los valores constitucionales	293
4.2	Neoconstitucionalismo	297

CRISIS DEL POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

Cuando la Constitución es letra muerta o indiferente para los gobernantes y ciudadanos, no hay que buscar las soluciones a dicho problema en la norma constitucional, porque los grandes problemas jurídicos nunca se hallan en las constituciones, sino en última instancia en lo que no aparece como evidente, es decir, en la sociedad civil. Por eso, cuando la Constitución está viva y es ampliamente aceptada, incluso se puede prescindir de ella como en Inglaterra²⁵.

Pero, si bien es cierto que la Constitución es la expresión jurídica suprema del Estado de derecho, un país aún cuando adopte la mejor constitución del mundo no se mimetizará con los valores y normas previstas en ella. Esto no supone descartar el estudio del Derecho Comparado, el dinamismo de la norma constitucional, cara al fortalecimiento y a la defensa de la constitución, sino más bien plantear en su real dimensión el problema de la falta de vigencia de la Constitución, que no es otro que el divorcio entre la legalidad y la legitimidad constitucionales. Separación creada por la concepción jurídica positivista que sustenta a la noción de Constitución, desde las revoluciones liberales del siglo XVIII²⁶.

En efecto, el positivismo jurídico del Estado liberal apareció en una etapa de racionalización de la idea del Derecho, que se concretizaron en los nuevos derechos naturales, que fundamentaron al naciente régimen liberal; despersonalizando el Derecho de la autoridad –monárquica o democrática–, como también –y aquí reside el problema–, desvinculando al Derecho de la realidad social existente y emergente. Al punto que el Estado de Derecho nacido en base a la justicia, terminó siendo un Estado legislativo basado en la ley, en la medida que, la soberanía de la representación se expresaba sólo a través de la ley. Por eso, durante el siglo XIX, el principio de legalidad se ubi-

-
25. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil... op. cit.*, p. 9; asimismo, K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford Press University, 1960, pp. 12-13.
26. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, pp. 20-36.

ca en el vértice del sistema jurídico, subordinando y convirtiendo a la Constitución en un texto simbólico, el mismo que era entendido en el mejor de los casos como una norma política antes que jurídica, porque “cambió la fuente de legitimación: no más la *veritas*, sino precisamente la *auctoritas*”²⁷.

Empero, la falta de correspondencia de la ley, y por ende de la sentencia judicial, con respecto a la realidad social, generó una transformación paulatina, no siempre pacífica, de la noción política de la Constitución en un concepto jurídico. Dando lugar a una neopositivización o judicialización de la Constitución, en base a la jurisdicción constitucional, en el periodo de entreguerras mundiales. Proceso que alcanzó toda su magnitud a partir de la segunda postguerra mundial, llegando casi a sustituir el Derecho constitucional por la jurisprudencia positiva de los tribunales constitucionales. Sin embargo, el neoconstitucionalismo no ha terminado por resolver el problema del divorcio entre la Constitución y la realidad, mediante la juridificación y judicialización de la política, más aún, los resultados —en países como el Perú— no han llevado a armonizar las relaciones entre el gobierno y la oposición, sino a la crisis del sistema constitucional. Por eso es que existe la necesidad de superar, como forma de interpretación y solución constitucionales, tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo constitucionales, y volver a los términos maestros del constitucionalismo, como Derecho político²⁸, a través de una renovada teoría institucional.

1. ORÍGENES DEL POSITIVISMO JURÍDICO (*JUS POSITIVUM*)

Con el surgimiento del Estado moderno, se asiste al lento tránsito de una concepción iusnaturalista y sacral del Derecho hacia una concepción humana, racional y positivista del mismo²⁹. En este periodo, el Estado es personificado por el monarca absoluto, que monopoliza la producción jurídica y no se encuentra subordinado a ella —*princeps legibus solutus est*—³⁰; lo que no es óbice para que durante los siglos XVII-XVIII, partiendo del principio antropocéntrico, según el cual “por naturaleza ningún hombre tiene poder sobre otro hombre”³¹, se postulen derechos naturales de libertad y propie-

27. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma, 1996, p. 912; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pp. 25 ss.

28. Pablo Lucas Verdú, *La constitución en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 136 ss.

29. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part I, Chapter XIV, London, Dent & Sons Ltd., 1950, pp. 106 ss.

30. *Ibidem*, *op. cit.*, Part II, Chapter XXIX, p. 279.

31. Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle 1754, Faksimildruck, Scriptor Reprints, Glan, 1980, p. 613.

dad³², como también se renueven principios que justifiquen al Estado moderno, como la paz y la seguridad³³.

En efecto, con el Estado moderno el Derecho natural va a perder su lugar privilegiado como la fuente del Derecho, ya que el Derecho positivo irá subordinando progresivamente al Derecho natural a una posición subsidiaria, más aún, esta monopolización del Derecho por el Estado tiene un gran precedente en la compilación de Justiniano. Además este proceso, de establecimiento del positivismo jurídico, no será tranquilo sino en polémica permanente con el iusnaturalismo.

Así, en la Inglaterra absolutista de Jacobo I y de Carlos I existía la voluntad regia de hacer prevalecer el Derecho estatutario frente al Derecho común, a pesar de la distinción medieval entre el poder de gobierno –*gubernaculum*– y el poder de ejecutar las leyes –*jurisdictio*–, en virtud del cual el monarca estaba obligado aplicar el tradicional *common law*. En este sentido, Hobbes fue un crítico severo del *common law*, defendido por sir Edward Coke, en sus *Instituciones del Derecho Civil*, al postular el Derecho soberano de los monarcas para crear derechos, antes que someterse a las decisiones del *common law* de los jueces. En tal sentido, Hobbes niega la existencia de un Derecho preexistente al Estado e independiente de él, por el contrario planteó que es la autoridad y no la verdad, la que hace la ley –*auctoritas, non veritas, facit legem*–³⁴.

En tal sentido, se puede decir que la concepción positivista del Derecho, compartida por Bodin en Francia y Maquiavelo en Italia, nace estrechamente vinculada a la idea absolutista del poder y del Estado, en lucha permanente contra un pensamiento iusnaturalista, que se irá progresivamente racionalizando y desacralizando; a partir de concebir en términos generales a la comunidad política o Estado, sobre la base del pueblo y del Derecho, y sin que el poder sobrepase a la ley establecida³⁵. Esta idea de limitación al poder,

-
32. John Locke, *Treatise of civil government...*, *vid. op. cit.*, Primera Parte, nota 20.
33. Inmanuel Kant. *Zum ewigen Frieden*, en particular *Zweiter Abschnitt, welcher die Definitivartikel zum ewigen Frieden unter Staaten enthält*, en *Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, Akademie Verlag, Berlin, 1988, pp 295 ss.; asimismo, Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts...*, *op. cit.*, pp. 696.
34. Thomas Hobbes, *Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht*, Acta humaniora, 1992, pp. 40 ss.; donde Hobbes hace del filósofo que dialoga con un joven jurista discípulo de Coke, sobre las leyes de la razón, la soberanía, la judicatura, entre otros temas.
35. Johannes Althusius, *Politica Methodice Digesta et Exemplis Sacris et Profanis Illustrata Grundbegriffe der Politik*, (Herborn 1614), Aalen, Scientia Verlag, 1981, pp. 43 ss., en particular pp. 49-53.

junto a la idea del hombre como la esencia o el sentido de la vida en comunidad, de acuerdo con el Derecho natural³⁶, servirán de fundamento para recuperar el viejo Derecho medieval de resistencia a la opresión injusta, pero sobre la base tanto de la autoconciencia del pueblo, de que es él quien otorga el poder al soberano, como en virtud de la noción de los derechos naturales del hombre como derechos anteriores y superiores al Estado.

Así, la doctrina de los monarcómanos protestantes con Hubert Languet (bajo el seudónimo de Junius) Brutus autor de *Vindiciae contra Tyrannos* (1579) y Johannes Althusius con su *Politica Methodice Digesta* (1603), o los teólogos católicos de la segunda escolástica como Juan de Mariana, que publica *De Rege et Regis Institutione* (1599), entre otros, retoman el derecho de resistencia medieval, partiendo del supuesto de entender a la comunidad en base a un doble contrato: el pacto religioso entre Dios y su representante en la Tierra –el Papa–, por el cual se creaba la comunidad religiosa, y en base a este contrato o fundamento religioso, el pacto político del monarca con su pueblo, en virtud del cual se creaba la comunidad política³⁷.

El vínculo constitutivo entre ambos pactos encuentra raíces en la Teoría de las dos espadas; en virtud de la cual en la coronación que hacía el Papa del monarca del Sacro Imperio, la *espada terrenal* del monarca quedaba sometida a la *espada espiritual* del Papa, según postuló el Papa Gregorio I a finales del siglo VI; teoría a la cual se adscribió desde la Alta Edad Media: la *Cuestión de las Investiduras*, planteada por el Papa Gregorio VII durante el siglo XI, en mérito a lo cual el Emperador disputaba al papado el otorgamiento de las dignidades eclesiásticas locales. De todo ese proceso histórico, es elocuente el discurso del rey Jacobo I ante el Parlamento inglés, un milenio más tarde, en 1609, cuando recuerda que “Todo rey justo, en un reino constituido, está obligado a cumplir el pacto que hizo con su pueblo de acomodar su gobierno a las leyes, de conformidad con aquel otro pacto que hizo Dios con Noé después del diluvio”³⁸.

En efecto, sobre la base de este pacto de dominación –*pactum subjectionis*– se basaron las remotas tesis contractualistas de la baja Edad Media, que permitieron distinguir entre el tirano que usurpaba ilegalmente el poder –*tyrannus absque titulo*– y el tirano que tenía justo título pero sacrificaba a su pueblo –*tyrannus quoad exercitium*–. Supuestos frente a

36. Samuel von Puffendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, Inseel Verlag, 1994, pp. 45 ss.

37. Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, Darmstadt, Scietia Verlag, 1981, pp. 60 ss. y 80 ss.

38. John Locke, *Treatise of civil government...*, op. cit., p. 135.

los cuales el pueblo tenía derecho a ofrecer resistencia a la opresión, en virtud a que si bien el pueblo se había obligado a la obediencia y servicio al monarca, también éste se había comprometido a la protección y seguridad de su pueblo, de acuerdo a la leyes fundamentales del reino³⁹, como la Carta Magna 1215, el estatuto *Tallio non Concedento* 1279 o la Bula de Oro de 1356⁴⁰.

Sin embargo, los pensadores del Estado absoluto, que sostenían la identidad de la *majestas realis* con la *majestas personalis*, es decir, la identificación del poder soberano del Estado en la persona del monarca, desconocieron la posibilidad de hacer resistencia al poder, por el principio de que “quien se resiste al poder se resiste al mandato divino”. No obstante, algunos absolutistas reconocieron la posibilidad teórica de hacer resistencia al tirano, así, en las tesis de Barclay expuestas en *Contra Monarchomacos* (1600) se plantea que

quien pierde autoridad deja de ser rey y éste se iguala con las personas que no la tienen [...]. Quién será juez para sentenciar si el monarca o el poder legislativo obra en contra de la misión que se les ha confiado?... A lo que contesto que el pueblo es quien ha de juzgar [...]. Pero, si el príncipe, o quien ejerce los poderes administrativos rehúsa semejante sentencia, no queda otro recurso que apelar al cielo⁴¹.

En el marco de las tesis contractualistas desarrolladas por Grotius, Hobbes, Puffendorf y Thomasius, durante la Ilustración y el iluminismo – *Aufklärung*– del siglo XVIII, es que se van asentando las ideas liberales, tanto un iusnaturalismo racionalista⁴² como un positivismo racionalista⁴³. Así,

39. Johannes Althusius, *Politica Methodice...*, op. cit., Cap. XXXVIII *De tyrannide e jusque remedis*, pp. 883-886 y 893-895.

40. Aurea Bulla Caroli IV. *Romanorum Imperatoris et Regis Bohemiæ*, en *Alle des Heiligen Romischen Reichs gehaltene Abschiede*, Hano, Nürnberg, 1356.

41. John Locke, *Treatise of civil government...*, op. cit., pp. 159 ss.

42. Hugo Grotius, *Argumenti Theologici, Iuridici, Politici*, Neuausdrucke der Ausgabe, Amsterdam 1652, Scientia Verlag Aalen, Germany, 1980, pp. 118 ss.; Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturæ et gentium*, 1705; Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts...*, op. cit., pp. 696 ss.; Carl Gottlieb Svarez, *Vorträge über Recht und Staat*, en particular *Allgemeines Staatsrecht*, (editores. H. Conrad und G. Kleinheyer), Köln, Westdeutscher Verlag, 1960, pp. 4 ss. y 453 ss.

43. Johann Jacob Mosser, *Vermischte die wüttembergische Staatsrechte auch civil-kirchen-belehrte-und natürliche Historie betreffen die Observationes diplomata und andere pieces*, In Verlag Joh. Benedict Stutgart, Meklers und Christoph Erhards, 1724; Cesare Beccaria, *Dei delitto e delle pene* (1764), Strena Utet, 1965, donde sostiene que “el legislador representa toda la sociedad unida por el contrato social”, p. 8, y; Montesquieu, *Esprit des lois*, vid. op. cit., Primera Parte, nota 60.

partiendo de concebir que “por naturaleza ningún hombre tiene poder sobre otros hombres”⁴⁴, se postula la capacidad del hombre para deducir racionalmente los principios de las leyes naturales, que radican en la propia naturaleza humana y en sus relaciones con los demás hombres en sociedad, como el bien común, el espíritu de sociabilidad, la igualdad natural y la justa defensa de uno mismo⁴⁵.

El desarrollo de las tesis iusnaturalistas racionalistas no fueron uniformes ni pacíficas, porque estuvieron marcadas de una fuerte concepción escolástica del Derecho, pues, se seguía considerando a las leyes divinas naturales como la fuente y causa de la justicia y, en consecuencia, la justicia humana era entendida como una cuestión irrenunciable en tanto producto del deseo divino⁴⁶. Así, pues, el Derecho natural era concebido como una manifestación de la naturaleza que había sido creada por Dios⁴⁷.

Pero, por otro lado, se encontraban las corrientes del iusnaturalismo racionalista, que se enmarcaron claramente en el proceso de desecularización del poder y del Derecho, al amparo de la ideas liberales, considerando al Derecho natural como una ciencia establecida por la costumbre jurídica más reiterada y vinculada a la moral que obligaba a los hombres⁴⁸. En este entendido, “la Constitución del Estado y las leyes son la base de la tranquilidad pública, el más seguro apoyo de la autoridad política y la garantía de la libertad de los ciudadanos”⁴⁹. Y la teoría positiva del Derecho es la ciencia a través de la cual la voluntad general define una determinada sociedad burguesa de Derecho⁵⁰.

Con el surgimiento de los Estados constitucionales en el siglo XVIII en Estados Unidos y Francia, es cuando se puede decir que el iusnaturalismo aparece con toda su fuerza intelectual revolucionaria y vinculante en el orden jurídico y político, en tanto que a los derechos naturales y al derecho de

44. Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts...*, op. cit., p. 613.

45. Jean-Jacques Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel* (1748), Stuttgart, Olms Verlag, 1984, pp. 46 ss. y 71 ss.

46. Johann Gottlieb Heineccius, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, (1738), Insel Verlag, 1994, pp. 58 ss., en particular pp. 60 ss.

47. Karl Anton von Martin, *Lehrbegriff des Naturrechts* (Wien, 1799), Darmstadt, Stuttgart, 1970, pp. 4 ss.

48. Johann Anselm Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts als propeädeutik zu einer Wissenschaft der Natürlichen Rechte*, (1796), Hildesheim, Olms Verlag, 1963, pp. 63 ss. y 79 ss.; asimismo Justus Möser, *Patriotische Phantasien*, Berlin, Nicolai, 1778, pp. 1-14.

49. Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle* (1758)..., op. cit., tomo I, p. 33.

50. Johann Anselm Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts...*, op. cit., p. 39.

resistencia a la opresión, se invocan en las declaraciones de derechos o de independencia, como fuentes de legitimación de las revoluciones.

En un primer momento, en consecuencia, como quiera que las revoluciones burguesas estuvieron preocupadas por la implementación de los valores de la libertad, el objetivo fue la liberación del opresivo sistema del *ancien régime*, lo que constituyó en la abolición de los privilegios, y otras restricciones de la libertad, que tuvieron un impacto universal⁵¹. La libertad será el principio fundacional de los nuevos Estados, pero con un moderno contenido, en la medida que “el derecho a la *libertad subjetiva*, constituye el punto medio del cambio en la diferencia entre el tiempo de los *antiguos* y de los *modernos*”⁵².

Punto de inflexión que consagra los valores liberales modernos en sendos documentos históricos. Así, en el preámbulo de la *Declaración de Derechos de Virginia* de los Estados Unidos en 1776, se estableció que

el gobierno es o tiene que ser establecido, para el beneficio general, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todas las diversas formas de gobierno, esta es la que mejor es capaz de crear los mejores niveles de felicidad y seguridad [...] y que, cuando algún gobierno fuese inadecuado o contrario para esos propósitos, la mayoría de la comunidad tiene el indubitable, inalienable e ineludible derecho a reformar, alterar o abolirlo, de modo que sea juzgado más conveniente para el bien público⁵³.

Mientras que el artículo 2° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de Francia en 1789, estipuló que “el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre. Los derechos de la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”⁵⁴.

-
51. Wilhelm von Humboldt, *Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlaßt*, (1791) y *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, (1792), en los textos políticos recopilados del autor: *Menschenbildung und Staatsverfassung*, (edit. H. Klenner), Freiburg-Berlin, Haube Verlag, 1994, pp. 7-17 y 28-219.
 52. Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, tomo 2, §124, Stuttgart, Fromman-Holzboog, 1973, p. 446.
 53. *Declaration of Rights*, 1776, en *Sources and documents of United States Constitutions*, tomo X, New York, William Swindler editor, Oceana Publications, 1979, p. 49.
 54. *La Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, présentée par Stéphane Rials, Hachette, 1988, p. 22.

Pero en un segundo momento, una vez establecido el nuevo régimen republicano y liberal, lo importante fue desarrollar la concepción *positiva* de libertad, mediante la aprobación por los representantes de constituciones y códigos. Así, la positivización de la libertad, como el Derecho natural de las revoluciones burguesas, aparecerá como uno de los logros más simbólicos que real del nuevo Estado de derecho. En el entendido que en las constituciones se desustancializó dicho principio, puesto que si bien la *Declaración de Virginia* estableció que “por naturaleza todos los hombres nacen igualmente libres e independientes”, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, distinguió en el Artículo 1º, Sección 2, Párrafo 3, entre personas libres, indios y otras personas, esta última expresión era un eufemismo para referirse a los negros esclavos; tema –la esclavitud– que fue materia de comentarios analíticos de la doctrina jurídica positivista de entonces, sin una reflexión crítica liberal⁵⁵.

En ese mismo sentido, las constituciones francesas, salvo la de 1793 debido a la impronta de Condorcet, desconocieron el derecho natural a la libertad, es decir, el derecho de resistencia a la opresión; en la medida que con el establecimiento de la República se admitió tácitamente la idea rousseauiana de la democracia de la identidad, que hizo reposar la soberanía popular en la infalible representación; consagrando así la supremacía del legislador como creador del Derecho⁵⁶. Por ello, en adelante, el derecho de resistencia no tendrá lugar en el Derecho positivo que creó al Estado de Derecho liberal, sino que la defensa de los derechos fundamentales y la división del poder, quedarán inmersos en el ordenamiento jurídico establecido, a través de la remoción pacífica de los titulares de los órganos de poder, mediante el derecho de petición o el sistema electoral, entre otras instituciones⁵⁷.

Ahora bien, la implementación del positivismo jurídico en desmedro del Derecho natural, se desarrolló a lo largo del siglo XIX, mediante las siguientes escuelas del pensamiento jurídico:

-
55. Ernst Ferdinand Klein, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben* (Halle 1797), Germany, Scriptor Verlag, 1979, pp. 227 ss.; asimismo, Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrecht, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin, Göttingen, 1798, pp. 47 ss.
 56. Jean-Jacques Rousseau, *Contrat Social...*, *op. cit.*, pp. 257 ss.
 57. Kurt Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des modernen Staatsgedankes*, Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 351 ss. y 390 ss.

1.1 Escuela de la Exégesis del Derecho

Desde la etapa de la Ilustración, y sobre todo con el establecimiento del nuevo orden republicano en Francia —de las Constituciones de 1791 y 1793—, los revolucionarios concentraron el poder en la asamblea legislativa, la misma que dispuso la dación de un código de leyes civiles comunes a toda la nación. Ya en ese sentido, el decreto del 16 de agosto de 1790 en su artículo 19°, había establecido que “las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores y se hará un código de leyes simples, claras y conformes a la Constitución”⁵⁸.

Se buscó en la idea del Código, el propósito de unificar la dispersa legislación, y asegurar las libertades civiles; debido a que

el estado de orden y de paz del que necesariamente dependen la duración y prosperidad de una nación, no puede ser asegurado más que por la ley positiva que, a la pureza de las luces que esparce, une la fuerza de la autoridad que ordena o prohíbe. Entonces, es cuando la *ley natural*, de una abstracción que ella era examinada bajo el aspecto filosófico, tomando de golpe un cuerpo [...] domina como soberana⁵⁹.

Si bien los principios enarbolados para el proyecto de Código fueron el reaceramiento a la naturaleza, humanidad y simplicidad, en último término el *Code civil des Français*, más conocido como el *Code Napoléon*, aprobado en 1804, partió de una concepción individualista-liberal, que garantizaba la igualdad de los hombres ante la ley y la libertad personal, concebida en base a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, el positivismo jurídico expresado por excelencia en el Derecho privado, no logró eliminar la vieja y arraigada tradición del Derecho natural, por más que el legislador estableciese disposiciones jurídicas con carácter de orden público, sobre el alcance y la validez territorial y temporal de la ley en general, así como el carácter vinculante de la misma para los jueces. Más aún, en el artículo 4° del Título Preliminar del *Código Napoleon* se dispuso que “el juez que rechace juzgar bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable por denegación de justicia”⁶⁰.

58. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises, première série (1787 à 1799), tome XVIII, *op. cit.*, p. 105.

59. Perrau, *Elementos de Legislación natural*, tomo I, Valencia, Imprenta Cabrerizo, 1836, p. 299.

60. *Code Napoléon*, édition officielle pour le Grand-Duché de Berg, Imprimeur du Gouvernement, 1810, p. 5.

Pero va a ser, precisamente, a partir de los alcances del mencionado artículo 4° del *Código*, que se abrió el debate sobre el rol del Derecho natural en el quehacer jurídico; tema que se creía haber superado con la dación del *Code Napoléon*. Así, se llegó a interpretar que ante el silencio, vacío u obscuridad de la ley, los jueces no deberían recurrir a la tradición jurídica, es decir a los usos y costumbres del pasado, sino que debían extraer de la misma ley la norma para resolver cualquier controversia. De esta forma se fundó la escuela de la exégesis —*école de l'exégèse*— que buscó la interpretación pasiva del *Código*.

La escuela de la exégesis buscó asumir en su análisis y desarrollo científico “el mismo sistema de distribución de la materia seguido por el legislador e, inmediatamente, en reducir tal desarrollo a un comentario, artículo por artículo, del mismo Código”⁶¹; sin embargo, a lo largo del siglo XIX, siguiendo a Bonnacase⁶², se puede periodificar el desarrollo de esta escuela en:

Primera fase (1804-1830). Etapa de fundación e instauración de la escuela, impulsada por el gobierno imperial de Napoleón, a través de las facultades de Derecho y sus Decanos —Delvincourt, Toullier y Proudhon—. *Segunda fase (1830-1880)*. Momento del apogeo y de los grandes comentarios al *Código Napoleón* por profesores, magistrados y abogados, como Durantón, Aubry, Rau, Demolombe, entre otros, periodo que quedaría estigmatizado en el siguiente comentario de Bugnet: “yo no conozco el Derecho civil, yo enseño el Código Napoleón”. *Tercera fase (1880-1890)*. Declive de la influencia de la escuela de la exégesis y del conflicto entre los últimos ortodoxos —Baudry, Guillouard, Huc— y quienes intentaron renovarla —Labbé, Bufnoir, Saleilles—.

En términos generales, la escuela de la exégesis se puede caracterizar por los siguientes cinco puntos⁶³: 1) Culto al texto de la ley, lo que creó una identidad entre el Derecho y la ley; 2) El predominio de la búsqueda de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley, alejando así a los intérpretes del Derecho de las necesidades y transformaciones sociales; 3) Carácter profundamente estatal de la doctrina de la exégesis, en tanto el principio de la omnipotencia del legislador exigía de glosadores de sus leyes; 4) Inversión de las relaciones tradicionales entre el Derecho natural y el Derecho positivo, devaluando la importancia y el significado práctico del mismo;

61. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, op. cit., p. 97.

62. Julien Bonnacase, *L'École de l'Exégèse en Droit Civil*, Paris, Boccard editeur, 1924, pp. 17-52.

63. *Ibidem.*, op. cit., pp. 131-181.

5) Argumento de la autoridad del legislador, que puso de manifiesto la mentalidad y el comportamiento jurídico al servicio del poder⁶⁴.

Esta escuela francesa del Derecho postuló un método exegético o analítico, que redujo la labor del intérprete del Derecho privado a glosador del orden legal establecido por el legislador; descartando los factores sociales y políticos que estremecieron a Francia durante toda esa época. Por eso, ya a mediados del siglo XIX, Napoleón III al cuestionar el quehacer jurídico como dogma de la norma, planteó que “hay que salir de la ley para regresar al Derecho”.

Desde la perspectiva del Derecho público, el positivismo de la Revolución Francesa dejó una profunda huella por los excesos de la soberanía popular, expresada no sólo en la primera etapa del gobierno de asamblea de la Revolución, sino también por los excesos del poder consular de Napoleón Bonaparte (en nombre de la soberanía popular). Por eso, Constant acotaría que “la soberanía de pueblo, absoluta e ilimitada, había sido transferida o al menos en su nombre como es común, a la representación nacional; por lo cual, las asambleas representativas dominaban, con el resultado arbitrario más inícuo. La Constitución, primera en incorporar este despotismo, no restringió suficientemente el poder legislativo”⁶⁵. Por ello, es de entender que el Código Civil se convirtiera en la norma jurídica suprema garantizadora de la libertades civiles, básicamente de la libertad contractual, quedando la Constitución en calidad de un instrumento político poco confiable por etéreo.

Sin embargo, será luego de la revolución de 1830 cuando, al calor de las ideas del orden y progreso⁶⁶, la noción del Derecho público se positiviza en tres áreas: el estudio racional y no especulativo del cuerpo político por el Derecho constitucional, la organización y funcionamiento detallado del cuerpo político por el Derecho administrativo y las relaciones con otros Estados soberanos por el Derecho Internacional. Es desde una perspectiva jurídica positivista, pero asentada en valores liberales, que se dirá que “la Constitución es la ley de los países libres, de los países que han salido del reino del

64. Carl Schmitt, *Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens...*, op. cit., pp. 11-40, donde se plantea que consciente o inconscientemente todo jurista adopta un concepto de derecho en relación al poder: unas veces como regla, otras como decisión o como orden concreto.

65. Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, (1814), tomo I, Paris, Slatkine, 1982, p. 206, asimismo, revisar en particular la Nota A, pp. 275 ss., donde plantea los límites de la soberanía popular.

66. François Guizot, *Demokratie in den neueren Gesellschaft*, Verlag Becker, 1837, pp. 14 ss.

privilegio y que han llegado a la organización de un pueblo que goza de sus libertades⁶⁷.

Sin embargo, también en Alemania se dará paso al desarrollo del positivismo jurídico, a través de los cimientos establecidos por la escuela histórica.

12 Escuela Histórica del Derecho

El conflicto entre el Derecho positivo versus el Derecho natural tuvo raíces y procesos distintos en Europa. Primero, porque en muchos países como Alemania, Italia o España no se experimentó una revolución liberal como en Francia, que consagró políticamente el Derecho positivo, sino que es recién a finales del siglo XVIII e inicios del XIX cuando se transforma progresivamente el carácter iusnaturalista del Derecho, hacia una concepción positivista basada en el hombre y la razón⁶⁸. En dicho proceso mediará el historicismo, del cual se ha dicho que “el núcleo del historicismo consiste en la sustitución de las consideraciones generales de las fuerzas histórico-humanas, por una consideración individualista... el individuo como hombre ha sido producto de una formación social y cultural, lo cual esta total e increíblemente inadvertido⁶⁹. En efecto, mientras el iusnaturalismo y el positivismo liberal conciben al hombre en abstracto, y con un sentido universal, el historicismo considera al hombre, al Estado y a su Constitución como producto de su cultura⁷⁰.

En ese sentido, la Escuela Histórica aparece como parte del proceso de secularización del Derecho. El gran mentor de esta escuela fue Savigny, aun cuando se encuentran antecedentes en Gustav Hugo quien, desde una perspectiva historicista, concibió al Derecho natural ya no como un sistema distinto al Derecho positivo, sino como el conjunto de consideraciones filosóficas que adquieren forma con el Derecho positivo. Así, partiendo de una antropo-

67. Pellegrino Rossi, *Cours de Droit Constitutionnel*, tome premier, Paris, Librairie Guillaumin, 1877, p. 7, asimismo, cabe mencionar que el autor fue el primer profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de París entre 1835 y 1845, curso creado por decreto del 22 de agosto de 1834 por M. Guizot.

68. Immanuel Kant, *Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, (editor H. Klenner), Berlin, Akademie Verlag, 1988, revisar en particular *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, pp. 125 ss., y; *Zum ewigen Frieden*, pp. 297 ss.

69. Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, München, Oldenbourg Verlag, 1936, p. 2.; asimismo, Roderich von Stintzing y Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halbband 2, Text von Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870*, Aalen, Scientia Verlag, 1978, pp. 186 ss.

70. Justus Möser, *Volk und Geschichte*, Eugen Diegerichs Verlag, Jena, 1937, pp. 5 ss.

logía jurídica basada en la razón, postuló el establecimiento de instituciones jurídicas posibles, para el bienestar del pueblo. En tal entendido, las tesis de Hugo constituyeron el punto de inflexión entre la filosofía iusnaturalista y la positivista; por eso diría “cuando alguien ha aprehendido el Derecho natural, el contenido esencial de la vida nunca puede estar en el Derecho positivo”⁷¹.

Un momento crucial del desarrollo temprano del historicismo lo constituyó el debate acerca de la Revolución Francesa, del pensamiento conservador y tradicionalista de Burke, Maistre y Bonald, en la medida que combatieron bajo la doctrina del derecho divino, las ideas positivistas y racionalista de la Revolución Francesa. Así, Burke como historiador y político criticó crudamente no sólo a la obra de la Revolución francesa, sino también al propio pensamiento racional de los ilustrados de siglo XVIII, cuando decía que

en gran parte, la historia consiste en la mísera descripción, que sobre el mundo ha traído la soberbia, la avaricia, la rebelión, la hipocresía, los deseos no controlados y las pasiones desenfrenadas [...]. Tales lastres son la causa de estas tormentas. Religion, moral, ley, franquicias, privilegios, libertades y derechos del hombre son el *pretexto*. Pretexto que en cualquier lugar muestra engañosamente un fundamento bueno, que sirve a los hombres para gobernar a la masa humana levantando y jugando con sus pasiones para liberarlos alboratadamente de la tiranía⁷².

Este sentido determinista de la historia y pesimista del hombre, se asoció con el elogio a la tradición, y a la concepción de la diversidad de la idea del hombre en función de la cultura y sus costumbres locales. En torno a esto, Savigny señala que “la orgánica conexión del Derecho con el ser y el carácter del pueblo, es también manifestación del progreso de los tiempos [...] el Derecho crece con el desarrollo y se perfecciona con el fortalecimiento del pueblo y finalmente muere cuando la nación pierde su nacionalidad”⁷³.

Esta identidad hegeliana entre Derecho y el espíritu del pueblo –*Volkgeist*– en busca de libertad histórica⁷⁴, se puede entender como una crítica

-
71. Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrecht, als einer Philosophie des positiven Rechts*, (1798) ..., *op. cit.*, p. 9 y pp. 23 ss.
72. Edmund Burke, *Betrachtungen über die Französische Revolution*, Suhrkamp Verlag, 1967, pp. 219-220; asimismo, Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus...*, *op. cit.*, pp. 272 ss.; asimismo, revisar, Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome premier..., *op. cit.*, pp. 567 ss.
73. Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1828, p. 12.
74. Friedrich Hegel, *Der objektive Geist*, en *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, tomo 1, edición y comentario de Karl-Heinz Ilting, Stuttgart, Fromman-Holzboog, 1973, § 26-

radical a la concepción del Derecho positivo de la Ilustración, que la entendía como un Derecho racional e universal válido para todos los hombres y pueblos. También se puede agregar que la escuela histórica se contraponía al Derecho natural, por cuanto el primero se fundamentaba en el Derecho consuetudinario “*Gewohnheitsrecht*”⁷⁵, y estaba basado en la historia-social concreta de un pueblo determinado, y no en normas metafísicas intemporales propias del iusnaturalismo; por lo que Herder sentenciará: “la cultura de un pueblo es la sangre de su existencia”⁷⁶.

Sin embargo, en la medida que el Derecho positivo se afirmaba en base a la omnipotencia del legislador, la escuela histórica se desarrollará en polémica no sólo con el Derecho Natural, sino también con la grandes codificaciones de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En efecto, la codificación como expresión del nuevo orden civil basado en el hombre y en la civilización, supuso el rechazo absoluto al Derecho consuetudinario, en tanto resabio del tradicionalismo irracional del Derecho medioeval. En tal entendido, la codificación, encontró en la monarquía ilustrada de Federico II de Prusia, como en la Revolución Francesa, a sus mejores exponentes. En cambio, el pensamiento conservador alemán se opuso a la codificación, por constituir un peligro a los privilegios de la legislación estamental de los pueblos alemanes, que expresaban la costumbre del pueblo.

En particular, es digno de mencionar la polémica entre Thibaut promotor de la codificación en Alemania, y Savigny defensor del Derecho consuetudinario, alrededor de 1814. Thibaut defendió la codificación desde una perspectiva positivista científica, al concebir a la ley y al Derecho como una unidad –*Rechtsgesetze*–, pero diferenciando su sentido objetivo –*das Recht*– de su sentido subjetivo –*ein Recht*–; correspondiendo a la ciencia jurídica la tarea de descubrir el concepto aplicable de la norma, mediante la interpretación sistemática y lógica de la misma⁷⁷. Más aún argumentó: “soy de la opinión de que nuestro Derecho civil [...] tiene necesidad de una completa y

29 en pp. 259 ss. y, § 116 en pp. 325 ss.; asimismo, Georg Friedrich Puchta, *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civil processes*, (1841), Leipzig, Verlag von Breitkopf und Härtel, 1875, pp. 1-14.

75. Georg Friedrich Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, tomo 2, Erlangen, Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 1837, pp. 225.
76. Johann Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, Leipzig, Verlag von F. Meiner, 1906, p. 157.
77. Anton Friedrich Thibaut, *System des Pandekten Rechts*, tomo 1, 1803, §1 y §2, pp. 2-3; del mismo autor, *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, Heidelberg, 1914; asimismo, revisar Arnold Heise, *Gründiss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Beruf von Pandecten-Vorlesungen*, Heidelberg, Mohr, 1816.

rápida transformación y de que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles hasta que todos los príncipes alemanes con sus fuerzas unidas no traten de redactar un código válido para toda Alemania y sustraído del arbitrio de cada Estado”⁷⁸.

Por el contrario, Savigny tributario de las mejores tradiciones del pueblo, se distanció del movimiento de codificación para Alemania, en la medida que no existían las condiciones culturales para la instalación de un nuevo ordenamiento jurídico, debido a la decadencia de la tradicional y segmentada civilización jurídica que se vivía; por el contrario, creía que debía desarrollarse un Derecho en base a la ciencia jurídica, tarea propia de las sociedades maduras y no postular un Derecho basado en la ley, que era propio de las sociedades en decadencia⁷⁹.

En tal sentido, Savigny fue considerado como el paradigma de la primera toma de distancia de la legalidad del Estado legislativo⁸⁰, en virtud de lo cual postula una concepción científica del Derecho caracterizada por un método jurídico, que debía ser aplicado a la interpretación del Derecho a través del siguiente método jurídico, supérstite hasta la fecha: 1. *Gramatical*, realiza un análisis literal del texto de la norma. 2. *Lógico*, busca los elementos lógicos-rationales y las relaciones establecidas entre ellas. 3. *Histórico*, incorpora las situaciones dadas en el tiempo de la aprobación de la ley. 4. *Sistemático*, considera la unidad racional de los distintos elementos de la norma legal⁸¹. Por su parte, su contendor, Thibaut, se orientó a una interpretación lógica de la norma, en función de la voluntad del legislador⁸².

Con estos elementos, se puede decir que en la polémica de inicios del siglo XIX entre el positivismo y el iusnaturalismo, el historicismo jugó un rol finalmente al servicio del positivismo, que obtuvo una gran victoria, pero pírrica. Pues, como escribió Schmitt:

78. Anton Thibaut y Friedrich von Savigny, *Thibaut und Savigny, zum 100 jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland*, Verlag J. Stern, Berlin, 1914, p. 41.

79. Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit Gesetzgebung und Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 45 ss. y en especial p. 51.

80. Carl Schmitt, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, pp. 21 ss.

81. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, (Berlin, 1840), Aalen, Scientia Verlag, 1981, pp. 213-214; del mismo autor, *Juristischer Methodenlehre*, Stuttgart, Koehler Verlag, 1951, pp. 18-50.

82. Anton Thibaut, *Theorie der Logischen Auslegung des Römischen Rechts*, (1806), con una presentación de L. Geldsetzer, Düsseldorf, Stern-Verlag Janssen & Co, 1966, pp. 22 ss. 16 ss.

sin duda alguna la crítica situación de la ciencia jurídica se inició con el desarrollo del método jurídico. La ciencia jurídica no puede entrar a competir con normas y decretos, en una carrera que de todos modos esta perdida. Más bien, ella tiene sentido, como último refugio del Derecho mismo. La ciencia jurídica debe dar sentido a su auténtica tarea: buscar la unidad y la lógica del verdadero desarrollo del Derecho, que se hallan perdidas por el exceso de leyes, decretos y medidas establecidas. Para esto no hace falta la prisa, sino al contrario la meditación, la tranquila observación y la profunda investigación⁸³.

No obstante, el rol del historicismo en el desarrollo del positivismo jurídico temprano, se inicia su decadencia a mediados del siglo XIX, con la revolución de 1848, la Asamblea Nacional de Frankfurt y la primera Constitución Alemana de *Paul Kirche*. En ese sentido, la escuela histórica y romántica del Derecho fueron objeto de radical crítica por una corriente liberal orientada a la práctica y a la eficacia de la vida del Derecho⁸⁴, que adquirió gran relevancia en Inglaterra, a través del utilitarismo.

13 Escuela utilitarista del Derecho

El desarrollo histórico-económico y las modernas necesidades institucionales, durante el siglo XVIII en Inglaterra, hicieron que el Derecho, basado en el Derecho natural –*common law*–, fuese objeto de controversia por los nuevos planteamientos racionalistas, dada la obsolescencia metafísica del Derecho judicial –*common law*–, fundado en la costumbre.

Así, Bentham reflexiona críticamente sobre los *Commentaires on the Laws of England* de Blackstone, indicando las deficiencias del Derecho inglés: 1. El Derecho judicial no siempre es claro y eso impide la certeza que es la fuente fundamental de toda sociedad. 2. El Derecho judicial resuelve con una norma *ex-novo*, cuando no se encuentra un precedente judicial, dando lugar a la retroactividad de la norma. 3. El Derecho judicial no se basa en el principio de utilidad que es la guía en la vida de los hombres. 4. El pueblo no puede controlar la producción del Derecho de los jueces, tan sólo cuando el legislador crea las leyes. 5. El juez debe resolver en diferentes campos para los cuales no está preparado⁸⁵.

83. Carl Schmitt, *Die Lage der Europäischen Rechtswissenschaft...*, *op. cit.*, p. 14.

84. Roderich von Stintzing y Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, tomo 2, texto de Ernst Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870...*, *op. cit.*, pp. 732 ss.

85. Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, (London 1776), Cambridge University Press, 1963, Cambridge, pp. 36 ss.

Sobre la base de estas consideraciones, Bentham plantea la reforma y reorganización sistemática del Derecho, en base a la codificación de las distintas ramas del Derecho, civil, penal, procesal y constitucional. De otro lado, dada la poca atención en Inglaterra a sus propuestas jurídicas, el autor se vinculó con cierta simpatía inicial a la Revolución Francesa, como también después difundió su Código Constitucional a los gobiernos de Estados Unidos, España, Portugal, Grecia, Rusia, y sobre todo a las nuevas repúblicas de América del Sur, que a partir de 1815 recién se habían independizado de España y buscaban la estabilidad política en las leyes supremas y en las virtudes cívicas ciudadanas, como queda expresado en su epistolario con Simón Bolívar, Rivadavia, Santander y del Valle⁸⁶.

El Código Constitucional con carácter general e universal, con 32 capítulos y 312 artículos, debía basarse en la ética objetiva del utilitarismo de la *mayor felicidad para el mayor número* en base a las leyes, en el entendido que la “naturaleza ha establecido a la humanidad, bajo dos soberanías maestras, el dolor y el placer [...]. El principio de la utilidad reconoce este asunto y lo asume como fundamentación del sistema, que tiene por objeto sostener la producción de la felicidad a través de las manos de la razón y del derecho”⁸⁷. Además, el Código debía ser una norma motivada, clara, precisa, útil, posible de conocimiento y justificación, así como completa y total, a fin de que el legislador evitase las lagunas en la ley, que habían sido la fuente del disperso, ambiguo e incierto Derecho judicial.

En la evolución del positivismo inglés, Austin continuará el desarrollo jurídico del mismo, cumpliendo un rol mediador entre el utilitarismo inglés y la escuela histórica alemana, proceso en el cual se percibe cierta influencia del historicismo. En ese sentido, Austin postuló una filosofía del Derecho positivo —ya planteada por Hugo—, pero caracterizada por la distinción entre la *jurisprudencia* y la ciencia de la *legislación*, por la primera entendía a los principios que son comunes a los distintos sistemas de Derecho tal cual son, y por el segundo el Derecho de un determinado ordenamiento jurídico tal como debería ser⁸⁸. En tal sentido, el objeto de la jurisprudencia era el Derecho que existía y no el Derecho que debería ser, propio del Derecho positivo.

86. Jeremy Bentham, *Constitutional Code for the use of all Nations and all Governments professing Liberal Opinions*, (London, 1830) Vol. I, (edits. F. Rosen y J. Burns), Oxford, Clarendon Press, 1983, Prefacio pp. XXXI ss. y pp. 35 ss.

87. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, Hafner Press, 1980, pp. 1-2 y pp. 24 ss.

88. John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law*. Vol. I, Taurus, Verlag Auvermann, 1972, pp. 32 ss.

En cuanto a su concepción positiva del Derecho, se puede decir que Austin se basaba en la idea de la ley como *mandato general y abstracto*, es decir que excluía las disposiciones dirigidas a una persona en concreto, lo que suponía una concepción imperativa del Derecho. Ello fue posible, en la medida que el mandato se basaba en un concepto de sanción y de deber, que se deducía de la autoridad soberana del Estado, es decir del monarca o del legislador que en tanto soberanos no tenían límites legales⁸⁹.

En ese entendido, Austin realizó una división entre el Derecho legislativo y el Derecho judicial basado en un criterio temporal, así, calificó al primero como un Derecho establecido de forma inmediata por el legislador y al segundo como un Derecho establecido de forma mediata por el juez. Pero criticó sobre todo al Derecho judicial, porque era menos accesible a su conocimiento; era producido con menor ponderación; era más impreciso e incoherente que el Derecho legislativo; era difícil averiguar la validez de las normas del Derecho judicial y a menudo era *ex post facto*. En síntesis,

en todo país en el que una gran parte del Derecho consiste en el Derecho judicial, el sistema jurídico en su conjunto o el *corpus iuris* entero, es necesariamente un caos monstruoso: formado, en parte por el Derecho judicial, introducido poco a poco y disperso en numerosas decisiones judiciales particulares, y; en parte, por el Derecho legislativo agregado por partes al Derecho judicial y disperso en un inconmensurable cúmulo de leyes ocasionales y suplementarias⁹⁰.

En base a ese juicio positivista, Austin planteó la superación del Derecho judicial mediante la codificación, pero se distanció de la codificación francesa, en la medida que el Código de Napoleón carecía de definiciones técnicas en los términos jurídicos usados, admitía junto al Derecho codificado otras fuentes subsidiarias del Derecho natural y había una escasa incorporación del Derecho romano. No obstante, postuló que “es mejor tener un Derecho expresado en términos generales, sistemático, conciso y accesible a todos, que un Derecho disperso, sumido en un cúmulo de particularidades, desmesurado e inaccesible”⁹¹.

El desarrollo de las escuelas de la exégesis, histórica y utilitarista del Derecho durante la primera mitad del siglo XIX, significó el establecimiento de tres ideas fundamentales del positivismo jurídico: la reducción del Derecho a la ley; la prevalencia de la ley como fuente de Derecho. En consecuen-

89. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 263 ss.

90. John Austin, *Lectures on Jurisprudence...*, *op. cit.*, Vol. II, p. 660.

91. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 1023-1024.

cia, la primacía de la voluntad legislativa sobre la decisión judicial, en tanto instrumento político del poder estatal para la implementación de la sociedad liberal. Como a continuación se desarrolla, a partir de la juridificación de la Constitución durante el siglo XIX.

2 BASES DEL CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA

El Estado liberal se fundó en el *principio de distribución* “*Verteilungsprinzip*”, según el cual la esfera de libertad del hombre en principio es ilimitada ante el Estado, y la libertad del Estado en principio es limitada. Así como en el *principio de organización* “*Organisationsprinzip*”, por el cual para garantizar la libertad del hombre, el Estado divide su poder en funciones con competencias: legislativa, ejecutiva y judicial⁹². Sin embargo, en la realización del *ethos* liberal del nuevo Estado, el positivismo abandonó el concepto político por excelencia del Estado, para reemplazarlo por el concepto de Derecho, en tanto se pretendía establecer un sistema político liberal, pero positivo y neutral, separado de la filosofía y de la moral, olvidando que el Estado es política por excelencia⁹³. De ahí que las constituciones del siglo XIX hayan expresado fundamentalmente un conjunto de normas orientadas a la organización del poder, y subsidiariamente hayan reconocido principios y garantías de la libertad, haciendo del concepto de Constitución un código formal del Estado antes que una norma jurídica de los ciudadanos.

Es ese sentido, se puede decir que si bien el ordenamiento fundamental del Estado, basado en la libertad, se encontraba en la Constitución, va a ser la ley la que al identificarse con el Derecho asumió el rol conductor del Estado liberal, quedando el Estado y por ende su Constitución en el ámbito de una ley moral —*etische Gesetz*—⁹⁴, sin una aplicación directa y vinculante para la sociedad, como se refleja en los primeros trabajos que sobre la Constitución se escribieron en esa época⁹⁵.

92. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*..., *op. cit.* pp. 126 ss.

93. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 125.

94. Friedrich Ancillon, *Ueber den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluss auf die Gesetzgebung*, Berlin, Verlegt bei Duncker und Humblot, 1825, pp. 16 y ss

95. Wilhelm von Humboldt, *Denkschrift über eine deutsche Verfassung* (1813) y *Denkschrift über eine landständische Verfassung Preußen* (1819), en compilación del autor *Menschenbildung und Verfassung*..., *op. cit.*, pp. 234-255 y 261-304; Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle* (1814)... *op. cit.*; C.D. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa*, Philad., 1815; Jeremy Bentham, *Constitutional Code*..., *op. cit.*, difundidos por manuscritos desde 1822; Johann von Aretin, *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*, Altenburg, 1824; Friedrich Ancillon, *Ueber den Geist der Staatsverfassungen*... *op. cit.*, 1825, y; Ramón Salas, *Lecciones de Derecho*

Ello, por un lado, se esplica en la dialéctica de confrontación entre el principio monárquico y el principio de soberanía popular, que caracterizó al constitucionalismo mixto de las monarquías parlamentarias del siglo XIX, donde el movimiento liberal asentado en el Parlamento buscaba asumir la hegemonía del poder, como primer poder del Estado sobre el Gobierno monárquico y a su administración judicial conservadora. Para lo cual, por otro lado, estableció el principio de legalidad como instrumento dinamizador del orden liberal y del progreso capitalista, mediante la codificación, en primer lugar, del Código Civil, el mismo que se identificó con la protección de las libertades civiles, específicamente, la libertad contractual⁹⁶, y en segundo lugar la codificación del Código Penal para reprimir los delitos de *lessa majestad*, que castigaban los excesos de las primeras revoluciones sociales. En ambos códigos, sin embargo, no había una mayor vinculación de los derechos, obligaciones y sanciones con las garantías constitucionales de la libertad. En todo caso, las garantías individuales de libertad y propiedad eran ficticias, debido a que perpetuamente eran anuladas o restringidas por leyes de excepción⁹⁷.

Sin embargo, las revoluciones europeas de 1830 y de 1848 significaron un cambio sustancial de la vieja concepción del Derecho, y dieron lugar a la aparición progresiva de la Teoría o Ciencia del Estado y de la doctrina del nuevo Derecho Público—Derecho Constitucional, Derecho Administrativo—, ciertamente tributaria del desarrollo jurídico del Derecho civil; del cual tomará prestadas algunas instituciones jurídicas como contrato, persona, derechos, obligaciones, etc., para darles un sentido propio dentro del Derecho Público⁹⁸. Pero dado el carácter jurídico y político del Derecho público, el desarrollo de este ámbito del Derecho se entroncó directamente con los procesos políticos y sociales que acompasaron la evolución del Estado liberal del siglo XIX. Lo que se expresa en ciertos hitos históricos, como las denuncias que formuló Napoleón inmediatamente después de la Revolución de 1848,

público constitucional para las escuelas de España, 2 tomos, Imprenta del Censor, 1821, reeditada en Lima, por la imprenta Republicana por José María Concha, 1827. En general revisar, Robert Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft*, tomo I, (1855), Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1960, pp. 293-319.

96. Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart, Kohlhammer Verlag, 1968, pp. 54 ss. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, pp. 914 ss.
97. P.C.F. Daunou, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, traducido del francés por Gregorio Funes, Buenos Aires, Imprenta de Expósitos, 1822, pp. 112-134.
98. Johann Ludwig Klüber, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundestaaten*, Andreäischen Buchhandlung, Frankfurt, 1840, pp. 107 ss.; asimismo, revisar a Robert Mohl, *Constitutionelle Erfahrungen*, en *ZS*, Tübingen, 1845, pp. 191-233, donde plantea la reforma política electoral de las cámaras.

planteando el principio de abandonar la ley para regresar al Derecho “*sortir de la légalité pour rentrer dans le droit*”, o la profunda crítica ideológica de Marx y Engels, dado el falsamiento del Estado de Derecho a sus premisas liberales de libertad e igualdad⁹⁹.

En este sentido, se puede decir que a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se desarrollaron las tesis del positivismo constitucional, en base a dos variantes: un positivismo realista que consideró al Derecho como la realidad *fáctica* del ser y, un positivismo normativista que consideró al Derecho como una realidad *normativa*, posiciones que van a impregnar al Derecho público de una concepción de ciencia, como a continuación se presentan.

21 Positivismo realista

A partir de que se fue entendiendo el Derecho como un producto de la cultura del pueblo en Alemania —Thomasius, von Lehner, Kommel y Möser—, se estableció una directa relación entre el Derecho y la realidad, que a mediados del siglo XIX se expresó en la idea del orden y del progreso. “Nuestro tiempo es el tiempo del progreso general, y, no se puede negar, a saber, que es para el mejoramiento”¹⁰⁰. Esta filosofía de la historia, entendida como el perfeccionamiento del hombre y la sociedad, se obtenía de la interacción de la teoría y la práctica, es decir del Derecho y la realidad¹⁰¹, aunque no siempre de manera uniforme, en tanto continuaban todavía vigentes las tesis con tintes iusnaturalistas como positivistas. Así, desde una perspectiva iusnaturalista, para Hinrichs, “el hombre es una persona moral, en tanto es considerado un sujeto de ciertos derechos y obligaciones... los derechos y obligaciones de los hombres provienen de la fuerza de las leyes de la naturaleza”¹⁰².

99. Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifest der Kommunistischen Partei*, (1848), Berlin, Verlag Neu Weg, 1945; desde una perspectiva filosófica que plantea la libertad no metafísica sino concreta, se puede revisar Immanuel Fichte, *System der Ethik*, tomo 2. *Die Allgemeine Ethischen Begriffe und die Jugend und Plichtenlehre* (1851), Aalen, Scientia Verlag, 1969, pp. 77 ss.

100. Friedrich Hänel, *Die Gegensätze zwischen Recht und Leben*, Leipzig, Teubner, 1846, p. 1.

101. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 4 ss. y 11 ss.

102. Hermann Hinrichs, *Geschichte der Rechts- und Staatsprinzipien, seit der Reformation bis auf die Gegenwart in historisch-philosophischer Entwicklung*, tomo 3, (Leipzig, 1852) Aalen, Scientia Verlag, 1962, p. 364; asimismo, Ferdinand Walter, *Lehrbuch des Naturrecht und der Politik*, 1863 o, Heinrich Ahrens, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates, auf dem grunde des Ethischen Zusammenhanges von Recht und Kultur*, (Wien, 1871), Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 355 ss.

Sin perjuicio de ello, se va desarrollando un pensamiento positivista realista, que considera al Derecho como expresión de una realidad fáctica, tesis que se expresa con toda claridad en Lassalle, quien al preguntarse sobre la naturaleza de la Constitución, distinguirá entre la Constitución escrita o formal y la Constitución real, caracterizando a la primera por ser sólo una hoja de papel *–Blatt Papier–* y a la segunda por expresar a los factores reales del poder, que se encuentran en las fuerzas económicas, militares y políticas de la sociedad y del Estado¹⁰³.

En esa línea de pensamiento, von Stein desarrollará la idea del cambio de la sociedad y de la ley, a partir del concepto dinámico de vida de la comunidad y de movimiento hacia la libertad. Así, planteará que la Constitución se basa en tres elementos: el principio *histórico*, el principio *económico* y el principio *social*. Por eso, “es claro que, como la Constitución asienta la vida real en un papel, no puede ser sostenida, si la representación popular no promueve esos tres elementos”¹⁰⁴. En efecto, dado el carácter dinámico de la sociedad, el concepto de derecho tiene un carácter diacrónico y doble, en donde “cada nuevo Derecho es la negación de uno viejo”¹⁰⁵.

Siguiendo la tendencia del positivismo realista, Gneist a partir de revalorar históricamente el desarrollo de la conciencia jurídica de la comunidad hacia la autosoberanía, tomando en consideración la historia constitucional inglesa y la antigua tradición constitucional alemana, planteará el rol de la opinión pública en el Derecho estatal, vinculando orgánicamente a la sociedad con la Estado, a través de sus derechos fundamentales y el Parlamento¹⁰⁶, en el cual fue representante entre 1859 y 1893.

Pero el aporte de otros teóricos del Derecho, como von Ihering, va a ser determinante en la formación del Derecho público positivo. Así, en una pri-

103. Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen*, Berlin, Verlag P. Singer, 1907, pp. 15-36; desde una perspectiva filosófica, que busca armonizar la libertad y la comunidad, Immanuel Fichte, *Die Philosophischen Sitten von Recht, Staat und Sitten in Deutschland, Frankreich und England von der Mitte des Achtzehnten Jahrhunderts bis zur Gegenwart*, (Leipzig, 1850), Frankfurt, Ferdinand Keip, 1969, pp. 15-24.

104. Lorenz von Stein, *Zur Preussischen Verfassungsfrage*, en *Gesellschaft-Staat-Recht* (edición y presentación de E. Forstthoff, con la colaboración de D. Blasius, E. Böckenförde y E. Huber), Propyläen, 1972, p. 118, en el mismo compendio revisar del autor: *Der Begriff der Gesellschaft und die Gesetze ihrer Bewegung*, pp. 65 ss.

105. Lorenz von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, (1876), Aalen, Scientia Verlag, 1970, p. 89, así como pp. 88-104, y del mismo autor, *Rechts- und Staatswissenschaft Deutschland*, pp. 88-104 y 132-146.

106. Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, pp. 233 ss.

mera etapa, desde una perspectiva dogmática y conceptual –*Begriffjurisprudenz*– inspirada en su investigación sobre el Derecho romano, postuló una ciencia jurídica con carácter universal, gracias al método jurídico del análisis o desconstrucción jurídica de la institución y, luego, a la simplificación cualitativa del ordenamiento sistemático, que es la parte creativa del operador jurídico. En tal entendido, Ihering definió a la institución a través de su sujeto, objeto y contenido, y, la evolución e inserción del instituto, mediante el origen, evolución, relaciones e incorporación al sistema¹⁰⁷.

En una segunda etapa, desde una perspectiva realista de los intereses humanos –*Interessenjurisprudenz*–, Ihering partió de concebir que hay dos fines de las acciones humanas: el beneficio –*Lohn*– propio de la esfera económica egoísta del hombre y la coacción –*Zwang*– propia de la esfera jurídica de las obligaciones, sostenida en el poder¹⁰⁸, en función de lo cual el Derecho se transformaba de un ámbito subjetivo a un nivel objetivo, haciendo que los destinatarios de las normas jurídicas no sólo fuesen los ciudadanos, sino también las órganos judiciales. Pero, si bien para el autor “la historia del poder sobre la Tierra es la historia del egoísmo humano” y por tanto encuentra el fundamento del Derecho en la fuerza de los hechos –*Begründung des Rechts auf die Tatkraft*–, concibe también que la finalidad de la lucha de intereses por el Derecho era la justicia, mediante procedimientos administrativos y constitucionales¹⁰⁹.

Estos principios básicos en el desarrollo del positivismo jurídico-constitucional, se pueden condensar en que, primero, el modo de aproximarse al estudio del Estado de Derecho fue considerando el Derecho como un hecho y no como un valor, así el jurista debía estudiar el Derecho y al Estado como el científico estudia la realidad natural, o sea sin formular juicios de valor. Segundo, se definió una determinada teoría del Estado de Derecho en función del elemento de coacción, en tanto se concibió al Derecho como el hecho que estaba en vigor en la sociedad, en virtud a que se hacía valer por la fuerza. Tercero, se planteó una determinada ideología del Estado de Derecho, basada en la obediencia absoluta a la ley –*Gesetz ist Gesetz*–, lo cual hacía referencia a las fuentes del Derecho y al problema de la interpretación de la ley.

107. Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Erster Teil, Verlag Breitkopf und Härtel, 1907, pp. 17 ss. y 48 ss.; asimismo, Ernst Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870...*, op. cit., pp. 788-800.

108. Rudolph von Ihering, *Der Zweck im Recht*, tomo I, Verlag Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1916, p. 71 ss. y 181 ss.; estas tesis, fueron continuadas, posteriormente por, Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz* Tübingen, 1933, p. 33.

109. Rudolph von Ihering, *Kampf um's Recht*. Zum hundertsten Todesjahr des Autors (editor Felix Ermacora), Frankfurt, Propyläen Verlag, 1992, pp. 61 ss. y 110 ss.; asimismo, Ernst Landsberg: *19. Jahrhundert bis etwa 1870...*, op. cit., 807-825.

22 Positivismo normativista

El iuspositivismo contemporáneo nació entre fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, con la intención de dar unidad a un conjunto disperso de normas que producían inseguridad y arbitrariedad en las relaciones sociales, debido a su falta de prevención racional en la conducta de los hombres modernos. Sobre la base de ese principio básico, durante la segunda mitad del siglo XIX, se desarrollaron las columnas básicas del positivismo moderno: la ley como la fuente suprema del Derecho y el carácter superior de la voluntad del legislador.

A partir de la teoría positivista del Estado, se buscó integrar a la perspectiva política del Estado, una performance normativa en virtud del método jurídico, en ese sentido, Jellinek postuló una teoría dualista del Estado que se caracterizó por contar con una teoría general social del Estado –*Allgemeine soziallehre des Staates*– y una teoría general del Derecho político –*Allgemeine Staatsrechtlehre*–. El autor rechazó la explicación de una teoría del Estado basada únicamente en los factores históricos, sociológicos, políticos y económicos, como también la que se basaba únicamente en el Derecho, sin embargo, postuló que mediante el método jurídico se podía investigar los enigmas de la vida estatal, pero había que enlazarlo con la política¹¹⁰. Cerca a esta postura, Bluntschli, planteó a partir de sus tesis organicistas la idea del Estado como persona y el método científico o empírico como el instrumento de estudio de la ciencia del Estado –*Staatswissenschaft*–¹¹¹.

En ese sentido, las ideas básicas del Estado de Derecho sentaron las premisas para que el positivismo normativista identificara al Estado con la Constitución; por eso, “la forma del Estado se determina a través de la Constitución. Pero, la Constitución no es un elemento del Estado, como a menudo se le toma, sino la organización, que establece a los factores subjetivos (*el soberano y el pueblo*). No hay Estado sin Constitución, esto es sin organización; aunque, no hay en todas partes un documento constitucional escrito”¹¹².

Pero, a partir del dualismo metodológico científico-político, planteado por Jellinek, éste revaloró los derechos del hombre –en polémica con Boutmy¹¹³–,

110. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Kronberg, Verlag Athenäum, 1976, pp. 50 ss.

111. Johann Kaspar Bluntschli, *Allgemeine Saatslehre* (1886), Aalen, Scientia Verlag, 1965, pp. 5-10 y 15-25.

112. Heinrich Zoepfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts, mit besonderer Rücksicht auf das Allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse* (1863), Kronberg, Scriptor Verlag, 1975, p. 29.

113. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, ein Beitrag zur modernen Vefassungsgeschichte*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, pp. 39 ss.; así como, E. Boutmy,

que habían sido olvidados por los iuspublicistas; pese a que sirvieron de justificación de la aparición del Estado liberal burgués¹¹⁴. Ello se debió, a la identidad de los derechos del hombre con el Derecho natural de la época de la Ilustración —*Aufklärung*— y de la Revolución francesa¹¹⁵, motivo, por el cual la Teoría del Estado y el Derecho Político del siglo XIX, sobre todo en Alemania, se había concentrado en el estudio pretendidamente científico de la comunidad política antes que en los derechos y libertades de sus ciudadanos. En todo caso, “la libertad burguesa era una libertad no política, sino una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado”¹¹⁶. En ese sentido, el Derecho privado y en particular el Código Civil, se convirtió en el auténtico baluarte de la libertad ciudadana, quedando al margen los textos constitucionales.

En efecto, a partir del concepto de la personalidad jurídica del Estado, que se vinculó con la vieja idea, según la cual “los Estados son personas morales”¹¹⁷, Jellinek concibió un sistema de derechos públicos subjetivos, que supuso pasar de la idea del *status* negativo de la libertad —*status libertatis*—, en la cual el Estado se abstenía de intervenir en la esfera de la libertad y del interés privado de las personas, a una concepción positiva de la libertad —*status civitatis*— en la cual el Estado como representante del interés general, otorga validez a la libertad en la esfera de la ley, por ello Jellinek señaló que “el poder estatal, por eso es un poder sobre la libertad, es decir sobre la persona”¹¹⁸.

En tal entendido, la tensión liberal entre autoridad y libertad, así quedó mediatizada por el concepto clave de libertad jurídica, como límite a la voluntad arbitraria del Estado. Pero también quedó empantanada en la libertad formal y positivista, de donde se desprendían las demás libertades y derechos

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek, en *Annales des Sciences Politiques*, vol XVII, pp. 415 ss.; la polémica versó entorno a los orígenes de la Declaración de 1789, que Jellinek atribuía su inspiración a la Declaración de Virginia, mientras que Boutmy al espíritu ilustrado francés.

114. Georg Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1919, pp. 1 ss.
115. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte...*, *op. cit.*, pp. 57 ss.
116. Konrad Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, C.F. Müller Leipzig, Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, p. 11; asimismo, Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht...*, *op. cit.*, pp. 37 ss.
117. Friedrich Ancillon, *Ueber den Geist der Staatsverfassungen un dessen Einfluss auf die Gesetzgebung...*, *op. cit.*, p. 16; asimismo, Georg Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte...*, *op. cit.*, pp. 28 ss.
118. Georg Jellinek, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte...*, *op. cit.*, p. 85, asimismo, pp. 94 ss. y 114 ss.

públicos, es decir, la libertad quedó cercenada de su sustrato político y sociológico.

Sobre la base de este desarrollo a fines del siglo XIX, el positivismo legal, propio del parlamentarismo liberal, que se caracterizó por “el aislamiento de la Teoría del Estado de la filosofía, historia y sociología (I.) y la aplicación de una lógica formal en el tratamiento del Derecho estatal (II.). De ambas premisas se desprenden nuevos planteamientos para la teoría de la ley y el poder del legislador (III.)”¹¹⁹. En ese sentido, el pensamiento jurídico de Laband fue fiel representación del positivismo legal del periodo de gobierno del canciller Bismarck del Imperio alemán, de 1863 a 1890, en la medida que se sirvió de la distinción entre la ley en sentido material y la ley en sentido formal, para argumentar la aprobación por el Parlamento del presupuesto militarista del Canciller de Hierro, en tanto la ley era la expresión de la voluntad del Estado, sin valorar su contenido; no obstante, el proyecto de ley fue finalmente rechazado¹²⁰.

En tal entendido, Laband planteó asépticamente que “la ley en un sentido material significa la disposición normativa de una obligación jurídica”¹²¹; mientras que la ley en sentido formal no es cualquier declaración de voluntad del Estado, sino aquella que cumple con “la forma de dación de la ley como documento público”¹²²; de donde se desprende que la validez de la ley material quedó a condición de su validez como ley formal. Por ello, la separación entre la norma y la realidad, antes que un problema o errónea concepción de la ciencia jurídica, se convertirá en el elemento clave que la caracteriza como una ciencia autónoma de la filosofía, política o la sociología.

Este positivismo jurídico de Laband influyó al Derecho público francés –Carré de Malberg, Lambert, Gény, Duguit–¹²³, pero también estuvo influenciado por el modelo jurídico de la pandectística, en la medida que se

119. Ernst-Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt...*, op. cit., p. 211.

120. Paul Laband, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preuß. Verfassungs-Urkunde, unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, (Berlín, 1871), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1971, pp. 1-11 y 19-23.

121. Paul Laband, *Deutsches Reichstaatsrecht*, (1878), Aalen, Scientia Verlag, 1969, pp. 114; asimismo, desde una perspectiva de la Administración, Georg Mayer, *Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsemats* (1881), en *Grünhuts Zs*, tomo 8, pp. 15 ss.

122. Paul Laband, *Deutsches Reichstaatsrecht...*, op. cit., p. 116; asimismo, Ernst-Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt...*, op. cit., pp. 229-242.

123. Raymond Carré de Malberg, *Contribution a la Théorie Générale de L'État...*, op. cit., Preliminar y capítulo I; en general revisar, P. M. Gaudamet, *Paul Laband et la doctrine française de Droit Public*, en *RDP*, tomo 105-2, 1989, pp. 958-979.

caracterizó por la búsqueda de un sistema jurídico propio del Derecho público, a partir del método jurídico y del planteamiento de instituciones jurídicas basadas en las relaciones jurídico-públicas. Como dejaría expresado el jurista del Imperio –*Kronjurist*–, en su análisis de la Constitución Imperial del Reich del 16 de abril de 1871¹²⁴. Sin embargo, según la crítica de Gierke, la obra de Laband supuso en la práctica la utilización del método jurídico formal y el uso de instituciones del Derecho privado, del cual pretendía distanciarse¹²⁵.

Desde una perspectiva del Derecho basada en la sociedad, Haenel también formuló una rotunda crítica al positivismo normativista de Jellinek y Laband, en tanto se basaron en la idea del Estado, el principio de legalidad y de los derechos como conceptos formales; que negaban sus orígenes históricos en el Derecho natural y los valores culturales¹²⁶. En este último sentido, desde una perspectiva antiformalista de la Filosofía del Derecho, Dilthey postuló el método de las ciencias del espíritu “*Geisteswissenschaften*”, donde el Derecho ocupa un rol de mediación de las esferas de poder de los individuos, en sus relaciones con las demás voluntades y las cosas, dentro de un sistema de cultura¹²⁷.

A fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, no obstante la *belle époque* del Estado de Derecho burgués –representado en el parlamentarismo monárquico–, la reflexión jurídico-política sobre el Estado y el Derecho, incorporó junto a la idea del orden y progreso el concepto de lucha en el Derecho, es decir la vinculación del Derecho a la vida social, postulado por el movimiento de creación libre del Derecho –*Freierechtswegung*–¹²⁸. De esta manera, se buscó incorporar al Derecho las lentas y progresivas transformaciones socia-

-
124. Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, tomo 1, Scientia Verlag, 1964, pp. 114-142.
125. Otto von Gierke, *Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, pp. 26 ss. y 76 ss.; asimismo, sobre las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho privado, revisar, Heinrich Zoepfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts...*, *op. cit.*, pp. 33-34.
126. Albert Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, tomo II, 2: *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Verlag von H. Haessel, Leipzig, 1888, pp. 116 ss., 141 ss. y 235 ss.
127. Wilhelm Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften, versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft un der Geschichte*, (1883), primer tomo, Leipzig-Berlin, Verlag von Teubner, 1922, pp. 52-58.
128. Gnaeus Flavius (seudónimo de Hermann Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Universitäts-buchhandlung, Heidelberg, 1906, pp. 10 ss. y 48 ss.; Freiherr Marschall von Bieberstein, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, Akademische Rede zum Gedächtnis der Reichsgründung gehalten am 17. Januar 1925 in der Aula der Albert Ludwigs-Universität, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1927, pp. 1-21.

les y económicas del Estado liberal, promovidos tanto por los movimientos sociales de trabajadores, sufragistas y pacifistas como por las consecuencias de las contradicciones ínsitas del parlamentarismo burgués en beneficio del Gobierno, ávido de nuevas competencias administrativas y presupuestales, para afrontar algunas demandas públicas de la modernización y socialización del Estado de Derecho¹²⁹.

En ese sentido, el Derecho Constitucional se vio impregnado de cierto antiformalismo y antiabstracción de la ciencia jurídica¹³⁰, que se puso en evidencia en la modernización política, moral y social de los nuevos derechos como el sufragio, así como en la aparición de los derechos sociales y económicos, dando lugar al establecimiento autónomo del Derecho Constitucional, al reforzamiento del Derecho Administrativo y a la aparición del Derecho del Trabajo. En adelante, “el contenido de las normas, en el cual los derechos políticos y civiles deben garantizarse, toma en la moderna Teoría del Estado, el nombre especial de Derecho Constitucional”¹³¹.

La reducción del Derecho a la ley, en tanto norma de eficacia operativa, durante el comienzo del siglo XIX fue materia de permanente controversia –dentro y fuera de la ciencia jurídica– entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural¹³². Sin embargo, si la premisa positivista según la cual “lo que no se puede realizar, no es Derecho; por el contrario, lo que cumple esa función es Derecho”¹³³, la llevamos a confrontar con el propio orden jurídico del Estado liberal. Se puede decir que la ineficacia del Derecho positivo, para realizar el propio programa liberal que le dio origen, encuentra explicación en sus propios límites formal-normativistas, en su forma artificial de entender el Derecho, lo que le hizo ser incapaz de poder afrontar los nuevos desafíos sociales que le planteaban los cambios sociales de inicios del siglo XX, debido a la crisis de legitimidad del positivismo jurídico del Estado de Derecho, que puso en evidencia la confrontación entre la norma jurídica y la realidad social.

La legitimidad es un concepto que usualmente es visto como una categoría propia de los tipos ideales de autoridad: tradicional, carismática y

129. Ludwig Gumplowicz, *Allgemeine Staatslehre* (Innsbruck 1907), Aalen, Scientia Verlag, 1972, pp. 27-41 y 90-94.

130. Hermann Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen, Vanenhoeck & Ruprecht, 1963, pp. 19 ss.

131. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 391.

132. Freiherr Marschall von Bieberstein, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze...*, *op. cit.*, pp. 31-41.

133. Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts...*, *op. cit.*, p. 49.

racional-formal¹³⁴. Sin embargo, la legitimidad no puede ser sostenida en la creencia abstracta en la autoridad, sino que la legitimidad aparece estrechamente vinculada a las tensiones propias de la realidad social, política y económica que explican la crisis del Estado liberal de Derecho, encubierta por el positivismo jurídico formalista, basado en la ley. Por ello, sólo a partir de que se concibe a la legitimidad constitucional como fuente de expresión de los reales procesos jurídicos, el estudio de la legalidad deja de ser una labor ociosa, que impide replantear correctamente e intentar resolver los graves problemas que aquejan al Estado de Derecho¹³⁵.

En ese sentido, la legitimidad constitucional es una prueba límite para el positivismo jurídico, dada su racionalidad formal y su ciencia empírico-analítica, que le hizo incapaz de analizar el fenómeno social que explicaba su propia existencia. Ello se debió a que la legitimidad constitucional liberal estuvo subsumida dentro de la legalidad constitucional, en razón a que el positivismo de inicios del siglo XIX mantuvo cierta correspondencia entre la estabilidad del pacto social de dominación y su expresión jurídica en el Estado de derecho. Dicho más claramente, el Estado de Derecho liberal burgués pudo ser consecuente con los principios que le dio origen, sólo en su primera hora histórica, cuando los valores de libertad y propiedad les sirvieron de base filosófica y jurídica, para establecer el ordenamiento jurídico constitucional de nuevo Estado democrático.

Pero cuando desde mediados del siglo XIX se produce de manera cíclica grandes transformaciones sociales, políticas y económicas, se quiebra el principio de legalidad como consecuencia de que las estructuras jurídico e institucionales del Estado liberal no respondían ni podían asumir a los nuevos fenómenos políticos y económicos, que terminaron mermando en unos casos y destruyen en otros los principios básicos del Estado de derecho, basados en los dogmas de la aplicación irrestricta de la ley por el juez y el carácter formal y avalorativo de la ciencia jurídica y el derecho¹³⁶.

134. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, en *Grundriss der Sozialökonomik*, Parte III, tomo 1, 1925, Tübingen, J.C.B. Mohr, pp. 122-176; asimismo, del autor *Rechtssoziologie* (editores H. Maus u. F. Fürstenberg), Luchterland, 1967, pp. 238 ss., 261 ss. y 329 ss.

135. Pedro de Vega, *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit., p. 803; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional*, en *La crisis del Estado y Europa (Actas del Congreso sobre La Crisis del Estado y Europa, celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco, en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)*, HAEE / IVAP, Oñati, 1988, pp. 147-173.

136. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, op. cit., pp. 914 y ss; asimismo, Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso, estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, op. cit., pp. 207 ss.

Sin embargo, ante la progresiva incorporación de la cuestión social o política en el Derecho, se produce una respuesta total y reactiva en la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional, a través de la radicalización de las tesis iuspositivistas, transformándose en una teoría pura del Derecho de la Escuela de Viena, caracterizada por Hans Kelsen. Teoría que verá sus límites en la crítica de Smend, Heller y Schmitt, así como en su desarrollo jurídico y la realidad política y social, como se presenta a continuación.

3 POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

La crisis del positivismo jurídico a fines del siglo XIX, también significó su renacimiento en las primeras décadas del siglo XX, la misma que estuvo acompañada de un profundo y largo debate acerca de la «crisis de fin de siglo» de las ciencias jurídico-sociales¹³⁷ y de las instituciones políticas¹³⁸, así como de la revisión absoluta de la Teoría del Estado y de la Ciencia Jurídica, desde diversos presupuestos gnoseológicos, pero que finalmente se impondrán los de carácter exclusivamente jurídicos. El renacimiento de la doctrina del derecho positivo, la confrontación con las teorías jurídico sociales y políticas, así como el debate entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo encontró, en la realidad política de la primera mitad del siglo XX, la prueba aparentemente final de sus postulados. Proceso teórico y real que adquirió forma y sentido, por primera vez, con el desarrollo de la teoría de la Constitución. En ese sentido, a continuación se da cuenta de este proceso.

-
137. Wendell Holmes, *The Path of the Law*, en *HLR*, Vol. X, 1896-1897, Mass., 1897, pp. 457-478., donde planteó las bases del realismo jurídico norteamericano; Vittorio Orlando, *Diritto Pubblico Generale. Scritti Varii (1881-1940)*, Milano, Giuffrè editore, 1940, pp. 3-22, donde postuló ya en 1889 la reconstrucción jurídica del Derecho Público; Maurice Deslandres, *La crise de la Science Politique*, en *RDP*, tomo XIII, 1900, pp. 435 ss., donde puso de relevancia los límites del método jurídico en la ciencia política; Hermann Heller, *Die Krisis der Staatslehre* (1926), en *Gesammelte Schriften*, tomo 2 *Recht, Saat, Macht*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1971, pp. 5-30, donde a partir del impacto de la realidad de los movimientos revolucionarios, criticó el positivismo a-político y a-social del Estado liberal,
138. Vittorio Orlando, *Du Fondement juridique de la Représentation Politique*, en *RDP*, tomo III, 1895, pp. 1-39, donde replantea las relaciones entre el elector y el elegido; Henry Michelet, *L'idée de L'État essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution* (1898), Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 58 ss., donde plantea el sentimiento de crisis de la época; Adolfo Posada, *La crisis del constitucionalismo*, Madrid, 1925, pp. 15 ss., y; Joseph Barthélemy, *La crise de la démocratie représentative*, en *RDP*, tomo LV, 1928, pp. 584-667.

31 Teoría pura del Derecho

En la búsqueda por limpiar al derecho de las impurezas con que la doctrina jurídicas positivista había trabajado durante el siglo XIX, Kelsen plantea una teoría pura del derecho, alejando del derecho a la naturaleza, la moral, el derecho natural, así como superando el dualismo entre derecho subjetivo y derecho objetivo por ideológico, hasta llegar a identificar la teoría del Estado con la teoría del Derecho¹³⁹. En ese sentido, “con el nombre de positivismo *jurídico* se entiende aquella teoría jurídica que únicamente concibe como *Derecho* al derecho positivo y no concede validez alguna a ningún otro orden social, no obstante que en el lenguaje corriente se le conozca con el nombre de derecho, particularmente al llamado derecho natural¹⁴⁰.”

En efecto, el positivismo jurídico aparta la moral del Derecho; a partir de sostener un relativismo científico, que niega la posibilidad del conocimiento de lo absoluto: la verdad, la justicia son relativas. En ese sentido, Kelsen concluye con estas palabras su trabajo sobre la justicia: “yo he iniciado esta disertación con la pregunta: ¿Qué es la justicia? Ahora, al final, estoy muy conciente que esa pregunta no tiene respuesta¹⁴¹”. Alcanzar una definición sustantiva o material de la misma no es posible a juicio de Kelsen, en la medida que no hay un solo ideal de justicia, sino muchos ideales de justicia que pueden llegar a diversos o a contradictorios resultados; en ese sentido, “el Derecho es el testimonio y garantía exterior de nuestra moral de vida¹⁴².”

En ese sentido, la moral sustantiva propia del Derecho Natural queda extinguida o fuera del ámbito del Derecho formal, por cuanto “la diferencia entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, es de fundamentación de su validez o, que es lo mismo, de principios de validez, que en el caso del Derecho Natural es *materielle* y en el caso del Derecho Positivo es *formelle*¹⁴³.”

139. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1934, pp. 19 ss., 39 ss. y 115 ss.; hay una versión local, *Introducción a la teoría pura del derecho*, edición autorizada del Hans Kelsen - Institut (Viena), Lima, 1993.

140. Hans Kelsen, *Was ist Juristischer Positivismus?*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, tomo 1, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Austria, Europa Verlag Wien, 1968, p. 941.

141. Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien, Franz Deuticke, 1975, p. 43.

142. Wendell Holmes, *The Path of the Law*, en *HLR*, Vol. X, 1896-1897, Mass., 1897, p. 459; sobre la versión neokantiana de la fundamentación ética en la ley en el cambio de siglo XIX-XX, revisar: Theodor Litt, *Ethik der Neuzeit*, s/l, 1926, pp. 157 ss.

143. Hans Kelsen, *Naturrecht und positives Recht*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, *op. cit.*, tomo 1, p. 215; la doctrina analítica del Derechos ha desarrollado esta radical

Ahora, la validez general del Derecho esta *condicionada* no sólo a la validez de la norma estatuida, sino también a la eficacia de la misma. Lo cual no significa que el *fundamento* de la validez de una norma esté en los hechos, sino en otra norma superior que regula su formación o pre-establece su contenido, en un orden jurídico escalonado.

La Constitución es la norma suprema que se encuentra en el vértice, o, dicho en otras palabras, es la base que fundamenta todo el ordenamiento jurídico, en tanto con ella se establece el procedimiento y se definen los organismos encargados de aprobar las normas. Pero, a su vez, la Constitución está justificada por la norma hipotética fundamental «*Grundnorm*»¹⁴⁴, que es sólo “un recurso que debe terminar con la primera constitución histórica, la misma que no puede remontarse a otra anterior”¹⁴⁵. La norma hipotética fundamental, es pues, una formulación necesaria establecida para la justificación última del Derecho positivo y que tiene un claro contenido absoluto en la “fuerza normativa de los hechos”, de quienes detentan las relaciones de poder del Estado.

En la medida que la consecuencia esencial del positivismo jurídico consiste en la separación del derecho de la moral, el Estado no obstante ser el producto de un orden colectivo de vida humana, va a ser concebido antes que nada como un orden jurídico y abstracto. Desde esta perspectiva estatalista, las voluntades particulares de los hombres quedan sumidos en la voluntad del Estado, como reglas de derecho coactivas. Como el Estado es la personificación total del Derecho, el poder de las autoridades estatales en sus relaciones con los ciudadanos se basa en el orden jurídico válidamente establecido, en consecuencia, la protección de los derechos subjetivos de las personas queda supeditada al previo reconocimiento de dichos derechos y libertades por las normas jurídicas¹⁴⁶.

La creación jurídica es un proceso que se produce de acuerdo a la teoría de la representación, mediante el acto legislativo y jurisdiccional como etapas abstracta y concreta del proceso normativo, respectivamente. Sin embargo, la ley no puede quebrantar la Constitución, tanto en su forma como en su contenido, de lo contrario, debe pasar el examen de constitucionalidad que lleve a cabo el Tribunal Constitucional. Con lo cual, la identidad del Estado

distinción, entre lo que es y lo que tiene que ser, ver Herbert L.A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, en *HLR*, Vol. 71, 1957-1858, pp. 593-629.

144. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, op. cit., pp. 62 ss.

145. Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 1, pp. 286 ss.

146. Hans Kelsen, *Allgemeine Saatslehre*, Berlin, Springer, 1925, pp. 150-160.

y del Derecho, llevada a su máxima expresión racional, se manifiesta en el organismo jurisdiccional autónomo, que se encargue de la defensa de la Constitución¹⁴⁷.

El ejercicio de la jurisdicción constitucional es una tarea del Tribunal Constitucional que requiere interpretar la Constitución, para verificar la conformidad o no de la ley con el texto formal y sustantivo de la norma suprema. La interpretación no es una exclusiva función jurisprudencial, sino que el legislador en la elaboración de la ley necesita también interpretar la Constitución. Así tenemos, entonces que mientras la interpretación en manos de los jueces es una tarea jurídica, la interpretación de los legisladores es política¹⁴⁸.

En tal entendido, la interpretación como quehacer jurídico utiliza el método jurídico que es lógico-formal por excelencia, mediante el cual se busca conocer el deber ser de la norma “*Sollen*” y no el ser de la norma “*Sein*”, que es objetivo del método sociológico, a través de consideraciones históricas, psicológicas, materiales¹⁴⁹. O dicho de otro modo, el Derecho positivo puede ser observado desde diferentes ciencias y métodos como la sociología, cuando se analiza la eficacia de la norma; la filosofía, cuando se interesa por la moral normativa; y la jurisprudencia, cuando se considera al Derecho formal¹⁵⁰.

La aparición de la teoría pura del Derecho, no fue la única respuesta a la crisis del Estado de Derecho del novecientos, aunque sí tuvo una repercusión como ninguna otra teoría, debido a que actuó como ideología jurídica, que justificó y desarrolló la concepción del Estado de Derecho como obediencia absoluta a la ley, que no es otra que la manifestación de la voluntad de la autoridad. En este sentido, el positivismo jurídico sintetizó en la ley durante el Estado liberal, como en la Constitución durante el nacimiento y desarrollo del Estado social, el quehacer político, social y económico de la vida

147. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *RDP*, 1928, *art. cit.*, pp. 197-257; del mismo autor, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 2, pp. 1813-1871; asimismo, Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche...*, *op. cit.*, pp. 82 ss.

148. Adolf Merkl, *Zum Interpretationsproblem*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 1, pp. 1059-1077; asimismo, Hans Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, tomo 2, pp. 1363-1373.

149. Hans Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, *op. cit.*, tomo 1, pp. 3-36.

150. Alfred Verdross, *Zur Klärung des Rechtsbegriffes*, en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, *op. cit.*, tomo 1, pp. 509-514.

política de la comunidad. Pero, también encontró diversas respuestas jurídicas que se pueden sintetizar en las teorías jurídico-políticas, de Smend, Heller y Schmitt.

32 Teorías jurídico-políticas

Con el inicio del constitucionalismo social, con la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de la República del Weimar de 1919 y la Constitución de la Rusia bolchevique de 1921, se produce un súbito desarrollo de ideas político-jurídicas críticas y contrarias al Estado liberal de Derecho, que se sintetiza en la abundante producción intelectual —no sólo jurídica, sino también filosófica, científica, cultural y artística—, y en el dramático final de la República de Weimar, en tanto se produce un proceso de decantamiento político y real, entre las fuerzas conservadoras que se alinearon en favor del fascismo emergente y triunfante, y las fuerzas que promovían en forma democrática, la transformación política y social¹⁵¹.

Sin perjuicio de los comentarios exegéticos¹⁵² y a las reflexiones críticas en torno a la Constitución de Weimar¹⁵³, el debate en el campo del Derecho político, se desarrolló alrededor de la teoría pura del derecho de Kelsen, la teoría de la integración de Smend y la teoría política de Schmitt, entre otras¹⁵⁴. Así, para Smend, lo propio de la naturaleza humana es que su configuración y perfeccionamiento, sólo se puede realizar a través del espíritu humano, que tiene una estructura necesariamente social. En este entendido, postula una idea de Constitución como un *proceso de integración* personal, funcional y material que constituye un continuo de renovación y plenitud, que abarca los distintos ámbitos sociales y da sentido a la vida. Aquí, Smend refleja la impronta intelectual de Hüsserl y de Litt, quien cerró el círculo del hombre y su comunidad, mediante la unidad en torno a la persona humana y a su existencia social¹⁵⁵.

151. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend...* op. cit., pp. 193 ss.

152. Gerhard Anschütz y Richard Thoma (editores), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, pp. 95 ss.

153. Rudolf Smend, *Zum Verfassungsrecht der Weimarer Republik*, en *Gesammelte Schriften, tomo 2 Recht, Staat, Macht...*, op. cit., pp. 281 ss.; asimismo, Carl Schmitt, *Legitimität und Legitimität*, (1932), Berlin, Duncker & Humblot, pp. 40 ss.

154. Adolfo Posada, *El régimen constitucional...*, op. cit., pp. 47 ss.; Fritz Fleiner, *Einzelrecht und öffentliches Interesse*, en *Staatrechtlichen Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum Fünfzigsten Jahrestage der Doktorpromotion*, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1925, pp. 3-39.

155. Theodor Litt, *Individuum und Gemeinschaft, Grundlage der Kulturphilosophie*, Berlin, Verlag Teubner, tercera edición, 1926, pp. 379 ss.

En adelante, “el Derecho no podrá ser interpretado sin tomar en consideración a la política”¹⁵⁶, marco de referencia en el cual los derechos fundamentales cumplirán un rol reivindicador en tanto se reconozcan en el carácter político de la Constitución, aunque no de manera absoluta. Por eso, Smend señalará que “una intervención jurídica del Estado no implica necesariamente que se produzca una cohesión más fuerte entre los que forman parte del Estado, en cuanto conjunción de voluntades. Cuando esta ampliación es rechazada por algún sector del pueblo, puede llegar incluso a operar desintegradoramente”¹⁵⁷, debido a que el Estado existe únicamente a partir del proceso de auto-integración cultural y popular de los individuos, que se expresa en los derechos fundamentales.

Heller, desde una perspectiva de la ciencia política, postula una visión teórica y práctica del Estado y de la Constitución, incorporando el derecho, la sociedad, la economía así como la opinión pública, los partidos políticos y las clases sociales al quehacer de la política. En este sentido, utiliza un método sociológico-político que se desvincula del idealismo objetivo de las ciencias del espíritu, aunque no descuida darles un lugar en el desarrollo de sus tesis. Así, el Estado y la Constitución son formalizaciones concretas del poder, como señalaría Lassalle, pero con un carácter dinámico, abierto y cambiante, que hace de la *normatividad* y de la *normalidad*, es decir del deber ser y del ser constitucional, una unidad en transformación que legitima a la Constitución¹⁵⁸.

Schmitt, por su lado, parte de un concepto antropológico de la política: la lucha permanente entre amigo y enemigo “*Freund und Feind*”, no en un sentido metafórico o simbólico, sino concreto y real. Más aún, toda contradicción en materia religiosa, moral, económica, étnica o de cualquier otra naturaleza, se transforma en un conflicto político, que agrupa, por un lado y por otro a amigos y enemigos. Este postulado, llevado a los extremos del conflicto puede desencadenar una guerra o revolución, donde la neutralidad en sus

156. Heinrich Triepel, *Staatsrechts und Politik*, Verlags-Aktiengesellschaft, Berlin, 1926, p. 37; con menos contundencia ver Vittorio Orlando, *Diritto Pubblico Generale. Scritti Varii (1881-1940)*..., *op. cit.*, pp. 67-72.

157. Rudolf Smend, *Verfassungs und Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 51; asimismo, revisar el sugestivo trabajo de Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend*... *op. cit.*, pp. 51 ss.

158. Hermann Heller, *Staatslehre*, (1934), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pp. 281-293; para una perspectiva pesimista de la democracia capitalista, revisar a Harold Laski, *Democracy in Crisis*, London, Allen & Unwin, 1933, pp. 147 ss. y 233 ss.

diferentes manifestaciones, como la técnica, sólo sirven como instrumento de la guerra¹⁵⁹.

Esta concepción de la política de Schmitt se refleja en sus tesis decisionistas, tanto en su teoría de la Constitución, donde sostiene una idea política de Constitución como la *decisión* sobre la forma y el modo de la unidad política de un pueblo¹⁶⁰; como en su teoría de la soberanía, según la cual el dualismo entre poder y derecho se encarna en la figura del soberano, quien tiene el poder –la *autoritas* y la *potestas*– para declarar el estado de emergencia¹⁶¹. Tesis propias de un positivismo decisionista que años más tarde las radicalizaría, siguiendo su concepción política del amigo-enemigo, personalizándolas en Hitler como protector del Derecho del pueblo alemán, que supuso volver trágicamente a la vieja tesis absolutista hobbesiana de *autoritas, non veritas, facit legem*¹⁶².

La fácil destrucción del Estado de Derecho durante el nazi-fascismo europeo, dada su falta de legitimidad, no por su origen sino por sus resultados, supuso, por otro lado, el establecimiento del Estado totalitario sobre la base de la inversión de dos principios básicos del Estado liberal: la violación de los derechos humanos, que se simboliza en el *Holocausto* judío, y la concentración del poder en el *caudillo* y la cúpula militar, que hizo del Parlamento y, sobre todo, del Poder Judicial, simples ecos de la dictadura¹⁶³.

Derrotado el nazi-fascismo en Europa, es del caso señalar que el proceso de reconstrucción del Estado de Derecho de la postguerra estuvo inmerso en el conflicto ideológico de la “*guerra fría*” entre los dos grandes sistemas –capitalista y socialista–, que salieron vencedores de la segunda guerra

159. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1932, pp. 13 ss., 25 ss. y 77ss.

160. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*..., *op. cit.*, pp. 87 ss.

161. Carl Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 11-22; asimismo, del autor, *Konstruktive Verfassungsprobleme*, s/f, s/l, Als Manuskript gedruckt, pp. 7 y ss, conferencia ante la asamblea general de la asociación para la defensa de los intereses de la industria química alemana, del 4 de noviembre de 1932, donde critica los fundamentos de la Constitución de Weimar y plantea la idea del Estado total.

162. Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, (1934), en *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*..., *op. cit.*, pp. 199 ss.; asimismo, Otto Koellreutter, *Vom Sinn und Wesen der Nationalen Revolution*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1933, pp. 7-35; Fritz Poetzsch, *Vom Deutsche Staatsleben*, *JÖR*, tomo 22, 1935, pp. 5 y ss, y; Arnold Köttgen, *Vom Deutsche Staatsleben*, *JÖR*, tomo 24, 1937, pp. 49 ss.

163. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Verlag der Süddeutschen Juriszeitung, Heidelberg, 1946, pp. 18 ss.; Bernard Asbrock, *Die Justiz und ihre NS-Vergangenheit*, en Hans Böttcher (editor), *Recht Justiz Kritik*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, pp. 97 ss.

mundial. Abriéndose a partir de entonces una tensión ideológica de carácter universal, que afirmó la identidad de los valores económicos y políticos de cada modelo en todos los ámbitos del quehacer humano, incluso el jurídico. En ese escenario, se produce en el mundo jurídico occidental un ardoroso debate, entre el positivismo y el iusnaturalismo renovados.

En esa tensión se plantea la revalorización e incluso convergencia de ambos modelos jurídicos, en base a dos concepciones: la primera, la democracia liberal como defensa de los derechos fundamentales de la persona –libertad e igualdad–, así como la limitación y control del poder de la autoridad, y, la segunda, el fomento de una economía social de mercado. Estos principios político-jurídico constituirán los cimientos básicos del nuevo orden liberal mundial y nacional de la postguerra, sobre los cuales los vigentes modelos constitucionales asientan a sus Estados y en consecuencia pueden ser evaluados¹⁶⁴.

33 Iusnaturalismo versus iuspositivismo

Durante la etapa de la reconstrucción del Estado democrático de la postguerra, se reabrió el debate entorno a la crisis del relativismo político y del derecho positivo, establecido en el periodo de entreguerras. Al respecto, existió consenso sobre que “la Constitución como norma jurídica fundamental del Estado se encuentra hoy en los Estados occidentales en una crisis radical [...]. Es más bien una crisis del pensamiento constitucional. Ahí radica nuestra inquietante situación: la idea de la Constitución esta cuestionada y su finalidad es una pregunta planteada”¹⁶⁵. En ese sentido, se partió de reconocer el peligroso carácter neutral y avalorativo del Estado de Derecho –liberal o social–; en tanto fue el paso previo, por donde se abrió camino el Estado totalitario, debido al relativismo moral y a la neutralidad ética del Estado de derecho. Aunque, para Kelsen, “desde el punto de vista de la Ciencia jurídica, el Derecho bajo el dominio nazi es *Derecho*. Podemos lamentarlo, pero no podemos negar que fue Derecho”¹⁶⁶.

164. Yves R. Simon, *Philosophische Grundlagen der Demokratie*, Mersenheim am Glan, Verlag A. Hain, 1956, pp. 11 ss., 63 ss., y 173 ss.; asimismo, Erich Preiser, *Die soziale Problematik der Marktwissenschaft*, München, Isar Verlag, 1951, pp. 5-25.

165. Werner Käge, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates...*, op. cit., p. 9.; asimismo, Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, pp. 264 y ss, para quien la crisis del moderno iusnaturalismo encuentra su raíz en el propio pensamiento ilustrado del siglo XVIII.

166. Franz-Martin Schmölz (editor), *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Wien, Springer-Verlag, 1963, p. 148; en este trabajo se reúnen las ponencias y el debate que sostuvieron máximos representantes del positivismo como Kelsen o Verdross con iusnaturalistas como Del Vecchio o Marcic, sobre el Derecho natural.

Si bien reconocer una realidad no significaba aceptarla, más aún, Kelsen, como muchos otros demócratas, tuvo que refugiarse en Estados Unidos durante la dictadura nazi, en cambio, no se puede desconocer que las fuerzas totalitarias para llegar al poder usaron primero las asépticas reglas del positivismo jurídico del Estado de Derecho, para luego desmontar los valores liberales implícitos de libertad y limitación al poder; lo cual no hace al positivismo responsable directo del uso de su doctrina, pero sí indirecto, “porque el intelectual al operar en el orden social con ideas es de ellas de quienes debe responder en el orden social”¹⁶⁷. En ese sentido, asumir una postura *científica* es la mejor manera de soslayar el compromiso con la política democrática concreta, convirtiendo la técnica del Derecho en una ideología al servicio del poder¹⁶⁸. Por eso, en una democracia relativista sin valores, un desintegrado sistema de partidos y una Constitución indecisa, que es distinto a una Constitución abierta¹⁶⁹, se crean las condiciones necesarias para que en situaciones de crisis, mediante la legalidad de la emergencia, las voluntades autoritarias se abran paso hacia un sistema dictatorial, usando la Constitución como un instrumento más del poder total¹⁷⁰.

En ese sentido, en el periodo de reconstrucción alemana del Estado democrático, quedará consabido en el consenso constitucional democrático que, como señaló Radbruch, “el positivismo en los hechos, con su convicción de que *la ley es la ley*, hizo que los juristas alemanes perdiesen valor contra las leyes arbitrarias y violadoras. Por eso, el positivismo no cuenta en absoluto con la posición apropiada, para fundar la fuerza de su autoridad en la ley. Cree que la validez de las leyes se tiene resuelta con la obsesión de la imposición del poder”¹⁷¹. También se ha señalado al nazismo como responsa-

167. Pedro de Vega, *Gaetano Mosca y el problema de la responsabilidad social del intelectual*, en el compendio de ensayos del autor *Escritos políticos constitucionales*, México, UNAM, 1987, p. 93.

168. Jürgen Habermas, *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1971, pp. 48 ss. y 120 ss.

169. Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten...*, op. cit., pp. 121 ss. y 151 ss.; Roland Geitmann, *Bundesverfassungsgericht und “offene” Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers ans Bestimmtheitserfordernisse*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, pp. 47 ss.

170. Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar, la teoría constitucional de Rudolf Smend...*, op. cit., pp. 244 ss.

171. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht...*, op. cit., p. 14; asimismo, del autor, *Erneuerung. Des Rechts*, en *Rechtsphilosophie III*, compilado por W. Hassemer, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, pp. 80-82; asimismo, Werner Kagi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Saates...*, op. cit., pp. 18 ss.

ble político, por oposición, del modelo democrático fuerte en la República Federal de Alemania¹⁷².

En ese sentido, el restablecimiento del Estado de Derecho en la postguerra, estuvo impregnado de un aura iusnaturalista¹⁷³, caracterizado, por un lado, por otorgar a la Constitución un carácter de norma política y jurídica supremas e inviolables, en cuanto limitación y racionalización del poder y fortalecimiento del proceso político libre y vivo¹⁷⁴, como en interpretar la Constitución como ordenación jurídica fundamental del Estado. Por otro lado, así como refundarse no sólo en los principios de la legalidad y sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de Derecho, como quedó consagrado en el paradigmático caso de la Constitución de Alemania –Ley Fundamental del Bonn de 1949–¹⁷⁵.

La Constitución y el sistema legal, en adelante, serán los instrumentos de protección de los derechos fundamentales de las personas, así como de limitación y control del poder. La revalorización de la persona humana y sus derechos, supuso también la subordinación de la ley a los principios y valores del nuevo Estado de Derecho expresados en la Constitución. En tal sentido, Krüger señalaría con acierto, en la postguerra, que hasta ese entonces los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, mientras que en adelante la ley sólo era válida en el marco de los derechos fundamentales¹⁷⁶.

La universalización de los derechos fundamentales en el orden político nacional, mediante la incorporación de la tutela de los derechos humanos en las constituciones de la postguerra, la aprobación de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas y regionales, como también en la eficacia de su protección en los juicios de Nuremberg contra los exjefes nazis, supuso el uso de normas de “*jus cogen*” para el restablecimiento de una cultura de

172. Gerd Roelleck, *Der Nationalsozialismus als Politisches Layaut der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, 28, 1989, pp. 505 ss.

173. René Marcic, *Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung*, en René Marcic e Ilmar Tammelo, *Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung und die Grundprobleme*, Frankfurt, Verlag Peter Lang, 1989, pp. 219-243.

174. Horst Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, (1953), en el compendio del autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik* (editor P. Häberle), Germany, Athenäum Verlag, 1981, pp. 91 ss.

175. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, *op. cit.*, pp. 58 ss. y 83 ss.

176. Herbert Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1950, p. 12.

vida civilizada, es decir, el eterno retorno a los derechos naturales del hombre imprescriptibles e inalienables¹⁷⁷.

Sin embargo, la positivización de los derechos naturales del hombre, les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las Constituciones¹⁷⁸, presentándose un nuevo dilema sobre el grado de vigencia de los derechos económicos y sociales incorporados en los diferentes textos jurídicos. Si bien la Constitución no les otorgó un carácter constitutivo a los derechos sociales, sino tan sólo declarativo, en cambio, sí supuso otorgarles validez y reconocimiento, como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida que el Estado o incluso los terceros particulares "*Der Drittwirkung der Grundrechte*" completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social, para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Lo cual supuso, en términos concretos, plantear, no sin conflictos límites la unidad del Derecho positivo y del Derecho natural¹⁷⁹.

Así, pues, en términos generales, en la primera década de la postguerra, se atravesará una crisis de refundación del Estado de Derecho, que se pondrá en evidencia, en el debate político y jurídico, en torno a los problemas fundamentales de la reconstrucción social de Europa. Así, por un lado, la propia noción de la democracia pluralista del periodo de la postguerra, que fue coto de los partidos políticos, será puesta en cuestión en tanto que, por entonces, se reeditaba lo que se llamó la dictadura de la mayoría parlamentaria, en detrimento de las minorías políticas¹⁸⁰, lo cual ponía en peligro de convertir a la división del poder en una formalidad, de los partidos y los grupos de presión¹⁸¹.

177. Felice Battaglia, *Teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, 1966, pp. 175 ss.; asimismo, Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 65 ss. y 125 ss.

178. Werner Käge, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, op. cit., pp. 39 ss.; asimismo, Wolfgang Schluchter, *Individuelle Freiheit und soziale Bindung. Vom Nutzen und Nachteil der Institutionen für den Menschen*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1994, pp. 1-26.

179. Felix Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, I, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 249 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, volumen I, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 391 ss.

180. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 15 ss.

181. Max Imboden, *Gewaltentrennung als Grundproblem unsere Zeit*, en *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaates* (Hrg. M. Imboden), Wien, Verlag Herder, 1965, pp. 46 ss.

En tal sentido, se postulará la armonización del concepto ideal y práctico de la democracia con el de la Constitución¹⁸²; la integración soberana del pueblo "*Herrschaft des Volkes*" en los asuntos de interés público¹⁸³, o la superación de la antítesis de la legalidad y la legitimidad, en períodos de estabilidad, mediante la justicia social, es decir, incorporando elementos axiológicos a la Teoría del Derecho y a la Teoría del Estado¹⁸⁴.

En el orden de la doctrina jurídica, se discutirá el propio *status* de la Constitución como un orden valorativo total, en la medida que pudiesen existir normas constitucionales que sean contrarias a los valores supremos positivizados en la Constitución, dada la distinción entre Constitución formal y Constitución material¹⁸⁵. En efecto, la Constitución material, siguiendo a Mortati, está identificada con las características esenciales del Estado, que no son elementos abstractos, sino las formas concretas de las relaciones sociales y el grado de unidad política. En tal entendido, "la función propia de la constitución originaria (*material*) puede representarse como la fuente suprema del ordenamiento; como fuente autónoma, que aún cuando no se incorpora en las fuentes positivizada, opera de modo inmediato y directo"¹⁸⁶.

Este periodo inicial de establecimiento del contemporáneo Estado de Derecho, también se vio compulsado por la crítica radical de Burdeau a la noción de Constitución imperante, por cuanto se presentaba como una armadura artificial e improvisada de la vida política y social, que soslayaba los desafíos reales del poder público y social, diluyendo la unidad y garantía del sistema jurídico. "Si esto continuase así, la Constitución reuniría a los ciudadanos en las tristes orillas donde vagan las ideas puras. Edificio racional

-
182. Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates...*, op. cit., pp. 152 ss.; Ernst von Hippel, *Vom Wesen der Demokratie*, Verlag Herder, Schwippert Verlag, 1947, pp. 46 ss. y 59 ss.
183. Erich Kaufmann, *Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie*, Isar Verlag, München, 1950, pp. 5-28; asimismo, Friedrich Glum, *Krise der Demokratie?*, München, Isar Verlag, 1951, pp. 22 ss.
184. Hans Nawiasky, *Staatslehre*, Verlagsanstalt Benziger & Co. AG., Zürich, 1956, pp. 118-121; asimismo, del autor, *Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, AG Einsiedeln-Köln, Verlagsanstalt Benziger & Co., 1941, pp. 19 ss.
185. Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen. ?*, en *Wege zum Rechtsstaat, Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht...*, op. cit., pp. 25 ss.
186. Costantino Mortati, *La Costituzione in senso Materiale*, reedición con un prefacio de Gustavo Zagrebelsky, Milano, Giuffrè editore, 1998, p. 121; asimismo, Burkhard Marthis, *Rechtspositivismus und Naturrecht. Eine Kritik der neukantianische Rechtslehre*, München, Verlag Schöningh, 1971, pp. 65 ss.

que elevado por la razón, no será más que un templo alegórico habitado por las sombras¹⁸⁷.

4 NEOIUSNATURALISMO Y NEOPOSITIVISMO CONSTITUCIONAL

La redefinición e implementación del Estado democrático y social de Derecho, durante la postguerra fue materia de amplio debate político y jurídico, lo cual llevó en términos generales a profundas contradicciones sobre modelos alternativos de reflexión político-constitucional, entre los partidos cristiano-demócratas y los socialistas-comunistas, conflicto que estaba inmerso en el marco de la confrontación ideológica durante la guerra fría, como quedó evidenciado en la República Federal de Alemania. En efecto, en la redacción de la Ley Fundamental de Bonn,

no sólo fueron determinantes las imposiciones de las fuerzas de ocupación occidentales, las experiencias de la época de Weimar y el régimen de Hitler; así como una concepción jurídico-liberal del Estado, sino que también estuvo presente, sobre todo, el deseo de una delimitación clara frente al sistema político de la zona de ocupación soviética, a fin de evitar desde un principio por medios constitucionales una propagación del *movimiento de frente único* en la RFA¹⁸⁸.

En adelante, la refundación del Estado de Derecho, tendrá un componente democrático y constitucional; que constituirán las dos columnas básicas de la sociedad civil y sobre todo de la actuación del Estado. De allí que la implementación y desarrollo del modelo del Estado de la postguerra hayan estado marcados por la institucionalización del iusnaturalismo y del positivismo, en una renovada versión constitucional, que a continuación se esboza.

187. Georges Burdeau, *Une survivance: la notion de Constitution*, en *L'évolution du Droit Public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 62.

188. Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, CEC, 1991, p. 24, el frente único fue la estrategia de coalición gubernamental o parlamentaria de la postguerra de los partidos de izquierda; asimismo, Konrad Hesse, *Die Verfassungsentwicklung seit 1945*, en *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (editores E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, W. Heyde), Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1994, pp. 40 ss.; Peter Häberle, *Die europäischen Verfassungsrechtlichen Erfahrungen der Nachkriegszeit - das Beispiel Deutschland (1945/49 - 1996)*, *JÖR* 46, 1998, pp. 81 ss., y; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 24 ss.

4.1 Judicialización de los valores constitucionales

La afirmación de los nuevos principios del constitucionalismo de la postguerra, quedó simbolizada en la incorporación de los valores constitucionales de la libertad, a través de los principios de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes, el Estado de Derecho, la descentralización y la economía social de mercado, todos ellos como una fórmula de limitación y control del Estado¹⁸⁹. Ello se debió a la influencia de los contenidos axiológicos fundamentales de la renovada vida política, social y económica en la Constitución, de clara afirmación neoiusnaturalista¹⁹⁰. En tal sentido, Höpker-Aschoff, en su discurso inaugural del 28 de setiembre de 1951, como primer Presidente del TCF, señaló que “un hombre de Estado puede aplicar un programa político, pero no un juez. Nosotros sólo podremos prometer, que honraremos obligatoriamente el juramento prestado, más allá de palabras y escritos, que el Derecho será un manantial y la Justicia una poderosa corriente”¹⁹¹.

En tal sentido, la positivización de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales y económicos, en la Ley Fundamental de Bonn, así como el profundo desarrollo de los mismos por parte del Tribunal Constitucional, han caracterizado el desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana¹⁹². Ello ha sido así en virtud de la implementación y extensión del control constitucional a la función política¹⁹³, lo que supuso una comprensión material del Derecho Constitucional –*Verständnis des Verfassungsrechts*–, de los derechos fundamentales, el orden democrático y el principio

-
189. Ulrich Scheuner, *Die Kontrolle der Saatzmacht im demokratischen Staat*, Hannover, Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, 1977, pp. 75 ss.; asimismo, del autor, *Der Nationalsozialismus als Politische Layout der Bundesrepublik Deutschland*, en *Der Staat*, tomo 28, 1989, pp. 505 ss.
190. Richard Bäumlín, *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1954, pp. 54 ss.; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, segunda parte, *op. cit.*, 55-121; Peter Saladin, *Grundrechte im Wandel...*, *op. cit.*, pp. 40 ss.; asimismo, Friedrich Darmstaedter, *Naturrecht und Positives Recht*, en *DRiZ*, Heft 7, 30. Jahrgang, 1952, pp. 109 ss.
191. Deutschland Bundesrepublik Bundesverfassungsgericht, *Das Bundesverfassungsgericht*, Zürich, Verlag Müller, 1963, p. 4; de esta manera el TCF nacia como una antítesis del positivismo y de la justicia nazi, ver: Kurt Oppler, *Justiz und Politik*, en *Deutsche Rechtszeitschrift*, Heft 10, 2. Jahrgang, Oktober, 1947, pp. 323-327.
192. Konrad Hesse, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JÖR* 46, 1998, pp. 1 ss.; asimismo, W. Hanel, *Die Bedeutung der Grundrechte in der Sozialen Rechtsstaat*, 1957.
193. Klaus Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Westdeutscher Verlag, 1980, pp. 12 ss.; asimismo, Karl Hinkel, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, MaximilianVerlag, 1984, pp. 18 ss.

del Estado social, a través del predominio de la eficacia social y valorativa de la norma constitucional, por sobre el método jurídico positivista.

En tal sentido, Weinkauff –otro antiguo Presidente del TCF– señaló que “en general el pensamiento del derecho natural ha influenciado en su contexto las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal”¹⁹⁴. Expresión de esta jurisprudencia de la ponderación e integración de los valores son las famosas sentencias *Lüth* y *Apotheke*, como posteriormente la del *numerus-clausus*, donde se establece el valor objetivo de los derechos fundamentales que irradia al Derecho en su conjunto, incluso al derecho privado¹⁹⁵; haciéndolos eficaces frente a terceros particulares “*Der Drittwirkung der Grundrechte*”¹⁹⁶.

El Tribunal Constitucional de Karlsruhe ha jugado un rol fundamental en la protección de los derechos fundamentales, mediante la interpretación, delimitación y fomento jurisprudencial de los derechos humanos, redescubriendo el contenido valorativo, institucional, funcional y social de los derechos fundamentales y la propia Constitución, a través de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la eficaz protección del Derecho¹⁹⁷. Sin embargo, un problema fundamental ha sido el exceso de demandas ciudadanas y el diseño de los límites del ejercicio jurisdiccional en el sistema de división de poderes¹⁹⁸, así como la realidad contemporánea de la liberaliza-

194. Hermann Weinkauff, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, en *Naturrecht oder Rechtspositivismus?...*, op. cit., p. 576.; asimismo, Ernst-Joachim Lampe, *Grenzen des rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 42 ss.

195. Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., p. 97 ss.; asimismo, del autor, *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat*, en *DÖV*, 1972, pp. 729-740, ahora incluido en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979, pp. 57 y 90; asimismo, Christian Starck, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte*, en *JZ*, 21, 1996, pp. 1033 ss.

196. Walter Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München, C. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960, pp. 285 ss.; asimismo, para conocer la eficacia de los derechos frente a terceros en la Corte Europea, revisar Michael Jaensch, *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Recht, 1997, pp. 33 ss.

197. Ernst Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 124 ss.

198. Hasso Hofmann, *Development and crisis of constitutionalism*, en Christian Starck (editor), *Studies in German Constitutionalism, the german contribution to the forth world congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 36 z ss.; asimismo, Meinhard Schöeder, *Strengthening of constitutional law*, en Christian Starck (editor), *New Challenges to the German Basic Law, the german contribution to the third world congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pp. 25-41.

ción económica y la progresiva privatización de los servicios públicos, que han puesto en dilema la vigencia de ciertos derechos fundamentales, como al propio principio de Estado social¹⁹⁹. En virtud de lo cual se ha llegado a poner en discusión la eficacia de algunas sentencias, por lo controvertido de sus decisiones, en tanto pretenden materializar un “orden judicial total”²⁰⁰.

Pero el mayor desafío se presenta en la delimitación de las competencias entre el Tribunal Constitucional Federal encargado de tutelar y desarrollar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn, y la Corte Europea de Derechos Humanos responsable de la protección y amparo frente a la violación de los derechos, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁰¹. Así, se ha planteado no sólo la necesidad de la coordinación de las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional con las resoluciones internacionales, en particular de la Corte Europea de Derechos Humanos de Strasburg, a partir del carácter vinculatorio y obligatorio – aunque no siempre pacífico²⁰², sino que también se ha venido a esbozar las bases de un Derecho Constitucional europeo, como la síntesis cualitativa de la evolución humanista de la cultura jurídica europea²⁰³.

Los postulados valorativos de los derechos fundamentales, si bien van a ser protegidos por la organización y desarrollo de la justicia constitucional de factura kelseniana, en un inicio van a ser imposibles de explicar e interpretar totalmente desde una perspectiva jurídica positiva, de allí el gran desarrollo de la *jurisprudencia de los valores*, de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina constitucionales. Pero, una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional alemán, la tendencia se concentrará

199. Konrad Hesse, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JÖR* 46, 1998, p. 17; asimismo, *JÖR* n Kämmerer, *Verfassungsstaat auf Diät?*, en *JZ*, 1, 1996, pp. 1042 ss.

200. Helmut Schulze-Fielitz, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists*, *AÖR*, 122, 1997, pp. 4 ss.; asimismo, Rolf Lamprecht, *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, Beweissicherung und Bestandsaufnahme*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, pp. 207-225.

201. Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, pp. 665-666; asimismo, Hasso Hofmann, *Development and crisis of constitutionalism...*, *op. cit.*, pp. 30 ss.

202. Jochen Abr. Frowein, *Die europäische Grundrechtsschutz und die nationale gerichtbarkeit*, Berlin-New York, W. de G., 1983, pp. 24 ss.; asimismo, Gerhard Leibholz, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, *JÖR*, 1982, pp. 23 ss.

203. Peter Häberle, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, en *Ethos des Interkulturellen* (editores A., Baruzzi y A. Takeichi), Würzburg, Ergon Verlag, 1998, pp. 230 ss.; asimismo, del autor, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Taschenbuch, Frankfurt, 1997, donde reúne doce artículos con sus tesis principales sobre la unidad jurídica europea en base a la cultura.

en desarrollar una doctrina constitucional como un proceso abierto, sin la palanca del Derecho natural, dado su carácter pre-político, de raíz individualista y de escaso consenso, que pueda degenerar en una auténtica tiranía de los valores “*Tyrannei der Werte*”²⁰⁴. Tesis haberliana que será contradicha por Saladin, en tanto que contemporáneamente se debe entender el Derecho natural más como el Derecho de la naturaleza, que es un problema vital para el Estado, en tanto deber de mantener la dignidad del hombre y de las generaciones futuras, de acuerdo con el medio ambiente, así como, que los fines del Estado sean producto de un consenso intersubjetivo²⁰⁵.

En ese sentido, se va a llegar a identificar el desarrollo de la jurisdicción constitucional con el de la Constitución, así como posteriormente invertir la relación causal existente entre ambas, convirtiendo a la jurisdicción constitucional en la medida práctica y concreta de validez de la Constitución, y transformando las relaciones reales del poder del Estado legislativo a un orden jurisdiccional constitucional y valorativo, propio del Estado de Justicia²⁰⁶.

Por ello, se ha llegado a caracterizar la evolución del concepto de Constitución, Estado de Derecho y democracia, a partir del proceso de desarrollo de la jurisdicción constitucional, al punto que se ha afirmado que “con el Tribunal Constitucional Federal se inicia una nueva época para el Derecho Constitucional”²⁰⁷. En donde se perciben las posibilidades y los límites del neopositivismo y del neiusnaturalismo, llevados a la práctica de la justicia constitucional. En efecto, siguiendo la tesis kelseniana, según la cual el método crea el objeto de conocimiento y de su función²⁰⁸, el quehacer de la justicia

204. Peter Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, en AÖR, N° 99, 1974, pp. 451 ss.

205. Peter Saladin, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, en AÖR, 104, 1979, pp. 387 ss. Un balance y crítica de dicho debate, se puede ver en Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*, Universidad de Madrid, 1984, pp. 48 ss., donde plantea que una teoría constitucional sin derecho natural es una teoría de la Constitución sin Constitución.

206. René Marcic, *Vom Gesetzessaat zum Richterstaat*, Wien, Springer Verlag, 1957, pp. 193 ss.; Kurt Eichenberger, *Der Staat der Gegenwart* (edición de Verfassungsrat y Regierungsrat del Kantons Argau), Base, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1980, pp. 11 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti, *Giudici Legislatori*, Milano, Giuffrè editore, 1984, pp. 13 y ss, donde se plantean algunos límites procesales y sustantivos en la creatividad judicial.

207. Bernhard Schlink, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *Der Staat*, tomo 28, 1989, pp. 161 ss.; Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional...*, op. cit., pp. 823 ss.; asimismo, Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit. Demokratie und Mißtrauen...*, op. cit., pp. 368 ss.

208. Hans Kelsen, *Über Grenzen juristischer und soziologischer Methode*, (1911), en *Die Wiener Rechtstheoretischer Schule...*, op. cit., pp. 3 ss.; asimismo, Werner Krawietz, *Das positive Rechts und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen*

constitucional ha convertido a la Constitución, mediante las técnicas de la interpretación constitucional, en una Carta jurisprudencial de derechos y libertades²⁰⁹.

42 Neoconstitucionalismo

En tal sentido, el redescubrimiento de la Constitución en términos jurídico-positivos, mediante el desarrollo tardío de la jurisdicción constitucional, produce en Francia el fenómeno del *neoconstitucionalismo* o *neopositivismo*²¹⁰. Este fenómeno se desarrolló a partir de 1971–1974 en Francia, cuando el Consejo Constitucional, para proteger los derechos fundamentales, extendió el concepto de Constitución incorporado la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y las disposiciones de la Constitución del *frente único* de 1946. Oficializando así una idea del Derecho, que consagró los principios de la economía de mercado, de una democracia política moderada, y, creando un espacio vivo y abierto al reconocimiento indefinido de los derechos y libertades, a través de la lógica del trabajo jurisdiccional²¹¹.

Lo cual no ha sido óbice para que se haya entendido que el rol de control del juez constitucional, para ser compatible con el principio democrático, debe fundarse siempre en el derecho positivo dictado por los representantes de la Nación. En este sentido, neopositivista, se ha sostenido que el control de la constitucionalidad de la ley debe ser concebida, en último término, como un análisis de una irregularidad procedimental²¹², porque, el Congreso, al legislar un tema o asunto constitucional de manera inconstitucional, esta

zu einer funktionalen Rechtstheorie, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pp. 18 ss. y 39 ss. y; del mismo autor, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, Steiner Verlag, 1984, pp. 18 ss.

209. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1990, pp. 305 ss., y, del mismo autor: *Les constitutionnalistes, les politistes et le "renouveau" de l'idée de constitution*, en *Droit et Politique*, (Jacques Chevalier y otros), CURAPP, Press Universitaires de France, 1993, pp. 40 ss.
210. Yves Poirmeur, *Themes et débats autour du constitutionnalisme*, en *Droit et politique...*, *op. cit.*, pp. 27 ss.; Louis Favoreu, *Propos d'un "neo-constitutionnaliste"*, en Jean-Louis Seurin (editor), *Introduction*, a *Le constitutionnalisme aujourd'hui...*, *op. cit.*, p. 26; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *La Constitución en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 101 ss.
211. Dominique Rousseau, *Une résurrection: la notion de Constitution...* *op. cit.*, pp. 6 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *La doctrine du Droit Vivant*, en *AIJC*, Vol. II, 1986, pp. 55 ss.
212. Georges Vedel, *Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme*, en *Pouvoirs*, Nº 45, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 149 ss.

violando una materia de competencia del poder constituyente. Por ello, como señala Rousseau, se ha pretendido que el control constitucional se reduzca a un control de los poderes constituidos y a un control de procedimiento, donde el juez constitucional no entre a valorar o apreciar el contenido de la moralidad de la ley, que es un asunto de decisión u oportunidad política del legislador²¹³.

Sin lugar a dudas, la positivización de los derechos humanos y de nuevos derechos sociales y económicos del hombre, en el texto constitucional de Italia de 1948, ha tenido una impronta en el Estado constitucional nunca antes conocida, que ha puesto en cuestión la perspectiva metodológica formal del Derecho de los tribunales ordinarios, distanciada de la vida social. En ese sentido, el establecimiento del Tribunal Constitucional, dada su nueva forma de asumir la interpretación jurídica, acorde con los principios constitucionales, ha llevado a replantear el derecho jurisprudencial²¹⁴.

En efecto, en el nuevo constitucionalismo de la postguerra, los textos constitucionales no otorgan carácter constitutivo a los derechos humanos, sino en muchos casos tan sólo de manera declarativa, en consecuencia, no cierran exclusivamente en la norma positiva, el reconocimiento y la validez de la protección de los derechos fundamentales, como antaño, sino que se les incorpora enunciativamente o en cláusulas abiertas a futuro. Como la cláusula Lelio Basso del artículo 3º de la Constitución Italiana de 1948, sobre la igualdad material²¹⁵, para que en todo tiempo y lugar se pueda defender la dignidad de la persona humana, frente a cualquier sujeto, forma o modo de violación de los derechos humanos.

La transformación de la Constitución y los derechos fundamentales, como clave del ordenamiento del sistema de vida italiana, ha dado lugar a

213. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel...*, op. cit., pp. 376 ss.; asimismo, Bastien François, *Justice constitutionnelle et "democratie constitutionnelle". Critique du discours constitutionnaliste européen*, en *Droit et Politique...*, op. cit., pp. 53-64, donde plantea urgentemente un debate sobre los problemas de la representatividad democrática de la justicia constitucional.

214. Achille Battaglia, *I Giudice e la Politica*, Bari, Laterza, 1962, pp. 11 ss.; Mauro Cappelletti, *Giudice Legislatore?...*, op. cit., pp. 19 ss.; asimismo, Alessandro Pizzorusso, *Curso de Derecho Comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 170 ss.

215. Fulco Lanchester, *La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente*, en Vincenzo Atripaldi, *Costituente e Costituzione (1946-48)*, ediciones Scientifiche Italiane, en *Diritto e Cultura*, año VII, gennaio-dicembre, numero 1-2, Roma, 1997, pp. 48 ss. Constituyente que reunió, a juristas de la talla de Mortati, Ambrosini, Calamandrei, Tosato y Orlando, este último padre de la iuspublicística italiana, ver: Alberto Lucarelli, *Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstat e governo parlamentare*, en *Diritto e Cultura*, año VII, 1997..., art. cit., pp. 505 ss.

una “judicialización del ordenamiento”, la misma que ha encontrado en los derechos sociales-económicos y culturales casos límite para la jurisprudencia y la doctrina del Derecho Constitucional, debido sobre todo por el nuevo rol del juez en la política²¹⁶. De ahí que la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional italiano, para los poderes públicos, se presente especialmente problemática, también, en las relaciones con los demás poderes y organismos constitucionales, como fue el caso de la «*guerra delle due Corti*»²¹⁷ o los graves conflictos con el legislador²¹⁸; pero, que ha dado lugar a que la Corte Constitucional italiana se haya ganado un espacio político que complementa la labor legislativa, mediante la diversidad de tipos de sentencias de control constitucional de la ley²¹⁹.

En el caso español, también se percibe que el Tribunal Constitucional ha logrado incidir en la dirección política del Estado democrático post-franquista, mediante su labor de intérprete supremo de la Constitución, que por su contenido político y jurídico ha coadyuvado a completar jurisprudencialmente la unidad política de la nación española, en base al desarrollo del mandato constitucional de las autonomías sin resentir al Gobierno central, así como ha establecido lineamientos del quehacer institucional público y privado, a través del uso del recurso de amparo como tutela de los derechos fundamentales²²⁰.

-
216. Michael Dietrich, *Der italienische Verfassungsgerichtshof, Status und Funktionen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 221-227; así como, Otto Kirchheimer, *Politische Justiz*, Germany, Europäische Verlagsanstalt, 1981, pp. 21-48.
217. Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale...*, op. cit., pp. 355 ss.; asimismo, Nicola Assini, *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "Guerra delle due Corti"*, Milano, Giuffrè, 1973.
218. Vezio Crisafulli, *La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, volumen 4, *Miscelanea di Diritto Pubblico e Privato*, I, Padova, Cedam, 1958, pp. 274-295; Alessandro Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, en *Il Foro Italiano*, Anno CV, Nº 2, Roma, 1980, pp. 118 ss., y, Gustavo Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, en *Il Foro Italiano*, Anno CVI, Nº 2, Roma, 1981, pp. 246 ss.
219. Nicola Occhio cupo, *La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi*, en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Bilancio di vent'anni di attività*, editor N. Occhio cupo, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 31 ss.; asimismo, Nicola Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 106 ss.
220. Manuel García Pelayo, *El status del Tribunal Constitucional*, en *REDC*, Vol. 1, Nº 1, Madrid, CEC, 1981, pp. 22 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado, *La judicialización del Derecho Constitucional*, en *Revista del Foro*, Año LXXXI, Nº 1, enero-junio, 1993, CAL, Lima, pp. 112 ss.

No obstante, el desarrollo de la jurisdicción constitucional española también ha llevado a judicializar importantes asuntos políticos, como los casos Rumasa, LOAPA, la ley antiterrorista, el amparo electoral de las elecciones de 1989, el juramento de los parlamentarios de Herri Batasuna, entre otros²²¹. Que han dado claras muestras de una politización de la justicia constitucional, acorde con la mayoría parlamentaria transitoria o en sintonía incluso, con la representación del gobierno y la oposición, lo cual ha provocado cierto vaciamiento de la Constitución por los agentes políticos dominantes, sin que el Tribunal Constitucional haya podido poner término a estas desviaciones²²², a pesar del impulso de las teorías de la argumentación racional²²³.

Estos procesos de desarrollo de los tribunales constitucionales mencionados, se encuentran intrínsecamente vinculados a la realidad política y social de su entorno²²⁴, lo que conduce inevitablemente a que en el umbral del segundo milenio, los fenómenos contemporáneos que afectan gravemente a la política y a la sociedad, incidan directa o indirectamente en el quehacer de los guardianes de la Constitución. En tanto se encuentran sometidos a un poder político, creador de una inflación jurídica de normas que atrofia antes que posibilita el desarrollo de la sociedad, lo cual es un signo del envejecimiento del Estado de derecho y su ciencia jurídica, que no logra armonizar la vida en sociedad, ni garantizar la seguridad jurídica²²⁵.

Así, las sociedades abiertas comienzan a percibir la aparición de movimientos nacionalistas, fundamentalistas, xenófobos, que junto a los problemas del medio ambiente, el excesivo poder privado, como el de los medios de

221. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, p. 95.

222. Pedro de Vega, *Problemi e prospettive della giustizia costituzionale in Spagna*, en Giorgio Lombardi (editor), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, CISR, Maggiolo editore, 1985, pp. 127-137; asimismo, Gregorio Peces-Barba, *La Constitución ayer y hoy*, en G. Cisneros Laborda, M. Fraga Iribarne, M. Herrero de Miñón. G. Peces-Barba, J.P. Pérez-Llorca, M. Roca i Junyent, J. Solé Tura, *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 93-125.

223. Francisco Rubio Llorente, *Problemas de la interpretación constitucional*, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha (El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia)*, Nos. 3-4, 1998, pp. 40 ss.; asimismo, Marina Gascón Abellán, *La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción*, en *REDC*, Año 14, N° 41, CEC, Mayo-Agosto, 1994, pp. 63-87.

224. Christoph Gusy, *Verfassungspolitik zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, Heidelberg, Decker & Müller, 1983, pp. 15 ss.

225. Jean-Pierre Henry, *Vers la fin de l'État de Droit?*, en *RDP*, 93, Paris, 1977, pp. 1207 ss.

comunicación²²⁶, o las esperanzas y riesgos de la moderna navegación en el ciberespacio²²⁷, y la desintegración de los valores, han puesto en evidencia que las instituciones jurisdiccionales están en la línea de mira de la corrupción económica de grandes empresas, e incluso mafias que se vinculan a través de negocios con el gobierno, como en Italia, España, Francia, Bélgica²²⁸. Lo cual es sumamente peligroso si los propios tribunales constitucionales llegaran a convertirse en enemigos de la Constitución, es decir, si se convierten en señores y no defensores de la Constitución, o si se encierran en el método técnico-jurídico dejando de lado las expectativas de transparencia y participación de la sociedad²²⁹.

Escenario poco alentador para el Estado constitucional, si es que no se reformula la política, la economía y el derecho en base a la ética de la convicción “*gesinnungsethisch*” y la ética de la responsabilidad “*verantwortungsethisch*”²³⁰, que supone en el ámbito del derecho, intentar recomponer la separación del ser con el deber ser, mediante la re-racionalización del sistema. En tanto que “el derecho es lo que su contenido quiera que sea. El contenido pertenece necesariamente tanto a la forma, como la forma al contenido. Forma y contenido están separadas conceptualmente, pero en los hechos no están divididas, porque siempre se presentan a la vez”²³¹. Pero no en un sentido abstracto e intemporal, sino concreto y presente, mediante la creación o el fortalecimiento de las instituciones constitucionales²³².

-
226. Karl Popper, *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el estado democrático* (entrevistado por Giancarlo Bosetti), Buenos Aires, Temas, 1998, pp. 81-97; asimismo, Mona Rishmawi, *The media and judiciary*, en *CJLJL Yearbook*, 1995..., *op. cit.*, pp. 75 ss.
227. José Luis Cebrián, *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, Taurus-The Club of Rome, pp. 184 ss; este es el informe del Club de Roma de 1997, donde se expone la necesidad de regular el caos del Internet.
228. Peter Häberle, *Ethik im Verfassungsstaat*, en *Neue Züricher Zeitung*, del 5 de julio de 1995, p. 15; al respecto, es significativo el proceso de investigación por sobornos millonarios en el *affaire Elf*, en la que se encuentra incidentalmente sometido Roland Dumas, Presidente del Consejo Constitucional de Francia; al respecto ver: *Le RPR demande la démission de M. Dumas*, en *Le Monde*, París, edición del 30 de abril, 1998, pp. 1, 6, 7 y 14.
229. Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Ediciones Beramar, Madrid, 1993, pp. 67 ss., asimismo del autor, *La Constitución en la encrucijada...*, *op. cit.*, pp. 108 ss.
230. Max Weber, *Politik als Beruf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, pp. 57 ss.; asimismo, Johannes Messner, *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*. Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 841 ss.
231. Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1970, p. 33.
232. Ralf Dahrendorf, *Law and order*, London, Stevens & Sons, 1985, pp. 121 ss.

De lo contrario, el debilitamiento del Estado constitucional y la incredulidad sobre la *res publica* o el individualismo desintegrador, podrían ampliar peligrosamente la brecha entre la sociedad y el Estado, transformando el espacio público en las sociedades estables en campo propicio para el nihilismo, y en las sociedades fraccionadas en la irracionalidad y el arbitrio del poder²³³. Por ello, la alternativa no es entre el pensamiento jurídico positivista y sus variantes²³⁴, ni en el iusnaturalismo dogmático, sino que sin negar la importancia histórica de estas grandes corrientes jurídicas, de cara al futuro, se pretende superarlas desde la tesis del pensamiento institucional en el quehacer constitucional, pero sobre nuevas bases teóricas que a continuación se desarrollan.

233. Jürgen Habermas, *Toward a rational society*, London, Heinemann Educational Books, 1980, pp. 31 ss. y 81 ss.

234. Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut, Michel Trope, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 159 ss.