



# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO

CÉSAR LANDA ARROYO

VOLUMEN II

4ta. edición



Publicación  
editada  
en el Perú  
por Palestra Editores



Cultura Paracas (entre los años 700 y 200 d.C.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y  
ESTADO DEMOCRÁTICO

VOLUMEN II

Cuarta edición  
corregida y aumentada

César Landa Arroyo

VOLUMEN II

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y  
ESTADO DEMOCRÁTICO

Cuarta edición  
corregida y aumentada

Lima — 2022



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO  
VOLUMEN II  
César Landa Arroyo

Palestra Editores: primera edición Digital, octubre 2022

© 2022: César Landa Arroyo

© 2022: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / [www.palestraeditores.com](http://www.palestraeditores.com)

Diagramación y Digitalización:  
Gabriela Zabarburú Gamarra

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-09952

ISBN Digital: 978-612-325-294-6

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright

# Contenido

## Segunda Parte

### DESAFÍOS Y POSIBILIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

#### *Capítulo I*

#### CRISIS DEL POSITIVISMO CONSTITUCIONAL

1. Orígenes del positivismo jurídico
  - 1.1. Escuela de la exégesis del Derecho
  - 1.2. Escuela histórica del Derecho
  - 1.3. Escuela utilitarista del Derecho
2. Bases del constitucionalismo positivista
  - 2.1. Positivismo realista
  - 2.2. Positivismo normativista
3. Positivismo constitucional
  - 3.1. Teoría pura del Derecho
  - 3.2. Teorías jurídico-políticas
  - 3.3. Iusnaturalismo *versus* iuspositivismo
4. Neoiusnaturalismo y neopositivismo constitucional
  - 4.1. Judicialización de los valores constitucionales
  - 4.2. Neoconstitucionalismo
  - 4.3. Nuevas perspectivas en la Teoría Constitucional

#### *Capítulo II*

#### TEORÍA CONSTITUCIONAL INSTITUCIONAL

1. Pensamiento constitucional
  - 1.1. Teoría institucional ética
  - 1.2. Pensamiento neoliberal y posmoderno
  - 1.3. Utopía de la integración constitucional
2. Derechos fundamentales
  - 2.1. Teorías del Estado de los derechos fundamentales
  - 2.2. Teorías constitucionales de los derechos fundamentales
3. Interpretación constitucional

- 3.1. Interpretación hermenéutica
- 3.2. Interpretación tópica
- 3.3. Interpretación institucional
- 3.4. Interpretación alternativa

### *Capítulo III*

## FORTALECIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 1. Nombramiento de los magistrados
  - 1.1. Primera Comisión Evaluadora, convocatoria y votación
  - 1.2. Segunda Comisión Evaluadora, convocatoria y votación
  - 1.3. Tercera convocatoria y votación
  - 1.4. Cuarta votación y reforma de la LOTC
  - 1.5. Quinta votación
  - 1.6. Reforma de la LOTC, cuarta convocatoria y sexta votación
  - 1.7. Reincorporación y elección de magistrados en democracia
- 2. Perfil del magistrado constitucional
  - 2.1. Condiciones de imparcialidad y especialidad
  - 2.2. Cualidades personales y humanas
  - 2.3. Estándares de comportamiento
- 3. Principios de selección del magistrado constitucional
  - 3.1. Independencia judicial
  - 3.2. Legitimidad democrática
  - 3.3. Control y balance de poderes
- 4. Magistrados, suplentes, pleno y salas
  - 4.1. Número de magistrados y suplentes
  - 4.2. Pleno y Salas
- 5. Sistema de votación e inmunidad judicial
  - 5.1. Sistema de votación
  - 5.2. Inmunidad por los votos y opiniones

## BIBLIOGRAFÍA

### Tercera Parte

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DIVISIÓN DE PODERES

### *Capítulo I*

## POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN POLÍTICO

- 1. Democracia versus autocracia
- 2. Régimen presidencialista

### *Capítulo II*

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER EJECUTIVO

1. Decretos legislativos
  - 1.1. Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos legislativos
  - 1.2. Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos leyes
  - 1.3. Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos legislativos
2. Decretos de urgencia
  - 2.1. Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos de urgencia
  - 2.2. Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos de urgencia
  - 2.3. Perspectivas

### *Capítulo III*

#### RELACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL PODER LEGISLATIVO

1. Crisis de la legalidad
2. Posición del Tribunal Constitucional respecto a la Ley
  - 2.1. Interpretación auténtica
  - 2.2. Hechos cumplidos y derechos adquiridos
  - 2.3. Irretroactividad de la ley
3. Tribunal Constitucional y las *political questions*
  - 3.1. Tensión entre la política y el Derecho
  - 3.2. Test y límites del control judicial

### *Capítulo IV*

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL

1. Crisis del Poder Judicial
  - 1.1. Ilegitimidad del quehacer judicial
  - 1.2. Politización de la justicia
2. La guerra de las Cortes
  - 2.1. Amparo contra la sentencia desestimatoria de control abstracto (Caso La Bolsa de Trabajo)
  - 2.2. Amparo contra la sentencia de control concreto (Caso Fujimori)
  - 2.3. Sentencia sobre la inconstitucionalidad de la *Ley Wolfenson*
  - 2.4. Poder Judicial, contralor del Tribunal Constitucional (Caso AOE)

### *Capítulo V*

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Retiro del Perú de la competencia de la Corte Interamericana
2. Posición Constitucional de los Tratados
  - 2.1. Sistema de fuentes del Derecho Internacional en la Constitución
  - 2.2. Tratados internacionales en la Constitución
3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos
  - 3.1. Organismos
  - 3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos



### 3.3. Perspectivas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ANEXO N° 1

BIBLIOGRAFÍA

## SEGUNDA PARTE



# DESAFÍOS Y POSIBILIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La revaloración de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional requiere no sólo reflexionar críticamente sobre diversos temas y problemas constitucionales, sino también proponer algunas posibles soluciones. Para tal efecto, la doctrina iuspositivista ha demostrado su inoperancia para comprender el rol que le toca jugar al Tribunal Constitucional, en el fortalecimiento del proceso democrático. Por cuanto el control y el equilibrio de los poderes y la tutela de los derechos fundamentales, resultan ser tareas estériles —temporal o individualmente—, cuando no se les vincula con una determinada forma y modo del quehacer político, económico y cultural del país.

Por eso, “no cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que, previamente, ni son democráticas ni son libres”<sup>1</sup>. Lo cual supone superar el clásico enfrentamiento entre el ser y el deber ser, es decir, entre la sociedad y el Estado, a partir de internalizar al derecho constitucional los valores fundamentales del Estado constitucional y democrático que anidan embrionariamente en la sociedad, como un corrector u orientador de las decisiones legislativas, gubernamentales y jurisdiccionales.

De modo que afirmar la autonomía e independencia del renovado Tribunal Constitucional, respecto de los poderes público y privado, requiere descartar el análisis dogmático de la Constitución de manera exclusiva, y buscar más bien interpretarla desde las condiciones de vida de la sociedad, presente y futura. Porque, sólo a partir de la incidencia directa o indirecta de factores privados y

estatales en el proceso social se produce una síntesis institucional, temprana o tardíamente, el grado de protección de la persona y la limitación del poder de la autoridad, que se materializa en torno al Tribunal Constitucional.

Así, vincular directamente el quehacer del Tribunal Constitucional con las necesidades e ilusiones de la sociedad supone intentar superar el divorcio entre los derechos de la persona y el poder de la autoridad. En consecuencia, la posición de la persona devendrá en real, cuando el concepto de individuo sea el correlato de los conceptos de comunidad, Derecho y Estado<sup>2</sup>.

Por ello, es en la síntesis del derecho subjetivo y objetivo donde se asienta el principio constitucional y democrático, en virtud del cual no existen poderes políticos y económicos absolutos, ni derechos fundamentales absolutos, no obstante el origen electoral de la representación y la autonomía de la voluntad de las personas. Identificar al gobernante con el poder mismo o a la persona con el Derecho mismo, por más situación límite en que se encuentre, supondría eliminar los mecanismos de control propios de las sociedades pluralistas y abiertas, dejando paso al Estado totalitario<sup>3</sup> y a su otra cara: la sociedad corporativa<sup>4</sup>.

Ante los peligros que se vislumbran en el presente, la jurisdicción constitucional, más que un sistema que institucionalice la competencia de los grupos sociales o sus élites, requiere de un horizonte conceptual que la fundamente y justifique en la forja del hombre libre como ser social. De ahí que el Tribunal Constitucional no solo tenga un rol fundamental en la democracia como forma de gobierno, sino también como forma de vida ciudadana<sup>5</sup>, es decir, que la sociedad sea la fuente de la que emane la jurisdicción constitucional. En tanto que, modernamente, la identidad democrática del poder no puede sustentarse en sí misma, sino más bien desde la existencia y eficacia a nivel real del control constitucional que realice el Tribunal Constitucional.

Tal planteamiento requiere que el poder democrático acepte someterse a las decisiones del organismo constitucional encargado de tutelar los derechos fundamentales y de asegurar el equilibrio de poderes, como que la justicia constitucional actúe firme, pero prudentemente en la defensa de la Constitución. Sin embargo, el presidencialismo de Fujimori, como forma de gobierno política y de dominación social, demostró que solo se sujetaba a las reglas del Estado constitucional y democrático cuando ellas les eran útiles a sus

objetivos de poder. Sin embargo, desde la transición democrática se viene demostrando que el Tribunal Constitucional ocupa un lugar central en la recomposición del Estado Constitucional, no sin problemas de toda joven institución.

Es por eso que el actual presidencialismo democrático en el Perú contrasta con el régimen anterior en manos autocráticas, porque obstaculizó el control del poder, no sólo del Tribunal Constitucional, sino también del Congreso. Ello debido a que “quien se cree portador de la verdad siempre estará tentado a erigir un despotismo ilustrado y obligarnos a la felicidad”<sup>6</sup>. Por ello, la plausible solución de la autolimitación del poder, sólo tiene sentido plantearla en un régimen democrático y siempre que se cumplan ciertas condiciones económicas y sociopolíticas para el consenso<sup>7</sup>.

En esta perspectiva, replantear el control constitucional supone también reforzar al Tribunal Constitucional —como organismo constitucional encargado de la fiscalización constitucional— mediante reformas constitucionales consensuadas orientadas a legitimar la supremacía de la defensa constitucional y actualizar al Tribunal para controlar a las antiguas y nuevas apuestas autoritarias de la sociedad y del Estado que aparecen como abanderadas de la modernización económica neoliberal y de las emergencias político-constitucionales, dejando a la persona y su dignidad al servicio de la autoridad, la seguridad nacional o el mercado<sup>8</sup>.

Ante este panorama, las alternativas de la mejor comprensión y funcionamiento del Tribunal Constitucional se ubican en la transición de una concepción individualista, que busca el mejoramiento del Tribunal, exclusivamente, en la excelencia profesional de sus magistrados y su trayectoria democrática —presupuestos fundamentales por cierto— a una concepción institucional que haga del Tribunal Constitucional una entidad que exprese pluralistamente el consenso social y oriente legítimamente el proceso de la unidad democrática del Estado y la sociedad. Dicha perspectiva demanda la reforma democrática del Estado, a fin de revalorizar no sólo la jurisdicción constitucional, sino el propio quehacer del Derecho, la política y el Estado.

Para lo cual es importante delinear las bases, tanto de la nueva legitimidad constitucional como de la remozada legalidad constitucional, que permitan al Tribunal Constitucional contribuir al afianzamiento de la estabilidad jurídica, política y económica del Estado constitucional y democrático. Ello supone,

que los magistrados del Tribunal Constitucional sean conscientes del rol institucional y no personal que le corresponde jugar a este organismo jurisdiccional en el proceso jurídico y político democrático, aunque sea una tarea que tenga visos de complejidad.

La proyección teórica de un remozado Tribunal Constitucional, en el marco de nuevas disposiciones constitucionales y legislativas, debe buscar que su tarea jurisprudencial se conciba como un instrumento reparador de las demandas constitucionales de los ciudadanos e instituciones, así como un instrumento jurídico de transformación de la realidad social y económica que promueva la realización de los fines de la Constitución. Estas nuevas exigencias requieren de nuevos soportes teórico-metodológicos de la jurisdicción constitucional, que deben permitir desarrollar la fuerza normativa constitucional, tarea que demanda de una intensa voluntad de Constitución —*Wille zur Verfassung*— para coadyuvar a la realización de sus contenidos<sup>9</sup>.

Si bien, en principio, el modelo constitucional y legislativo de la jurisdicción constitucional peruana se ha basado en el derecho constitucional español, se debe precisar que la experiencia constitucional hispánica, a su vez, se ha nutrido de la dogmática y la jurisprudencia constitucional alemana<sup>10</sup> e italiana<sup>11</sup>. En efecto, la comparación jurídica transfronteriza, siempre con beneficio de inventario, conduce a una internacionalización de los sistemas constitucionales y democráticos entre sistemas constitucionales en desarrollo, como el peruano, en plena búsqueda de horizontes de estabilidad jurídica y transformación social, siempre atento al desarrollo de los sistemas constitucionales consolidados europeos, dada la pertenencia a la familia jurídica romano-germánica; abiertos a resolver democráticamente los nuevos desafíos de las democracias avanzadas.

Pero la observación comparada también hay que hacerla con la joven y enriquecedora experiencia de la Corte Constitucional Colombiana<sup>12</sup>, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica<sup>13</sup> y la riquísima jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en materia de protección de los derechos civiles y políticos. Lo cual, como ha señalado Häberle, abre la perspectiva de utilizar el derecho comparado como el quinto método de interpretación constitucional —después de los cuatro métodos clásicos de interpretación de Von Savigny— sobretodo entre países con contextos culturales homologables<sup>14</sup>.

Ahora, en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se requiere de manera concreta establecer fuentes teóricas y metodológicas democráticas y eficientes. En tal sentido, la teoría institucional que postulamos podría constituirse en un instrumento teórico del Tribunal Constitucional que le ayude a afirmar el proceso democrático, pero ello sólo es posible desde la crítica al orden vigente. De la crítica constitucional, y sobre todo política, ya se ha escrito bastante, pero de la utopía constitucional, entendida como un espacio de transformación de la tradicional concepción del Tribunal Constitucional, se ha dicho poco. Por eso, podemos sostener que la teoría institucional que se plantea no puede evitar ciertas dosis de osadía, ya que la jurisdicción constitucional no podría desarrollarse sin una cuota de utopía<sup>15</sup>.

Más aun, cuando el Estado constitucional en el Perú sigue siendo una aspiración aún no realizada, por su vinculación con el tradicional positivismo jurídico que ha falseado los supuestos reales de la vida constitucional, no tiene sentido postular un sistema constitucional basado en la omnipotencia del legislador como creador del Derecho, sino en la coparticipación de la jurisdicción constitucional en el desarrollo de dicha tarea, a través de un Derecho judicial<sup>16</sup>. Pero ello no ha sido así, de ahí que, la accidentada implementación del Tribunal Constitucional, durante la década de los noventa, haya sido tributaria tanto del divorcio positivista entre la norma y la realidad constitucional, como también del estado de conciencia del poder providencial de la autoridad (que niega la descentralización del poder), que no es otra cosa que soslayar la función de control del poder.

Ahora bien, ello no significa que la teoría institucional deba ser asumida excluyentemente de otras teorías, sino más bien complementada con la teoría de los valores y la teoría social en las tareas de control constitucional de las leyes, incorporando además el modelo funcional-estructural, la teoría de la integración, la teoría democrático-funcional, el análisis funcional o el multifuncional equilibrador, en la defensa de los derechos fundamentales<sup>17</sup>.

Claro está que las nuevas fuentes teórico-metodológicas demandan una perspectiva constitucional integradora, que pondere sus aportes en función del mejor ejercicio de los derechos ciudadanos y del control del poder; así como la sustitución de la excepcionalidad y su constitucionalismo de la emergencia<sup>18</sup>, por la normalidad constitucional y la eficacia democrática en la atención del interés general y concreto, lo cual pone en cuestión los tipos y problemas de las

mentalidades jurídicas típicas con que actúan los legisladores y, en particular, los magistrados de la jurisdicción constitucional que, consciente o inconscientemente, adoptan un concepto de Derecho (como regla, como decisión o como orden concreto)<sup>19</sup> o el pensamiento de la necesidad —típico de las concepciones instrumentales del Derecho—, el pensamiento de la realidad o concreción de la realidad existente o el pensamiento pluralista de las alternativas<sup>20</sup>.

Sobre la base de estas consideraciones generales, en primer lugar, se va a abordar, desde una perspectiva histórica, el origen del positivismo jurídico en dialéctica con el iusnaturalismo, así como la aparición del constitucionalismo —positivista— contemporáneo<sup>21</sup>, que busca dar respuestas a los desafíos sociales a través del neoconstitucionalismo de la jurisdicción constitucional<sup>22</sup>. Sin embargo, la dimensión de los problemas estructurales en los países de América Latina y los desafíos, de cara al futuro que se presentan en los países constitucionalmente desarrollados no logran ser resueltos con los paradigmas positivistas de las clásicas instituciones del derecho constitucional, incluso, en países como el Perú han sido instrumento de su constitucionalismo nominal y semántico. Por ello, se hace necesario replantear algunos principios y teorías que se adecuen a las necesidades del hombre y del Estado<sup>23</sup>. necesarios para una justicia constitucional eficiente y democrática, de cara a la dignidad humana<sup>24</sup>.

---

<sup>1</sup> De Vega, Pedro. Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución..., Op. cit., p. 118.

<sup>2</sup> Häberle, Peter. La libertad fundamental en el Estado Constitucional..., Op. cit., pp. 166 y ss.

<sup>3</sup> Voegelin, Erich. Der autoritäre Staat, ein versuch über das österreichische Staatsproblem. Wien: Verlag von Julius Springer, 1936, p. 37.

<sup>4</sup> Bobbio, Norberto. Il futuro della democrazia. Torino: Einaudi, 1991, pp. 85 y ss.; Von Beyme, Klaus. "Die Entwicklung von Organisationen der Wirtschaft seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs". Wirtschaftsverbände Partner der Politik oder Pressure Groups? BDI, 1989, pp. 33 y ss.; asimismo, De Vega, Pedro. *Neoliberalismo y Estado...*, Op. cit., p. 34.

<sup>5</sup> Friedrich, Carl. La democracia como forma política y forma de vida. Madrid: Tecnos, 1966, pp. 22 y ss.

<sup>6</sup> Lechner, Norbert. "El consenso como estrategia y como utopía". Zona Abierta, 29, Madrid, 1984, p. 5.

<sup>7</sup> Lijphart, Arend. Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries. Londres: Yale University Press, pp. 21-36.

<sup>8</sup> Häberle, Peter. "Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo", y; Hernando, Eduardo. "¿Por qué la economía de mercado es anticonstitucional?".



Pensamiento Constitucional, N.º 4, Año IV ..., Op. cit., pp. 13-29 y 37-54, respectivamente.

- <sup>9</sup> Hesse, Konrad. Escritos de derecho constitucional..., Op. cit., pp. 26-31.
- <sup>10</sup> Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de derecho constitucional..., Op. cit., pp. XXII-XL, donde Antonio López Pina, hace un recuento de la incidencia contemporánea de la dogmática alemana en el derecho público español.
- <sup>11</sup> Verdú, Pablo Lucas. Teoría de la constitución como ciencia cultural..., Op. cit., pp. 35 y ss.; asimismo, del mismo autor, el prólogo a la traducción del libro de Giuseppe de Vergottini. Derecho constitucional comparado. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.
- <sup>12</sup> Cifuentes, Eduardo. "La jurisdicción constitucional en Colombia". En D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coordinadores). La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica..., Op. cit., pp. 473-497.
- <sup>13</sup> Hernández Valle, Rubén. "La jurisdicción constitucional en Costa Rica". En D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coordinadores). La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica..., Op. cit., pp. 499-531.
- <sup>14</sup> Häberle, Peter. "Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtvergleichenden Verfassungslehre in "weltbürgerlich Absicht" —die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang". JÖR, 45 ,1997, pp. 561 y ss.; asimismo, del mismo autor, "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat —Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode". Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, pp. 36 y ss.
- <sup>15</sup> Mannheim, Karl. Ideología y utopía. Madrid: Aguilar, 1958, pp. 107 y ss.; asimismo, Häberle, Peter. "Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates". Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, Op. cit., pp. 672-684.
- <sup>16</sup> Fernández Sepúlveda, Ángel. Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema..., Op. cit., pp. 39 y ss.; y 191 y ss.
- <sup>17</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 47-66; Pérez Luño, Antonio. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 295-310, Freixes Sanjuán, Teresa. Constitución y derechos fundamentales. Barcelona: PPU, 1992, pp. 64-76 y desde una perspectiva histórica, Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, Universidad Carlos III de Madrid, 1996, pp. 25-53.
- <sup>18</sup> Sagüés, Néstor Pedro. "Derecho constitucional y derecho de emergencia". En Revista Jurídica Argentina LA LEY, T. 1990-D, pp. 1036-1058, en particular pp. 1050 y ss.
- <sup>19</sup> Schmitt, Carl. Über die Drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens..., Op. cit., pp. 11-40.
- <sup>20</sup> Häberle, Peter. "Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens". AÖR, 102, 1977, pp. 27-68; también en las obras del autor: Die Verfassung des Pluralismus..., Op. cit., pp. 1-43, y; Verfassung als öffentlicher Prozeß. Berlin, 1978, pp. 17 y ss.
- <sup>21</sup> Bobbio, Norberto. El positivismo jurídico. Madrid: Debate, 1993; Böckenförde, Ernst. Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatslehre bis zu Höhe des Staatsrechtlichen Positivismus. Berlin: Duncker & Humblot, 1981; Werner Maihofer (Hrsg.). Naturrecht oder Rechtspositivismus, Wissenschaftliche Buchgesellschaft. Darmstadt, 1981, y; Batiffol, Henri. "Problèmes de base de Philosophie du Droit". LGDJ, Paris, 1979.

- <sup>22</sup> Favoreu, Louis. “Propos d’un ‘neoconstitutionnaliste’”. En Jean-Louis Seurin (editor). Introduction, a Le constitutionnalisme aujourd’hui. Paris: Economica, 1984, pp. 23-27; asimismo, Rubio Llorente, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho..., Op. cit., pp. 9 y ss.
- <sup>23</sup> Häberle, Peter. Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offene Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, tercera edición, 1998; Verdú, Pablo Lucas. La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)..., Op. cit. pp. 114 y ss.
- <sup>24</sup> Häberle, Peter. “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”. En Isensee/Kirchhof (Hrsg.). Handbuch des Staats Rechts, T. I: Grundlagen von Staat und Verfassung. C.F. Müller, 1987, pp. 815-861.

CAPÍTULO I

# 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 Inglaterra<sup>25</sup>.

No obstante, si bien es cierto que la Constitución es la expresión jurídica suprema del Estado de Derecho, un país, aun cuando adopte la mejor Constitución del mundo, no se mimetizará automáticamente con los valores y normas previstas en ella. Esto no supone descartar el estudio del derecho comparado y el dinamismo de la norma constitucional, de cara al fortalecimiento y a la defensa de la Constitución; más bien implica plantear, en su real dimensión, el problema de la falta de vigencia de esta última, 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 XVIII<sup>26</sup>.

En efecto, el positivismo jurídico del Estado liberal apareció en una etapa de racionalización de la idea del Derecho, que se concretizó en los nuevos derechos naturales. Estos nuevos derechos 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. Ello, al punto que el Estado de Derecho, nacido sobre la base de la justicia, terminó siendo un Estado legislativo basado en la ley, en la medida que la soberanía de la representación se expresaba solo a través de esta última.

Por eso, durante el siglo XIX, el principio de legalidad se ubica 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*”<sup>27</sup>.

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, en el período de entreguerras mundiales, a una neopositivización o judicialización de la Constitución, sobre la base de la jurisdicción constitucional. Dicho proceso alcanzó toda su magnitud, a partir de la segunda posguerra mundial, llegando casi a sustituir al 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. Por el contrario, los resultados de la aplicación de este sistema —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 ello 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 político<sup>28</sup> a través de una renovada teoría institucional.

## 1. ORÍGENES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Con el surgimiento del Estado moderno se asiste al lento tránsito de una concepción iusnaturalista y sacra del Derecho hacia una concepción humana, racional y positivista del mismo<sup>29</sup>. En este período, el Estado es personificado por el monarca absoluto, que monopoliza la producción jurídica y no se encuentra subordinado a ella —*princeps legibus solutus est*—<sup>30</sup>. Esta circunstancia no fue óbice para que durante los siglos XVII-XVIII, partiendo del principio antropocéntrico, según el cual “por naturaleza ningún hombre tiene poder sobre otro hombre”<sup>31</sup>, se postularan derechos naturales de libertad y propiedad<sup>32</sup> y se renovaran principios que justificaron al Estado moderno, como la paz y la seguridad<sup>33</sup>.

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 —esta monopolización del Derecho por el Estado tuvo un gran precedente en la compilación de Justiniano—. Dicho proceso de establecimiento del

positivismo jurídico no será pacífico, por el contrario, se llevará a cabo 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 —*civil law*— frente al derecho común —*common law*—, 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 a aplicar el tradicional *common law*. Respecto a este principio, 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 la obligación de someterse a las decisiones del *common law* de los jueces. En consecuencia, 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*—<sup>34</sup>.

En tal sentido, se puede decir que dicha 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. Pensamiento que se irá progresivamente racionalizando y desacralizando, a partir de concebir, en términos generales, a la comunidad política o Estado sobre la base de un pacto entre el pueblo y la autoridad, a través del Derecho; sin que el poder sobrepase a la ley establecida<sup>35</sup>.

Esa idea de limitación del poder junto a la idea del hombre como la esencia o el sentido de la vida en comunidad, de acuerdo con el derecho natural<sup>36</sup>, servirán de fundamento para recuperar el viejo derecho medieval de resistencia a la opresión injusta. Derecho que tiene su fundamento en la autoconciencia del pueblo, en tanto es este quien otorga el poder al soberano, y en la noción de los derechos naturales del hombre entendidos como derechos anteriores y superiores al Estado.

Así, la doctrina de los monarcómanos protestantes como Hubert Languet Brutus (bajo el seudónimo de Junius) autor de *Vindiciae contra Tyrannos* (1579) y Johannes Althusius con su *Política Methodice Digesta* (1603) o la de los teólogos católicos de la segunda escolástica como Juan de Mariana— que publica *De Rege et Regis Institutione* (1599), entre otros, retoma el derecho de resistencia medieval. El cual parte de legitimar el orden jurídico y social, sobre

la base de un doble contrato: el pacto religioso entre Dios y su representante en la Tierra —el Pontífice— por el que se creaba la comunidad religiosa y, sobre la base de este contrato o fundamento religioso, el pacto político del monarca con su pueblo, en virtud del cual se creaba la comunidad política<sup>37</sup>.

El vínculo constitutivo entre ambos pactos encuentra raíces en la teoría de las dos espadas; en virtud de la cual, (según postuló el Papa Gregorio I a finales del siglo VI) durante la coronación que hacía el Papa del monarca del Sacro Imperio, la *espada terrenal* del monarca quedaba sometida a la *espada espiritual* del Papa. Siguiendo esta teoría, en la alta Edad Media, el Papa Gregorio VII, durante el siglo XI, planteó la Cuestión de las Investiduras, 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 (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”<sup>38</sup>.

En efecto, este pacto de dominación —*pactum subjectionis*— sirvió de base a 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*—. Frente a estos supuestos, el pueblo tenía derecho a ofrecer resistencia a la opresión, ya que, si bien este se había obligado a la obediencia y servicio al monarca, este último se había comprometido a su vez a la protección y seguridad de su pueblo, de acuerdo a las leyes fundamentales del reino —*lex fundamentalis*—<sup>39</sup>, tales como la Carta Magna 1215, el estatuto *Tallio non Concedento* 1279 o la Bula de Oro del Sacro Imperio Romano Germánico de 1356<sup>40</sup>.

Sin embargo, los pensadores del Estado absoluto que sostenían la identidad de la potestad real del monarca —*majestas realis*— con la potestad personal del gobernante —*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 este 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 cielo”<sup>41</sup>.

En el marco de las tesis contractualistas desarrolladas por Grotius, Hobbes, Puffendorf y Thomasius, durante la Ilustración francesa y el iluminismo alemán —*Aufklärung*— del siglo XVIII, es que se van asentando las ideas liberales, tanto de un iusnaturalismo racionalista<sup>42</sup> como de un positivismo racionalista<sup>43</sup>. Entonces, partiendo de concebir que “por naturaleza ningún hombre tiene poder sobre otros hombres”<sup>44</sup> se postula la capacidad del ser humano para deducir racionalmente los principios de las leyes naturales; leyes que radican en la propia naturaleza humana y en sus relaciones con los demás hombres en sociedad, tales como el bien común, el espíritu de sociabilidad, la igualdad natural y la justa defensa de uno mismo<sup>45</sup>.

El desarrollo de las tesis iusnaturalistas racionalistas no fue uniforme ni pacífico, ya que estuvieron marcadas por una fuerte concepción escolástica del Derecho, pues se seguía considerando a las leyes divinas como la fuente y causa de la justicia. En consecuencia, la justicia humana era entendida como una cuestión irrenunciable en tanto producto del deseo divino<sup>46</sup>. En ese sentido, el derecho natural era concebido como una manifestación de la naturaleza que había sido creada por Dios<sup>47</sup>.

Asimismo, por otro lado, se encontraban las corrientes del iusnaturalismo racionalista, que se enmarcaron claramente en el proceso de desecularización del poder y del Derecho. Estas corrientes, al amparo de las ideas liberales, consideraban al derecho natural como una ciencia establecida por la costumbre jurídica más reiterada, vinculada a la moral que obligaba a los hombres<sup>48</sup>. 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”<sup>49</sup>. De modo que, la teoría positiva del Derecho era concebida como una ciencia a través de la cual la voluntad general definía a la sociedad burguesa de Derecho<sup>50</sup>.

Con el surgimiento de los Estados constitucionales, durante el siglo XVIII en Estados Unidos y Francia, es cuando se puede decir que el iusnaturalismo



aparece con toda su fuerza revolucionaria e intelectual en el orden jurídico y político. Así, los derechos naturales y el derecho de resistencia a la opresión fueron invocados, expresamente, en las declaraciones de derechos o de independencia, como fuentes de legitimación de las revoluciones.

En consecuencia, en un primer momento, puesto 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*. Ello derivó en la abolición de los privilegios y otras restricciones de la libertad, hechos que tuvieron un impacto universal<sup>51</sup>. 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*”<sup>52</sup>; 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 público<sup>53</sup>.

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”<sup>54</sup>.

Sin embargo, 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 de constituciones y códigos, por los representantes. Así, la positivización de la libertad, como el derecho natural postulado por las revoluciones burguesas, aparecerá como uno de los logros, más simbólico que real, del nuevo Estado de Derecho. Ello debido a que en las constituciones se desustancializó dicho principio.

En efecto, 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 1, sección 2, párrafo

3— entre personas libres, indios y otras personas. Esta última expresión era un eufemismo para referirse a los negros esclavos. El tema de la esclavitud fue materia de comentarios analíticos de la doctrina jurídica-positivista de entonces, dejando de lado una reflexión crítica liberal<sup>55</sup>.

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. Ello en la medida que, con el establecimiento de la República, se admitió tácitamente la idea rousseauiana de la democracia de la identidad. Idea que hizo reposar la soberanía popular en la infalible representación, ante la imposibilidad material del autogobierno del pueblo, consagrando así la supremacía del legislador como creador del Derecho<sup>56</sup>. Por estas razones, en adelante, el derecho de resistencia no tendrá lugar en el derecho positivo que creó al Estado de Derecho liberal. En consecuencia, la defensa de los derechos fundamentales y la división del poder quedaron inmersas 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 instituciones<sup>57</sup>.

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:

### **1.1. Escuela de la exégesis del Derecho**

Desde la etapa de la Ilustración, sobre todo con el establecimiento del nuevo orden republicano en Francia —con las Constituciones de 1791 y 1793—, los revolucionarios concentraron el poder en la Asamblea Legislativa, la misma que dispuso la expedición de un código de leyes civiles comunes a toda la nación. Cabe precisar que 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”<sup>58</sup>.

Se buscó en la idea de la codificación de las leyes, 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 soberana<sup>59</sup>.

Si bien los principios enarbolados para el proyecto de este 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 sobre la base de 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. Esta tradición persistió 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 sobre el carácter vinculante de la misma para los jueces. Así, en el artículo 4 del Título Preliminar del *Código Napoléon* 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”<sup>60</sup>.

No obstante, 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 superado con la dación del *Code Napoléon*. En tal sentido, se llegó a interpretar que ante el silencio, vacío u oscuridad 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, reducir tal desarrollo a un comentario, artículo por artículo, del mismo Código”<sup>61</sup>. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX, siguiendo a Bonnacase<sup>62</sup>, 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 Napoléon* por profesores, magistrados y abogados, como Durantón, Aubry, Rau, Demolombe, entre otros, período 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 de quienes intentaron renovarla —Labbé, Bufnoir, Saleilles—.

En términos generales, la escuela de la exégesis se puede caracterizar por los siguientes cinco puntos<sup>63</sup>: 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; 5) Argumento de la autoridad del legislador, que puso de manifiesto la mentalidad y el comportamiento jurídico al servicio del poder<sup>64</sup>.

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, supuestamente en nombre de la soberanía popular. Por eso, Constant acotaría que:

la soberanía del 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 inicuo. La Constitución, primera en incorporar este despotismo, no restringió suficientemente el poder legislativo<sup>65</sup>.

Por ello, es de entender que el Código Civil se convirtiera en la norma jurídica suprema garantizadora de las 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 progreso<sup>66</sup>, la noción del derecho público se positivice 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. En este contexto, desde una perspectiva jurídica positivista, pero asentada en valores liberales, se dirá que “la Constitución es la Ley de los países libres, de los países que han salido del reino del privilegio y que han llegado a la organización de un pueblo que goza de sus libertades”<sup>67</sup>.

No obstante, también en Alemania se dará paso al desarrollo del positivismo jurídico, a través de los cimientos establecidos por la escuela histórica.

## **1.2. 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. Por ello, 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 razón<sup>68</sup>.

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 está total e increíblemente inadvertido”<sup>69</sup>.

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 específica cultura<sup>70</sup>.

En tal 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 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 gracias a este último. Así, partiendo de una antropología jurídica basada en la razón postuló el establecimiento de instituciones jurídicas



posibles para el bienestar del pueblo. En tal entendido, las tesis de Hugo constituyen el punto de inflexión entre la filosofía iusnaturalista y la positivista. Por eso, este diría: “cuando alguien ha aprehendido el derecho natural, el contenido esencial de la vida nunca puede estar en el derecho positivo”<sup>71</sup>.

Un momento crucial del desarrollo temprano del historicismo lo constituyó el debate acerca de la Revolución Francesa. Este debate se suscitó a partir del pensamiento conservador y tradicionalista de Burke, Maistre y Bonald, quienes combatieron, bajo la doctrina del derecho divino, las ideas positivistas y racionalistas de esta revolución. 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. Religión, 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 alborotadamente de la tiranía<sup>72</sup>.

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. Desde una perspectiva más humanista, 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”<sup>73</sup>.

Esta identidad hegeliana, planteada por Savigny, entre Derecho y el espíritu del pueblo (*Volksgeist*) en busca de libertad histórica<sup>74</sup> se puede entender como una crítica radical a la concepción del derecho positivo defendida por la Ilustración. Etapa durante la cual se entendía al derecho positivo como un derecho racional y universal válido para todos los hombres, pueblos, tiempos y espacios culturales. Pero, también se puede agregar que la Escuela Histórica se contraponía al derecho natural, por cuanto dicha escuela se fundamentaba en el derecho consuetudinario “*Gewohnheitsrecht*”<sup>75</sup> y estaba basado en la historia-social concreta de un pueblo determinado y no en normas metafísicas intemporales, propias del iusnaturalismo. Por ello, Herder sentenciará: “la cultura de un pueblo es la sangre de su existencia”<sup>76</sup>.