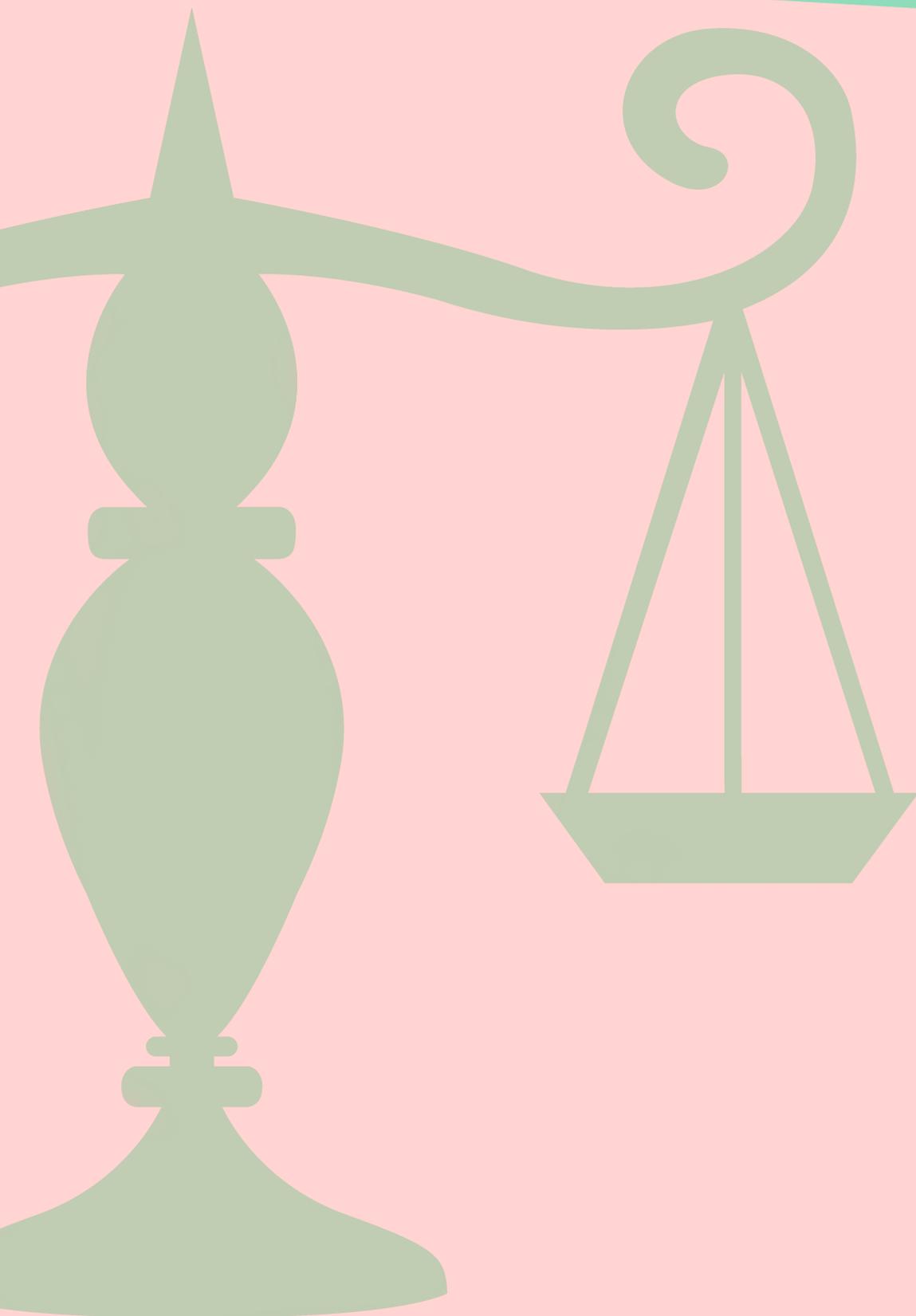


SEGUNDA PARTE

FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO



Lo que se denomina *Filosofía del derecho* corresponde a un tópico común propio de los más grandes pensadores de la ciencia jurídica de todos los tiempos, inclusive antes que fuese denominada con ese nombre. El mismo concepto de jurisprudencia es realmente clásico, perteneciente a la época de los juristas romanos. El tema o *institución jurídica*, sobre lo que los teóricos del derecho siempre han disertado, y seguirá haciéndolo, por supuesto, es el *concepto de derecho* (Alexy, 2004) como tal. Todo autor con pretensión de ser considerado un filósofo del derecho, tienen su concepto o idea de lo que puede ser representado como el mismo derecho.

En el panorama jurídico contemporáneo, el derecho como concepto puede entenderse y estudiarse a partir de un sistema jurídico de tres niveles. Donde el juez constitucional bajo la denominación de *potestad decisional adjudicativa*¹⁴, puede corregir los errores del derecho. No sólo el que enarbola las tesis del derecho del positivismo jurídico clásico racionalista; o bien con las concepciones modernas en Kelsen y Bobbio. Aquí cabe mencionar también los debates de la *posmodernidad* del derecho, que recorre la segunda mitad del Siglo XX, con autores como Hart y Dworkin.

Como un ejemplo específico de ello, se menciona la influencia de *la escuela argentina de la filosofía del derecho* con: Carrió-Nino, Buligin, Alchourron, Calsamiglia, Garzón, Valdez. Y

todo el predominio que logra en la filosofía del derecho contemporáneo los alcances de la *escuela escandinava de filosofía del Derecho* con autores como: Ross, McCormick, Peczenik, Fiss, Aarnio, Von-Wright. Estableciéndose como relaciones de inmanencia, entre las construcciones teóricas, las escuelas y los filósofos del derecho.

Además, toda la construcción de dichas corrientes, en sus tesis y trabajos más representativos posibilitaron, sin duda, la expansión y crecimiento de las escuelas actuales, como *la escuela genovesa, la escuela de Barcelona, la escuela de Madrid, la de Toledo-Castilla La Mancha, Escuela de Girona, la Escuela de Alicante, y las escuelas latinoamericanas* representadas como grandes referentes con exponencialidad global.

ALEXY: La adjudicación de los derechos

De las tesis relevantes en la construcción teórica de Alexys, cabe resaltar su llamada *pretensión de corrección del derecho y del sistema jurídico*, aunque su importancia o valor epistemológico no está determinado exclusivamente en los alcances que tiene ésta para la teoría o filosofía del derecho en exclusivo sentido teórico. La misma trasciende como fundamento para la comprensión y desarrollo del Estado Constitucional de Derecho en el escenario mismo de una corrección¹⁵ en términos de justicia. Donde precisamente la justicia, como principio material, corrija los errores del derecho,

14 La *potestad decisional adjudicativa*, es una categoría conceptual y práctica que corresponde al margen de acción judicial cuando el operador jurídico en virtud del argumento de la justicia construye su modelo de adjudicación judicial. Dicho modelo es único para el caso concreto, sin embargo, éste no puede interferir con los mandatos del legislador constitucional.

15 Una de las críticas más fuertes contra la tesis de la pretensión de corrección de Alexy, no sólo en el contexto del sistema jurídico español, sino en la literatura y doctrina jurídica en general, es la que ha manifestado el profesor Juan Antonio García Amado de la Universidad de León. Dichas valoraciones pueden ser consultadas a fondo en el texto de García Amado, J. (2014).

construidos eminentemente en los ámbitos normativos de la ciencia jurídica. “La definición de la justicia como corrección lleva a la luz un elemento de relieve: el concepto de justicia pertenece a una familia más amplia de conceptos, atinentes a los más altos criterios de valoración relativos a ámbitos determinados” (Alexy, 2003, p. 163).

En este entendido, la pretensión de corrección se conecta con su concepto de derechos fundamentales, toda vez que Alexys justifica que la decisión de derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, debe orientarse a los criterios de la corrección. “Dicha tesis está necesariamente conectada con los derechos fundamentales (...). La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible” (Alexy, 2011, p. 27).

Esto es lo que integra además la racionalidad de la decisión judicial de derecho fundamental tanto en el examen del discurso jurídico de la interpretación específica de las normas constitucionales, como en la argumentación concreta ante el Tribunal Constitucional a la hora de encontrar las razones a favor o en contra de cada disposición iusfundamental. Sobre todo, al vincular el escenario de la corrección

con *el argumento de la corrección* de derechos fundamentales, ante la vista material de concreción de la norma como derecho fundamental, en el caso particular y concreto integrado en la decisión judicial:

El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas como las decisiones judiciales aisladas, como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos (Alexy, 2004, p. 58).

Lo que justifica la visión de Alexy sobre la teoría de principios y la *subdimensión* de los principios entendida como la optimización¹⁶ perteneciente a la dimensión del peso o la importancia. Puesto que “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia” (Dworkin, 1984, p. 77).

La subdimensión de la optimización hace parte de una dimensión más amplia o general de los principios expresados como normas de derecho fundamental en los sistemas jurídicos como Estados constitucionales, apoyados, a su vez, en la dimensión ideal del derecho defendida por Alexy conectada con la tesis de la corrección. “Así, por ejemplo, Alexy

16 Uno de los estudios más importantes que se han desarrollado en torno al concepto mismo de optimización en justificación de los derechos fundamentales como normas por optimizar, es el que ha configurado la profesora colombiana Mónica Lopera, destacando inclusive su estudio más allá del concepto mismo desarrollado por Alexy, al respecto: “Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que toda norma es o bien una regla o un principio(...). Afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar en la mayor medida posible implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas” (Lopera, 2004, pp. 216-217).

habla de una dimensión ideal del derecho, consistente en su pretensión de corrección moral” (Bulygin, 2004, p. 16).

La diferencia radica en que la dimensión del peso o su importancia le da un papel especial a los principios jurídicos, y a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas, en la conexidad necesaria y conceptual de una interpretación de principios que justifica la decisión constitucional, por parte del juez o el operador jurídico. Con lo cual logra establecer un significado o un entendido en el contenido normativo concreto sobre la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo, o a la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo.

En este orden de argumentos la tesis de la pretensión de corrección justifica, además, la relación de una legitimidad del derecho como presupuesto de *la tesis de la conexión justificatoria* (Bayón, 2002, p. 45). Dicha tesis en el Estado constitucional justifica la necesidad de una corrección de los derechos fundamentales por parte de la labor que ejerce el Tribunal Constitucional.

Lo que evidencia el “escenario de la corrección” de los derechos fundamentales,

como construcción por el valor que se le otorga al juez en sentido amplio y general en los *sistemas jurídicos constitucionalizados*, y en concreto por el rol especial en su decisión que cumple el juez constitucional en su labor de determinar las normas y disposiciones iusfundamentales.

Así, en el ámbito de la teoría del derecho más no el ámbito de la teoría constitucional, la pretensión de corrección ha sido estudiada a su vez, desde una *dimensión proposicional*¹⁷ o en el entendido de una dimensión que responde al campo de las proposiciones jurídicas y de los enunciados normativos.

Tal labor desplegada por el juez constitucional presupone siempre una pretensión de corrección¹⁸, evitando que la labor judicial supere los márgenes de *la injusticia extrema*¹⁹ toda vez que la dimensión de los derechos fundamentales, en el “escalón” de positivización constitucional de primer nivel. Cuando estos se encuentren en su fase normativa abstracta en la Constitución, necesitan de una conexidad sustancial que se la da el juez constitucional entre *el escenario de la fundamentación* como procedimiento constitucional propio, para justificar los derechos fundamentales en un segundo

17 “Existe un aspecto objetivo de la pretensión de corrección —llamado la dimensión proposicional— el cual no está a disposición de quien pronuncia el enunciado normativo pertinente. Para ser más preciso, ni la proposición, la cual individualiza el contenido del enunciado normativo, ni los motivos que hacen la proposición verdadera, son disponibles, en el sentido de ser dependientes de las condiciones de actuación del acto de lenguaje pertinente” (Pavlakos, 2012, p. 206).

18 “El primer aspecto es la pretensión de que la decisión está correctamente justificada si se presupone el Derecho establecido, cualquiera que éste sea. El segundo aspecto es la pretensión de que el Derecho establecido, en el cual se basa la decisión, es justo y razonable. Ambos aspectos están contenidos en la pretensión de corrección que aparece en las decisiones judiciales. Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica” (Alexy, 1999, p. 32).

19 “El Derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz no tiene que ser justo ni correcto para ser Derecho, pero no puede traspasar el umbral de la extrema injusticia. Si esto sucede se pierde el carácter jurídico o la validez jurídica. Esto es un desafío para la tesis positivista de la completa separación entre Derecho y moral y un reconocimiento de la tesis no positivista de la vinculación” (Alexy, 2001, pp. 81-82).

momento como *escenario de la concreción*, en la labor específica de interpretación como aplicación de la Constitución y de sus normas integradoras.

Llevando así a la aplicación adjetiva o procedimental de los derechos fundamentales estableciendo la relación *Alexyana* entre reglas, principios y procedimientos como una posibilidad de generar un desarrollo práctico del constitucionalismo en tiempos de derechos fundamentales:

La teoría de la corrección, sin embargo, puede poner de manifiesto bien una conexión de tipo definitorio -si los sistemas de normas no contienen ni explícita ni implícitamente esa pretensión de corrección no son sistemas jurídicos-, o bien un segundo tipo de conexión que Alexy denomina calificativa que se establece cuando una norma o sistema de normas que no satisfacen cierto criterio moral pueden ser considerados normas jurídicas o sistemas jurídicos aun cuando se pueda decir que son defectuosos por razones no sólo morales sino también conceptuales.

La pretensión de corrección implica pretensión de justificación. (...) En el caso de Alexy las exigencias de igualdad y universalidad que plantea toda pretensión de justificación (Betegón, 1998, p. 174).

En este orden de ideas la teoría de la corrección de Alexy tiene una aplicación concreta en su filosofía del derecho, como es su defensa de los derechos fundamentales, los cuales responden a una conexidad necesaria en cuanto a su estructura normativa de principios, denominada por el profesor alemán como *la segunda tesis de la necesidad*²⁰, la cual recoge sus postulados centrales en la conocida *teoría de los principios*.

La cual fundamenta una postura axiológica de la Constitución como un orden normativo de valores y principios, donde realmente los principios en el Estado constitucional de derecho van a posibilitar la concreción de las disposiciones iusfundamentales que emanan de la misma Ley Fundamental. Dicha concepción, a su vez, genera la tesis de *la naturaleza dual del derecho*²¹ y de *la doble naturaleza los derechos fundamentales*²²

20 “Los principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios. Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. Esta combinación de conexiones reales y potenciales, que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad”. (Alexy, 2011, pp. 26-27).

21 “La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios —como generalmente ocurre con los principios— pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que puedan ser vistos en una proporción correcta entre sí, y esto, a su vez, sólo se puede lograr por medio de la ponderación. La idea de una frontera exterior del derecho es el resultado de tal ponderación, esto es, de equilibrar los principios de seguridad jurídica y justicia” (Alexy, 2013a, p. 21).

22 “Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal” (Alexy, 2011, p. 24).

superando la positivización²³ de las normas iusfundamentales como primera naturaleza de los derechos. “Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la Facticidad, en forma de legalidad y eficacia” (Alexy, 2009, p. 76).

Como queda expuesto en la introducción de este capítulo Alexy toma la influencia de *los principios en el derecho*, especialmente de las recepciones teóricas de Ronald Dworkin. Específicamente, sobre la distinción especial en Dworkin que determinó una característica totalmente distinta a las normas tipo regla por parte de los principios, llamada por él como *la dimensión del peso o la importancia* como crítica al positivismo jurídico propio de un derecho preminente gestado desde *la fuerza del legislador*. “Ningún legislador puede crear un sistema de normas tan perfecto que cualquier caso pueda ser resuelto únicamente mediante la mera subsunción de la descripción de los hechos bajo el supuesto de hecho de una norma” (Alexy, 2000a, p. 243).

Tal dimensión del peso o importancia le otorga un papel especial a los principios jurídicos y a las normas estructuralmente diferenciadas por las reglas no exclusivamente por su textura abierta, toda vez que es Hart

quien afirma precisamente esta característica general de algunos tipos de normas inclusive de las mismas reglas. La lectura de Dworkin que proyecta *una interpretación de principios*²⁴ por parte del juez o el operador jurídico, para lograr establecer un significado a la materialización del peso de los principios en sentido cuantitativo, y a la dimensión de la importancia de los principios en sentido estrictamente cualitativo o valorativo:

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada (Atienza & Ruiz, 1991, p. 108).

La teoría de principios de Dworkin permeo tanto los ordenamientos y sistemas jurídicos influenciados por el *Common Law* y por el *Civil Law*, en la aplicación de su concepto de *derecho como integridad* y su visión interpretativa de las normas de principio, a la materialización de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional. “Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un

23 “Alexy sostiene que la tesis de la naturaleza es incompatible tanto con el positivismo jurídico exclusivo como con el positivismo jurídico inclusivo. Asimismo, esta tesis es incompatible con algunas variantes del no-positivismo, de acuerdo con las cuales, la validez jurídica se pierde en todos los casos en que existe un defecto o un demérito moral (no-positivismo jurídico exclusivo) o que dicha validez no se afecta de ninguna manera a causa de los defectos o deméritos morales (la forma más extrema de no-positivismo jurídico inclusivo)” (Bernal, 2011, p. 16).

24 Dworkin establece la necesidad de establecer una *interpretación de principios*, al mismo texto constitucional, y distingue cuando el escenario de la interpretación confunde la interpretación de la ley desde una perspectiva positivista, y a la interpretación de la Constitución desde una orientación principialista: “Los juristas positivistas creen que las proposiciones del derecho son, en efecto, por completo descriptivas: son piezas históricas. Desde este punto de vista, una proposición del derecho es verdadera sólo cuando se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal y, si no, no lo es. La definición funciona bastante bien en casos muy simples. (...) Cuando una norma (o la Constitución) no es clara en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque la formulación es ambigua, los abogados dicen que se debe interpretar la norma, y aplican lo que llaman “técnicas de interpretación de la ley” (Dworkin, 2012 pp. 192-193).

modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos” (Alexy, 1998, p. 139).

Alexy desarrolla tal dimensión del peso en la particularidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en su *Teoría de los derechos fundamentales* estructurando en el constitucionalismo moderno y en la teoría de la Constitución, una relación especial a las normas de derecho fundamental expresadas como normas de principio.

Alexy identifica que la estructura normativa de las disposiciones de derechos fundamentales es precisamente la estructura principialista, siendo los derechos fundamentales eminentemente normas jurídicas de principio. Desarrollando su concepto de *mandatos de optimización*²⁵ al identificar que los derechos fundamentales son mandatos que direccionan e imponen el juez constitucional en aras de su cumplimiento material, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales de su cumplimiento. Tal concepto desarrolla además la condición *prima-facie*²⁶ de los derechos fundamentales como normas de principio:

Las normas jurídicas establecidas constituyen razones *prima-facie*, que han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones. Estas razones *prima-facie* son razones de primer orden para la realización de una cierta acción H, y, al mismo tiempo, razones de segundo orden. En esta última capacidad, indican que las razones para no ser H pueden prevalecer sólo si son particularmente fuertes, esto es, claramente más fuertes de lo que necesitan ser en un debate moral libre (Peczenik, 1992, p. 329).

Si los derechos fundamentales son estructuralmente principios, los principios configuran la estructura normativa de los derechos fundamentales y la misma *estructura normativa de la Constitución*²⁷, al ser los principios eminentemente normas de textura abierta, el juez necesariamente debe hacer una interpretación más exhaustiva para lograr determinar la aplicación del principio con mayor peso, en las eventuales colisiones entre principios constitucionales. “Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principio –como quiera que sólo pueden

25 “Las reglas son normas que requieren que algo sea realizado de manera definitiva. Son por tanto mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. En contraste, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Así, los principios son mandatos de optimización. Su forma de aplicación es la ponderación. Esta distinción teórico-normativa se articula con la interpretación de los derechos constitucionales mediante la tesis conforme a la cual estos derechos tienen esencialmente la naturaleza de principios” (Alexy, 2013b, p. 50).

26 “Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios” (Alexy, 2014, p. 17).

27 “La alternativa entre el Estado jurisdiccional y el Estado de legislación es una contraposición entre dos tipos de distribución de competencias. Bockenforde asocia esta dicotomía, ubicada en el nivel de las competencias, con una segunda alternativa que se sitúa en el ámbito de la estructura y el contenido de las normas constitucionales y, consiguientemente, de la Constitución como estructura normativa. Se trata de la opción entre la Constitución como orden marco o la Constitución como orden fundamental” (Alexy, 2002, p. 17).

entrar en colisión principios válidos— tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 2007, p. 71).

Esta distinción conceptual, en el *modelo Alexyano* en la configuración de la teoría de principios se separa metodológicamente de las construcciones teóricas en Bobbio frente a la teoría de los conflictos normativos como reglas, y la antinomia como fenómeno propio de las contradicciones e indeterminaciones normativas en este tipo específico de enunciados jurídicos.

FERRAJOLI: EL DERECHO COMO GARANTÍAS

El garantismo²⁸ comprende un paradigma en sí mismo dentro de los postulados centrales del Estado constitucional y democrático de derecho. El garantismo que hoy conocemos como garantismo constitucional nace realmente en la aplicación penal de dicha teoría, consagrado originalmente en la obra *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Ferrajoli, 1998).

Siendo la conclusión de este estudio la propuesta de Luigi Ferrajoli para gestar años

más tarde una *teoría general del garantismo*, como muestra de la modernidad y la positividad del derecho. “El derecho penal, informado por categorías de matriz ilustrada como la estricta legalidad, la culpabilidad, la materialidad de la acción, el principio de lesividad y la responsabilidad personal, es una construcción moderna” (Ferrajoli, 2016a, p. 7).

En este orden conceptual, la propuesta que en un inicio se pensó para construir dicha teoría general del garantismo superó los márgenes teóricos del cultor de sus tesis fundamentales, originando múltiples debates con otros teóricos no solamente del derecho o de la teoría del derecho y la filosofía jurídica²⁹, sino constitucionalistas o teóricos constitucionales, penalistas, civilistas o teóricos del derecho privado, laboristas, procesalistas³⁰ y aplicada a los sistemas procesales³¹ específicos. En igual sentido que el derecho sustantivo Ferrajoli destaca sobre la construcción moderna del derecho y su influencia en el derecho procesal:

Lo es igualmente el derecho procesal penal pues la formalización del proceso penal sobre la base de las garantías legales de la publicidad, el principio de contradicción, la oralidad, la presunción

28 “La palabra garantismo es nueva en el léxico jurídico. fue introducida en Italia en los años 70 en el ámbito del derecho penal. Sin embargo, quizás pueda extenderse a todo el sistema de garantías de los derechos fundamentales. En este sentido, el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho”. (Pisarello & Soriano, 1998, p. 187).

29 José Juan Moreso y Manuel Atienza, se evidencian como dos de los principales teóricos que se han preocupado por criticar y establecer puntos de disenso con la lectura de Ferrajoli, en la generación de un debate riguroso y detallado. Para un estudio más a fondo de la cuestión ver a: Moreso (2011) y Atienza (2011).

30 “El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías constitucionales que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. Es el garantismo procesal. El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, juntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora” (Lorca, 2003, pp. 535-536).

31 Sobre el concepto de sistema procesal en el ámbito español es importante observar el trabajo del profesor Ramos Méndez (2016).

de inocencia, la carga de la prueba por parte de la acusación, la condición de tercero del juez y los derechos de defensa se remonta a hace no más de dos siglos (Ferrajoli, 2016a, p. 7).

Así que los fines de esta investigación se centran en los alcances teóricos y constitucionales del *garantismo Ferrajoliano*. Especialmente lo que está dirigido y guarda relación directa con la construcción del paradigma del Estado constitucional desde la perspectiva y lectura del profesor italiano. Y las conexiones³² que se destacan entre garantismo, constitucionalismo y Estado constitucional. “podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo” (Ferrajoli, 2006b, p. 114).

La defensa de Ferrajoli sobre la consolidación del garantismo constitucional o constitucionalismo garantista³³, va a estar en el desarrollo positivista del Estado constitucional de derecho, o de la consagración positiva de los derechos fundamentales en las Constituciones escritas, donde se le da más un valor al contenido político que expresan los derechos en la democracia donde se apliquen. En dicho sentido la propuesta del *Garantismo de los derechos fundamentales*, como expresión que se puede acuñar para identificar la propuesta de Ferrajoli en concreto sobre las normas de derechos fundamentales.

La propuesta teórica se encamina a la aplicación del sentido pragmático, del deber ser que expresa Ferrajoli en la idea de Constitución, desde un derecho como sistema de garantías³⁴ para la defensa de las normas fundantes de los sistemas jurídicos modernos.

*Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales*³⁵, van a proveer de una fuerza

32 “Luis Prieto, a su vez, ha destacado con acierto el nexo entre garantismo y constitucionalismo, identificando en el estado constitucional de derecho el único orden institucional en el que es posible realizar el proyecto garantista, por medio de los vínculos sustanciales que la positivización del deber ser constitucional impone al propio derecho positivo” (Ferrajoli, 2006a, p. 16).

33 “El constitucionalismo garantista que propongo se distancia tanto de la Escala paleo-iuspositivista como de la Caribdis neo-constitucionalista, a lo que se aúna, en mi opinión, una incompreensión del paradigma del constitucionalismo rígido: configurable, me parece, no más sobre la base de la vieja reducción iuspositivista de la validez de las normas legales a su existencia y sobre la consiguiente aproximación avalorativa de la ciencia jurídica a su objeto, ni tampoco sobre una superación tendencialmente iusnaturalista de la separación entre Derecho y moral y, por tanto, del propio positivismo jurídico, sino como un iuspositivismo reforzado y, por así decir, completado por la positivización del *deber ser jurídico* de la producción legislativa del propio Derecho positivo” (Ferrajoli, 2011a, p. 315).

34 “Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo” (Ferrajoli, 1999, p. 62).

35 La labor de defensa y garantía de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho, va a ser superado por la misma actividad del control de constitucionalidad de las leyes, tal como lo anota el profesor español Rafael Jiménez Asensio: “La atribución de la competencia de *garantizar*, siquiera sea de forma subsidiaria, los derechos fundamentales, ha terminado por influir radicalmente en la actuación de estos Tribunales Constitucionales hasta el punto de pasar a ser la atribución a la que más tiempo y energía dedican esas jurisdicciones. Efectivamente, la defensa de los derechos fundamentales es en algunos países una pieza capital en el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales e incluso un fundamento nada despreciable de legitimidad de estos órganos constitucionales” (Jiménez, 2005, pp. 153-154).

especial la protección no sólo institucional sino en el poder judicial, de los derechos que cubren las luchas que deben efectuar a diario, por la inoperancia de las instituciones que se generaron desde una fundamentación política y por lo tanto:

¿En qué cosa consisten las “garantías constitucionales”? Con esta expresión se alude normalmente a la “rigidez” de la Constitución, es decir, a la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquélla. Se trata en realidad de una noción compleja, que aquí descompondré en varias nociones distintas: por un lado, la rigidez, que es un rasgo de la norma constitucional; por otro lado, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas (Ferrajoli, 2006c, p. 36).

En este orden conceptual el garantismo como teoría del derecho, presenta rasgos comunes con el concepto de derecho construido por Ferrajoli, y las tensiones teóricas en los principales tópicos defendidos por el positivismo jurídico, se puede esquematizar la lectura iuspositivista³⁶ del garantismo de acuerdo con:

(i). El garantismo niega la posibilidad de la existencia de una conexidad conceptual y necesaria entre el derecho y la moral.

(ii). Gracias a la positivización de las normas en sentido legal, los derechos constitucionales y las disposiciones de derechos fundamentales en la Constitución del Estado constitucional, la validez jurídica pasa a un segundo plano de importancia conceptual, ya que la aceptación misma de dichas normas en la rigidez constitucional³⁷, permite establecer un escenario de supremacía de la unidimensionalidad³⁸ del positivismo de tradición del derecho decimonónico de tradición legalista³⁹.

(iii). La lectura de los derechos fundamentales debe estar orientada a la lectura positivista⁴⁰ de la norma constitucional,

36 “Con el positivismo jurídico y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente nació la política moderna en cuanto producción y transformación, precisamente, del derecho, es decir, de las reglas y de las relaciones sociales. El lenguaje del derecho ha devenido, desde entonces, el lenguaje de la política, en el que, repito, vienen formulados los problemas sociales y sus soluciones”. (Ferrajoli, 2016b, p. 258).

37 “Es bien conocido que el significado de la rigidez constitucional se corresponde con la idea de que las reglas para modificar la constitución son distintas (y de mayor dificultad) que las que existen para modificar la legislación ordinaria. De ahí deriva la distinción entre constituciones rígidas y flexibles (cuya modificación no requiere de procedimientos distintos de los que existen para reformar el Derecho ordinario)” (Aragón, 2015, p. 314).

38 Ferrajoli (2006a, p. 26).

39 “El estado de derecho moderno nace, con la forma del *estado legislativo de derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa” (Ferrajoli, 2001, p. 32).

40 “Considero que el positivismo jurídico que se impuso con el nacimiento del Estado moderno ha vuelto a fundar no tan sólo

no permitiendo una interpretación o aplicación abierta a las posturas de los juristas o quien pretenda otorgarle un alcance distinto, al mismo alcance normativo que le da la Constitución. Por lo tanto, su interpretación es muy estricta frente al margen de aplicación de los operadores jurídicos, su nivel de construcción sólo es permitido desde una *subsunción interpretativa*, como esquema de hermenéutica positivista.

Se pueden representar los postulados centrales del garantismo de Ferrajoli, con la siguiente gráfica:

Gráfica 1

Esquema triádico del garantismo Ferrajoliano

1. El garantismo como posibilidad de negación entre el derecho y la moral.
2. Los derechos fundamentales son normas de derecho positivo-positivización constitucional
3. La lectura e interpretación de los derechos debe ser en estricto apego a la norma constitucional positiva.

Nota. Fuente propia.

En este orden de argumentos el tópico de la rigidez⁴¹ constitucional en la teoría del garantismo de Ferrajoli es muy importante, no sólo para demostrar su

justificación positivista⁴² de la misma, sino en la construcción del paradigma del Estado constitucional de derecho, y del modelo correcto para la interpretación de los derechos fundamentales.

La preocupación de Ferrajoli está en la prohibición desde sus construcciones teóricas en la posibilidad de la *lectura interpretativa abierta* de los derechos fundamentales, en determinar si los derechos fundamentales son normas de derecho positivo, no en el sentido del positivismo legal clásico, defendiendo un “positivismo renovado o reforzado” en un positivismo del texto constitucional y de la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones rígidas con concreciones normativas. “Son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas” (Ferrajoli, 2010b, p. 37).

La idea de cambiar la “positivización originalista” con la que el constituyente imprimió su sello de gestación, no puede ser desvirtuada por el juez constitucional para interpretar los derechos fundamentales abiertamente, a los casos concretos y

el derecho, sino también la política, confiando explícitamente a esta última la producción y aún antes la invención del derecho, así como su defensa y su crítica, su proyección y su transformación a través de leyes y Constituciones, reformas y revoluciones, interpretaciones evolutivas o aplicaciones regresivas”. (Ferrajoli, 2010a, p.174).

41 “Gracias a la rigidez de las Constituciones la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo del legislador y por ello de las mayorías contingentes de las que es expresión”. (Ferrajoli, 2006b, p. 114).

42 El positivismo de Ferrajoli debe ser entendido como un positivismo jurídico crítico, mas no descriptivo, ya que al admitir un positivismo descriptivo en sus teoría del garantismo o su idea del constitucionalismo, la convertiría en una teoría ideológica: “la ciencia jurídica no puede limitarse a un acercamiento al derecho positivo de tipo solamente descriptivo, siéndole impuesto por su mismo objeto un rol crítico en sus relaciones con las violaciones por comisión o por omisión del dictado constitucional por parte del legislador, y por ello prescriptivo de su reparación a cargo de la jurisdicción constitucional y de la legislación ordinaria” (Ferrajoli, 2011b, p. 15).

otorgarles otros entendidos o significados normativos más allá de los mismos determinados en el texto normativo de la Constitución⁴³.

Considerando Ferrajoli como un rasgo distintivo del constitucionalismo en sentido jurídico, esta nueva positivización constitucional en clave del Estado constitucional de derecho, por lo tanto:

La diferencia entre las dos ideas de constitucionalismo no es, en efecto, una «cuestión de matices». En el constitucionalismo político la idea de los límites del poder es solamente un ideal, una aspiración, un proyecto político de hecho realizado en países de sólidas tradiciones liberales como Inglaterra, pero ciertamente no traducido en garantías jurídicas por ausencia de constituciones rígidas que las aseguren. En el constitucionalismo jurídico, en cambio, este ideal ha sido traducido en precisas garantías constitucionales —la previsión de procedimientos agravados para la revisión de la constitución y el control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad de las leyes— que han transformado tales límites y vínculos políticos en normas de Derecho positivo (Ferrajoli, 2011a, p. 318).

GUASTINI: NORMAS

INTERPRETATIVAS

Riccardo Guastini distingue entre los problemas de la interpretación en los sistemas jurídicos con declaratorias de inconstitucionalidad a priori y a posteriori, y de los sistemas jurídicos con control de constitucionalidad difuso y concentrado:

El problema no tiene ninguna importancia práctica en los sistemas jurídicos en los que el control de legitimidad constitucional es difuso (como en los Estados Unidos), o en aquellos en que el control se ejerce solamente a priori (como en Francia). Pero es, por el contrario, un problema muy serio en todos los sistemas en que el control es concentrado y a posteriori (como en Alemania, España, Italia, etcétera), ya que en principio, en estos sistemas jurídicos, la derogación (tácita, por incompatibilidad) de una ley puede ser reconocida por cualquier juez, con efectos *inter partes*, mientras que la ilegitimidad constitucional de una ley puede ser declarada solamente por el juez constitucional, con efectos *erga omnes* (Guastini, 2010b, pp. 98-99).

Atendiendo al tenor anterior, la interpretación constitucional en Italia responde a *los problemas analíticos del lenguaje jurídico* (Guastini, 1997, p. 123), ya no un lenguaje jurídico de carácter general, sino un

43 A pesar de la defensa positivista de la Constitución en Ferrajoli y su concepto de derechos fundamentales, fuertemente anclado a una teoría positivista, resulta llamativo su concepto de Constitución sustentado en una postura meta-reglada que podría encuadrar en una justificación no positivista del texto constitucional: “Las Constituciones se caracterizan por ser un conjunto de meta-reglas sobre los poderes públicos, incluso aquel de mayoría, que están obligados por ellas a la separación recíproca y al respeto de los derechos fundamentales de todos” (Ferrajoli, 2002, p. 14).

lenguaje en específico, <<el lenguaje de la Constitución>>, para finalmente construir <<el lenguaje de los derechos>>, como respuesta contemporánea por el debate acerca de qué entendemos por derechos fundamentales, puntualmente frente al lenguaje constitucional, las disposiciones constitucionales enfrentarías un problema en cuanto a su aplicación, por estar necesariamente vinculadas a un desarrollo legislativo de las mismas.

ZAGREBELSKY: LA DUCTILIDAD DEL DERECHO

El Estado constitucional presenta una respuesta complementaria o integradora, frente a los dos modelos, que no niega la existencia de dos tipos de interpretación, o sistemas distintos de interpretar el derecho, cuando al derecho lo relacionamos con la ley, o cuando lo identificamos con la Constitución, o las disposiciones que derivan de ella. Esta propuesta, en Italia ha sido defendida en particular por Zagrebelsky, la cual arroja una respuesta frente a este problema de interpretación, ya no desde un criterio de distinción sino en la elaboración de un *criterio interpretativo integrativo*:

Si se tienen en cuenta algunos hechos — que hoy los principios que contienen valores

de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o enfrente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en <<nociones de contenido variable>> y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica-, se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio (Zagrebelsky, 2009, p. 146).

Lo que propende entonces, por una interpretación constitucional diferenciada de la interpretación legal⁴⁴, o de la norma en sentido reglado, ya no desde una fase excluyente, sino más bien, es una interpretación constitucional que complementa en tiempos del Estado constitucional y democrático de derecho, una *verdadera existencia del sistema jurídico*, en todos sus planos normativos.

En la otra orilla de la discusión, están aquellos teóricos que posicionan los derechos fundamentales como normas no sólo estructuralmente vistas desde la lógica principialista, sino que reivindican, *el derecho por principios*⁴⁵, como un escenario propio

44 A la propuesta de Zagrebelsky en Italia, sobre la incorporación de principios específicos en la Constitución, como el principio de justicia, que desde su propuesta de un derecho o constitucionalismo dúctil, que generaría una *interpretación integradora* en el Estado constitucional de derecho, ha encontrado tal propuesta una fuerte crítica formulada por Guastini, que dirige su atención en la teoría de Zagrebelsky, como una teoría que desconoce los postulados del derecho positivo, que refleja la interpretación del profesor de Turín, como neoiusnaturalista o abiertamente antipositivista: “Identificar ley y justicia es, por tanto, confundir derecho y moral. Así pues, contrariamente a la opinión de Zagrebelsky, la identificación de la justicia con la ley -lo que se conoce como legalismo (o formalismo) ético- es algo ajeno al positivismo jurídico. Es más bien una forma de iusnaturalismo o, en la terminología de Alf Ross, un «cuasi positivismo»: en suma, un falso positivismo” (Guastini, 1996, p. 113).

45 La noción del *derecho por principios* ha sido construida por el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky, para él los principios

del Estado constitucional y democrático, estableciendo nuevos márgenes de acción para las decisiones judiciales, que pongan fin a conflictos y colisiones constitucionales.

COMANDUCCI: METATEORÍA DEL DERECHO

La meta interpretación de los derechos fundamentales, en el contexto italiano, pone de presente dos problemas que convergen en dicho marco conceptual, (ii, a). La interpretación constitucional implícita en el sistema de fuentes. Y, (ii, b). La justificación de los derechos fundamentales; ambos problemas constituyen la noción de <<meta interpretación>>. Esta noción es construida grosso modo por *la escuela genovesa de la filosofía del derecho*, y su cultor en sentido estricto es el profesor Paolo Comanducci.

Frente al primer problema, relativo a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en torno a las fuentes del derecho, en los sistemas jurídicos constitucionales, la cultura jurídica italiana de la interpretación, ha denotado específicamente, que los derechos fundamentales construyen una

<<interpretación implícita>>. Dicha interpretación se entiende en la medida que la Constitución italiana⁴⁶, al igual que otros sistemas jurídicos europeos, sobre todo de la Europa continental, es entendida en sí misma como fuente del derecho, no sólo desde el aspecto general de la constitucionalización del derecho, que propone la fuerza normativa de la Constitución para que esta pueda aplicarse directamente por todos los jueces y operadores jurídicos.

En este entendido es importante la distinción que hace Guastini, frente a las normas constitucionales y legales utilizando la rigidez como criterio para ello:

la distinción entre derechos legales y derechos constitucionales posee una importancia fundamental en los sistemas jurídicos con constitución rígida. Puesto que, si la constitución es rígida, la ley ordinaria está jerárquicamente subordinada a ella, y por lo tanto no está autorizada a modificar o derogar normas constitucionales. En dichas circunstancias, un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por las leyes ordinarias (las cuales pueden en cambio

constituyen un elemento principal de los modernos Estados constitucionales. y un rasgo tangible de los derechos fundamentales, su perspectiva es complementaria, pues no entra en el debate puntual desde una óptica principialista o no principialista, o desde una reivindicación de iusnaturalismo o el positivismo jurídico, ya que considera que los principios y los derechos fundamentales en el Estado constitucional, superan esa dicotomía clásica de la teoría y la filosofía del derecho (Zagrebelky, 2009, p. 109). En el mismo sentido de complementariedad entre ley y derechos, entre legalidad y justicia, y de los retos del constitucionalismo donde la noción de principios no es utilizada en sentido dicotómico se evidencia en Zagrebelsky (2004). “El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*; fuera de formalismos, en la capacidad de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor”. (Zagrebelky, 2004, pp. 22-23).

46 Desde el punto de vista de la Constitución italiana, y desde el mismo ordenamiento italiano, el debate en torno a la interpretación de los derechos fundamentales como normas constitucionales tanto en lo formal como material, y las normas que jerárquicamente no expresan, un nivel constitucional de prelación frente a sus contenidos normativos de aplicación, ha girado por el tópico de la rigidez constitucional.

suprimir un derecho legal) (Guastini, 1993, p. 238).

Esta relación sigue la noción según la cual, la interpretación es un acto que se justifica siempre en una norma preexistente, es decir, entendiendo la interpretación de los derechos fundamentales desde una <<meta-justificación>> como justificación general, a la hora de establecer una justificación particular en la actividad interpretativa del juez frente a disposiciones normativas que expresen derechos fundamentales:

Desde el punto de vista del resultado de la actividad de justificación del juez, podría afirmarse que sigue en pie la tesis de acuerdo con la cual una decisión (entendida como acto de decidir) está justificada si está fundamentada en una norma N1 aplicable, es decir, si tal norma N1 debe ser aplicada basándose en otra norma existente N2, que a su vez, no debe ser necesariamente aplicable (Comanducci, 2009, p. 24).

POZZOLO:

NEOCONSTITUCIONALISMO

Dentro de las principales propuestas teóricas para la interpretación de los derechos fundamentales en Italia, se destacan especialmente dos desarrollos teóricos. Los cuales se enuncian para fines metodológicos.

(i). *la interpretación neoconstitucionalista de los*

derechos fundamentales. Y (ii). La meta interpretación de los derechos fundamentales.

Frente al primer tópico. (i). la interpretación neoconstitucionalista de los derechos fundamentales. Se evidencia especialmente las propuestas que al particular han establecido sus dos principales cultores: Sussana Pozzolo y Paolo Comanducci.

En un primer plano discursivo, el neoconstitucionalismo interpretativo o neoconstitucionalismo para la exégesis de los derechos fundamentales, se muestra como un proceso construido con posterioridad al fenómeno de la *constitucionalización del derecho*⁴⁷. Utilizado como tópico dentro de las constituciones normativas, en las <<constituciones necesariamente interpretativas por un lenguaje constitucional⁴⁸>>.

De tal modo, que los derechos fundamentales al ser normas esencialmente abiertas deben ser interpretadas por parte del juez o funcionario que ostenta la potestad decisional, la particularidad de la interpretación de la Constitución, propondrá una especial atención a las normas y disposiciones que integran el concepto de derechos fundamentales. “El neoconstitucionalismo forma parte de este proceso histórico y teórico, y aunque apareció de manera posterior al propio proceso de constitucionalización, se encuentra hoy en pleno florecimiento” (Pozzolo, 2016, p. 143).

47 “El lenguaje constitucional no es interpretable con los instrumentos comúnmente utilizados para la interpretación del derecho infraconstitucional, o sea, no basta con la referencia al sentido común de las palabras empleadas en la disposición” (Pozzolo, 1998, p. 346-347).

48 “Esta última tiene por objeto aquel modelo institucional, y se caracteriza por una concepción de la validez de las leyes como dependiente no sólo de requisitos procedimentales sino más bien sustanciales, es decir, de la conformidad de los contenidos de las leyes al contenido de la constitución” (Comanducci, 2011, p. 96).

La particularidad de la interpretación expresa los contenidos de determinación mínima de los derechos fundamentales, como disposiciones normativas cuya naturaleza es precisamente de ser normas, que expresan una <<proyección fáctica de concreción>>⁴⁹, siendo vital así, para los fines de la decisión judicial en términos de derechos fundamentales, el establecer los márgenes de determinación de la norma:

El problema de la determinación/indeterminación del derecho es el problema epistemológico relativo a la cognoscibilidad/incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción (Comanducci, 1998, p. 101).

PRIETO SANCHIS: EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

El constitucionalismo de los derechos es una expresión que acuña Luis Fernando Prieto Sanchís en un gran número de sus trabajos, con la que pretende establecer una conceptualización entre la relación de los derechos fundamentales, la idea de Constitución y las conexiones entre ambos en los sistemas jurídicos contemporáneos.

A manera de esquema se pueden distinguir los principales tópicos con los que el profesor español explica sus tesis fundamentales.

- (i). Los presupuestos del neoconstitucionalismo.
- (ii). La relación entre garantismo y constitucionalismo.
- (iii). Las relaciones entre el derecho y la moral.
- (iv). La objetividad en la interpretación de los conceptos morales de la Constitución.
- (v). El constitucionalismo y la globalización.

La propuesta que presenta Prieto Sanchís sobre las normas jurídicas de principio se inserta en la misma concepción de los textos constitucionales como normas fundamentales de carácter o de corte *principal*.

Esta postura se evidencia en el caso de la Constitución española de 1978, que la misma se configura como <<un cuerpo constitutivo de libertades públicas y derechos fundamentales con especial fuerza normativa>>, indicándola como una norma no apartada en su orden de concreción normativo o de su fuerza normativa particular, siendo específicamente una carta de disposiciones iusfundamentales presentada a un <<sistema de fuerte corte principal>>:

[...] la Constitución de 1978, que es un texto claramente <<principal>> [...] la constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene sólo un sentido programático o

49 *La proyección fáctica de concreción* es entendida como el escenario donde se establece la determinación de la norma de derecho fundamental, en conexidad material con los hechos o supuestos fácticos, que predicen la aplicación, reconocimiento y garantía de la disposición iusfundamental.

de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del derecho (Prieto Sanchís, 2011, p. 206).

Es claro aquí la distinción entre principios generales del derecho que construyen la noción de la ciencia jurídica desde una fuerza implícita del orden jurídico, y de su objeto preeminentemente normativo a los principios como normas jurídicas especiales dentro de los sistemas legales abiertamente constitucionalizados. “Un principio constitucional, ostenta la fuerza del documento que lo consagra, por tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción, sino una *infracción* del mismo, lo que significa que constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores” (Prieto Sanchís, 2011, p. 206-207).

Los problemas que <<la principialista>> quiere solucionar desde las concepciones estrictamente positivistas en culturas jurídicas⁵⁰ de estirpe estrictamente codificadora, proponer nuevas fuentes del derecho como formas de producción jurídica. Tal distinción permite solucionar principalmente la prohibición de la función creadora del derecho, desde las tesis positivistas radicales para así desmitificar el rol del legislador racional frente a su papel dentro del sistema jurídico.

Uno de los tópicos relevantes en los que Prieto Sanchís centra su producción jurídica es el correspondiente a los conflictos normativos, más puntualmente conocidos como antinomias. Es este orden <<la confrontación normativa de antinomias o conflictos de reglas, es uno de los tópicos que toca con especial relevancia la propuesta de la teoría principialista del derecho o de los derechos>>, pues las formas de solucionar conflictos de reglas o antinomias jurídicas, se desplazan desde el plano tradicional de las reglas jurídicas a la dimensión constitucional superior, refiriéndose concretamente a los principios como normas positivas constitucionales.

Desde otro escenario normativo se destacan las colisiones de principio, en las que normas de textura abierta presentan <<confrontaciones de igualdad jerárquica>>, desplazándose de la dimensión de validez-jurídica a una dimensión constitucional principial, frente a su rango como normas consagradas en igualdad de condiciones hipotéticas en una Constitución en sentido material-normativo.

La colisión de principios puede ser entendida también como una condición explícita de dos o más derechos fundamentales, que por los medios de solución clásicos de antinomias desbordan la esfera tradicional de aplicación por una constelación propia de los modernos Estados constitucionales:

50 Prieto Sanchís (2011) en su teoría del derecho presenta un análisis de la cultura jurídica europea orientada hacia la codificación y la exégesis extremas de sus formas de producción jurídica, proponiendo un cambio desde la visión del orden jurídico como un sistema preeminentemente fundamentado por una axiología principialista. El cual puede llegar a llenar los vacíos, frente a los problemas constantes de ordenes normativos influenciados por un positivismo legalista o legicentrista, presentando oscuridad e indeterminaciones en la escogencia de las fuentes del derecho, que responden a las vicisitudes de una centralización de la producción jurídica en la conciliación de antinomias y lagunas permeadas a lo largo del mismo sistema.

Son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no ya por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida, aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna (Prieto Sanchís, 2009, pp. 180-183).

Frente al papel de las colisiones de principio es notable que las condiciones de precedencia de un principio sobre el otro no solamente pueden depender de un equilibrio o balance de los derechos fundamentales en oposición <<a un juicio de ponderación concreto>>, pues la labor del intérprete o del operador jurídico quedaría relevada a la simple concreción mecánica de una lógica ponderativa en la directriz del mandato de optimización, enfrentando un reduccionismo en la producción y construcción del derecho a través de elementos discrecionales en el administrador de justicia.

La mayor o menor medida posible de concreción de los principios contrapuestos se da por la apertura de un *entendido axiológico valorativo*, por la realización de los fines materiales de protección de los derechos fundamentales dentro de un Estado constitucional, y cómo dichas normas jurídicas de principio atienden la labor orientadora de la garantía en la esfera de decisión de los derechos, más cercana a una propuesta concertada de un neiusnaturalismo o desde

las mismas bases del constitucionalismo. “La justicia constitucional encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro, que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de interpretación y aplicación del derecho” (Prieto Sanchís, 2009, p. 95).

Sobre la distinción estrictamente normativa entre enunciados jurídicos que presentan condiciones de reglas y enunciados normativos que presentan condiciones de principio, Prieto Sanchís propone un universo más complejo que, inclusive, aquel que puede plantear al hablar de reglas como un tipo de normas totalmente distintas a las normas de principios, enfrentadas a los problemas de indeterminación en la vaguedad del lenguaje jurídico, proponiendo soluciones totalmente aisladas las unas de las otras, simplemente abordadas desde una *textura cerrada* contrario a la normas de principio en cuanto a su *textura abierta*. Construyéndose una pretensión sistemática del ordenamiento jurídico, configurando la “coherencia interpretativa” del mismo sistema, <<posibles soluciones a indeterminaciones normativas en las zonas de penumbra del derecho>> mirándose los unos a los otros (reglas y principios), como dos tipos de normas opuestas en un mismo sistema jurídico.

Si los principios como normas jurídicas que expresan derechos fundamentales, pueden presentar grados de concreción con la pretensión de cumplimiento de dicho mandato, la textura abierta de los principios le otorga al intérprete en su labor de materialización grados más amplios de aplicación.

Los cuales pueden ser objeto de una optimización justa y racional, sobre la base teórica de la estructura de los principios a diferencia de las normas tipo regla, de conformidad a su concreción *todo o nada* como queda dicho, permitiendo que el grado de optimización de los principios pase de un modelo puro de reglas (positivismo jurídico excluyente) a un modelo puro de principios (neoiusnaturalismo) e inclusive a tesis defendidas desde el positivismo jurídico incluyente.

La propuesta representada en Prieto Sanchís, busca entender la teoría de principios en conciliación a su vez con la aplicación de un modelo reglado del derecho, que no excluye por completo un derecho construido por principios, desde la óptica del Estado constitucional. Sobre esta base es importante la visión sobre los márgenes de acción de la textura de los dos tipos de normas tanto de principios como de reglas:

Desde esta perspectiva la distinción entre reglas y principios no es anterior, sino posterior a la interpretación, es decir, posterior al encuadramiento de un caso individual en el caso genérico descrito por la norma. Antes de ese momento reglas y principios parecen presentar unos problemas semejantes de textura lingüística o de vaguedad

semántica, quizá agravados en el caso de los principios por su generalmente menor concreción (Prieto Sanchís, 1993).

En el contexto de la aplicación de las normas jurídicas de principio en los modernos sistemas jurídicos⁵¹, se da en determinar la interpretación y alcance de las normas constitucionales como derechos fundamentales, en sentido estricto de su estructura normativa frente a la especificidad de la interpretación constitucional. “El género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista” (Prieto Sanchís, 2000, p. 161).

Frente al problema de concreción Prieto Sanchís se muestra partidario de la plausible irracionalidad⁵² que puede observarse del intérprete, en los casos concretos donde se pretendan solucionar las colisiones. Su control desmedido está en los límites que impone la Constitución sobre los derechos fundamentales, y sobre la intención de la interpretación constitucional, siempre en función de que ningún derecho, en concreto, se vea lesionado por otro específico.

Configurándose una apertura de los textos constitucionales por la desformalización de los contenidos jurídicos, que sólo miraban el

51 Lo que indica que la principalista o la teoría principalista de los derechos fundamentales, se aleja de las concepciones del derecho, cerradas sólo a un modelo positivista de observancia de la ciencia jurídica. Sobre esta concepción se centra el debate de la protección constitucional de las normas de principio como verdaderos derechos fundamentales en el papel que juegan los tribunales o cortes constitucionales en la judicabilidad de estos derechos, y la oposición del papel del legislador como fuente del derecho que reclama su papel principal, un poco relegado por el Estado constitucional contemporáneo y la inclusión de los textos constitucionales con normas fuertes como los principios.

52 Sobre esta base teórica se está abiertamente en oposición a lo que prescribía la Constitución de los Estados de derecho decimonónicos, frente a los grandes márgenes de acción y de gran discrecionalidad que tenía el legislador para llenar de contenido material lo que los mismos cuerpos constitucionales no podían establecer por sus magnos rasgos de formalismo extremo.

núcleo político de los textos constitucionales, el “giro teórico” parece extenderse de una postura moderada de lo que puede reflejar un concepto contemporáneo de derecho, en una “lucha por los derechos” en los ámbitos de protección y garantía material. Protegiendo bienes e intereses jurídicos consagrados taxativamente en principios constitucionales⁵³, como normas dúctiles y maleables puestas en función de su interpretación, no sólo desde *respuestas únicas y correctas*, para la toma de decisiones justificadas desde los razonable y proporcional como equilibrio de intereses contrapuestos:

La Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada

argumentación racional (Prieto Sanchís, 2000, p. 173).

Prieto Sanchís, por su parte, presentará su propuesta sobre una principialista que se apoya fundamentalmente en <<la tesis de la conexidad necesaria entre el derecho y la moral>>, criticando a su vez los desarrollos teóricos de Alexy en la forma de “resolver un caso a la luz de los principios entraña siempre un conflicto entre derechos constitucionales y, salvo que entendamos que existen herramientas infalibles para hacer frente a esos conflictos, nada garantiza que nuestro caso reciba una respuesta moralmente correcta” (Prieto Sanchís, 2013, p. 118).

Buscando la principialista la conexidad en la aplicación de los enunciados normativos, y la utilización de una argumentación jurídica fuerte apoyada en una primera fase de interpretación⁵⁴ del derecho, abierta al escenario constitucional como construcción de la teoría del neoconstitucionalismo, y su pretensión de ser una teoría general del derecho, que busca consolidar entre sus postulados la idea material⁵⁵ de la Constitución⁵⁶, y los derechos

53 Los principios constitucionales como normas jurídicas por excelencia dentro de los modernos Estados constitucionales, van a permitir una posible conciliación frente al dualismo positivismo jurídico e iusnaturalismo. Es decir, un derecho desde una postura abiertamente positivista, nunca pensó en orientar sus fuentes de producción a propuestas que partieran del reconocimiento más allá de un derecho expresamente consagrado, aunque los mismos principios son normas constitucionales. El debate se expresa en la fuerza axiológica de los principios y en sus postulados de interpretación frente a los casos concretos, haciendo referencia a una fuerza normativa que supera no sólo la aplicación directa de la norma fundamental en el entendido de la aplicación de los derechos fundamentales, sino su criterio de unificación del mismo sistema jurídico.

54 Tal interpretación presenta inconvenientes o circunstancias de inaplicabilidad material cuando se realiza una interpretación constitucional bajo un precepto legal, como lo plantea Díaz Revorio: “la interpretación que se considera constitucional, y sobre cuya base se supera el contraste del precepto con la norma suprema, no puede obtenerse forzando la letra de la ley, sino que ha de poder derivar lógicamente del texto del precepto” (Díaz Revorio, 2002, p. 199).

55 La Constitución en sentido material desde la perspectiva principialista, permite esencialmente la aplicación directa de las normas constitucionales, como los derechos fundamentales o disposiciones iusfundamentales, cuya característica estructural es precisamente la de ser normas de principio, desde el sentido material de la Constitución en tiempos de constitucionalismo: “Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación y creación del derecho” (Cruz, 2009, p. 16).

56 Sobre la idea de Constitución en Prieto Sanchís (2001): “La Constitución es así, ante todo, una norma «interna» a la vida del Estado, que garantiza sólo el pluralismo en la formación parlamentaria de la ley, y no una norma «externa» que desde la soberanía popular pretenda dirigir

fundamentales como sus normas de mayor relevancia, cobrando un protagonismo especial cuando estos se soportan desde una idea de principios. Algunos aspectos criticables de la teoría de Prieto Sanchís, radica en que sus tesis no se sustentan desde una metateoría del derecho constitucional, que aborde el problema de la vinculación entre el derecho y la moral.