

Constitucionalismo  
y  
Positivismo

CONSTITUCIONALISMO  
Y POSITIVISMO





LUIS PRIETO SANCHÍS

Universidad de Castilla-La Mancha

CONSTITUCIONALISMO  
Y POSITIVISMO

PALESTRA

Palestra Editores  
Lima — 2018

<b>341</b> <b>P86</b>	Prieto Sanchís, Luis <i>Constitucionalismo y positivismo/ Luis Prieto Sanchís; 1a ed. - Lima: Palestra Editores, 2018.</i> 142 p.; 20.5 cm. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo; 18) D.L. 2018-08865 ISBN: 978-612-4218-86-6 1. Derecho 2. Filosofía 3. Positivismo jurídico 4. Derecho constitucional
--------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



**DIRECTORES:**

Manuel Atienza, Universidad de Alicante  
 Luis Prieto Sanchís, Universidad de Castilla – La Mancha

**COORDINADORES:**

Pedro P. Grández Castro, Hugo Enrique Ortiz Pilares

## CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO

Luis Prieto Sanchís

*Primera edición, junio 2018*

© Luis Prieto Sanchís

© PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125, Lima 21 — Perú | Telf. (511) 637-8902 / 637-8903  
[palestra@palestraeditores.com](mailto:palestra@palestraeditores.com) | [www.palestraeditores.com](http://www.palestraeditores.com)

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: Grández Gráficos S.A.C.

Mz. E, Lt. 15 Urb. Santa Rosa - Los Olivos

Junio, 2018

DIAGRAMACIÓN: Gabriela Zabarburú Gamarra

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N°2018-08865

ISBN: 978-612-4218-86-6

Tiraje: 500 ejemplares

*Impreso en Perú | Printed in Peru*

## ÍNDICE\*

La “resistencia” (¿positivista?) al constitucionalismo de los derechos. A propósito de una nueva edición de <i>Constitucionalismo y positivismo</i> de Luis Prieto ..... <i>Pedro P. Grández Castro</i>	7
I. El constitucionalismo como nuevo desafío al positivismo .....	21
II. Aclaraciones conceptuales.....	27
1. Las tesis fundamentales del positivismo.....	27
2. Rasgos del Estado constitucional contemporáneo.....	32
III. Constitucionalismo y positivismo ideológico .....	43
IV. Constitucionalismo y positivismo teórico.....	49
1. La estructura de la norma.....	50

---

\* La realización de este trabajo ha contado con una ayuda a la investigación de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Educación.

CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO

2.	La teoría de las fuentes del Derecho.....	55
3.	La teoría de la interpretación .....	59
a)	La tesis de la subsunción.....	60
b)	La tesis de la discrecionalidad.....	64
V.	Constitucionalismo y positivismo metodológico .....	73
1.	Los términos de la crítica.....	73
2.	En favor de una teoría del Derecho y de un constitucionalismo positivista .....	84
a)	El problema del punto de vista .....	84
b)	El desplazamiento del juicio moral .....	94
c)	¿Cuál es la moral que se conecta al Derecho? .....	100
3.	Breve referencia a un argumento distinto: sobre el valor moral de la separación entre el Derecho y la moral.....	115
VI.	Observación final.....	127
	Bibliografía.....	133



## LA “RESISTENCIA” (¡POSITIVISTA?) AL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

A PROPÓSITO DE UNA NUEVA EDICIÓN DE  
*CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO DE LUIS PRIETO*

*Pedro P. Grández Castro*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

§1. Este pequeño libro es, sobre todo, el testimonio de una época. Luis Prieto, a quien hemos editado ya antes en Palestra<sup>1</sup>, representa para América Latina una suerte de bisagra en los debates sobre los problemas teóricos y prácticos en torno a la implementación de lo que él mismo rotulara con éxito como el *constitucionalismo de los derechos*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis: *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (2002, 2007), *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho* (2007), *La filosofía penal de la Ilustración* (2008), *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico* (2013).

<sup>2</sup> Es verdad que esta expresión no es original, como el propio Prieto pone de manifiesto, aunque, con sentidos diversos, el término también ha sido

El profesor Prieto ha participado, desde sus inicios, en los debates sobre los problemas que comporta el asumir una Constitución normativa judicialmente garantizada que ponga en el centro del debate las posibilidades y límites del positivismo jurídico. Aunque él mismo se sigue definiendo como positivista, a partir de sus planteamientos e incluso de la forma en que ha participado en este debate es más fácil ubicarlo como un crítico del positivismo antes que como uno de sus defensores. Quizá convenga, por ello, no hacer mucho caso a las etiquetas propias o impuestas y, en cambio, analizar las tesis y los argumentos que defienden varios de los juristas más notables que han participado de este debate en los últimos años<sup>3</sup>.

Así, esta obra, publicada antes en México<sup>4</sup>, recorre de forma elocuente y documentada las cuestiones teóricas más

---

recentemente reivindicado en un nuevo volumen publicado en Italia por Giorgio Pino: *Il constitucionalismo dei diritti*, Il Mulino, 2017.

<sup>3</sup> Manuel Atienza, por ejemplo, ha sido presentado en varios espacios como autor neoconstitucionalista a pesar de que él lo ha negado en todos los idiomas posibles; igual ha ocurrido con Luigi Ferrajoli que, si bien podría ser presentado como un autor que defiende un modelo normativo de constitucionalismo sustantivo con el que él mismo se identifica, no obstante, considera que esto es posible sin renunciar a las tesis fundamentales del positivismo, al punto que ha sostenido que el Estado Constitucional es más bien la forma acabada de positivismo en el que el *ser* y el *deber ser* del Derecho se han positivizado. Según afirma Ferrajoli: “(...) el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de «existencia», sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez»”. Cfr. Ferrajoli, L. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *RIFP*, 17, 2001, p. 35.

<sup>4</sup> Editorial Fontamara, México, 1997.

relevantes en la confrontación entre positivismo y constitucionalismo, asumido este último como un modelo de teoría sobre la Constitución, los derechos, la interpretación y, sobre todo, como una práctica a la hora de implementar los derechos que las Constituciones reconocen.

§2. La confrontación entre positivismo y constitucionalismo parece haber iniciado en Europa tempranamente, en los primeros años de implementación de las Constituciones de la posguerra. La llamada de atención vino, al parecer, no de los juristas en estricto, sino de filósofos políticos que notaron que las nuevas Constituciones habían introducido, en realidad, un modelo de constitucionalismo extraño para la tradición continental.

Según una reconstrucción reciente<sup>5</sup>, en el caso italiano, por ejemplo, Nicola Matteucci y Giovanni Sartori, desde el ámbito de la filosofía política más conectada con discusiones de Derecho Constitucional Comparado, habrían reparado, tempranamente, en las tensiones entre la teoría positivista y el modelo de las Constituciones prescriptivas o normativas que incluyen principios y valores en sus contenidos. Según anota Margiotta,

Siguiendo los pasos de McIlwain<sup>6</sup>, Matteucci introduce en los estudios italianos sobre el constitucionalismo, la idea según la

---

<sup>5</sup> Cfr. Margiotta Broglia, Costanza, en: “Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 2, diciembre 2000.

<sup>6</sup> La referencia es a McIlwain, Charles H. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1947 [1940]. Existe versión en lengua castellana; *Constitucionalismo: antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría.

cual, no solo la reducción del constitucionalismo al principio de la separación de poderes, resulta ser inadecuada sino que, además, esta sería ‘incompleta en el plano histórico’, en la medida que, precisamente para McIlwain, el constitucionalismo tiene como rasgo relevante el principio de gobierno limitado antes que el gobierno mixto o, mejor aún, la soberanía de las leyes en lugar de la separación de poderes<sup>7</sup>.

Este constitucionalismo “nuevo” o renovado llegaba, por lo demás, en un momento de pleno apogeo del positivismo entre los juristas italianos. No deben olvidarse, en este punto, los reclamos de Calamandrei, quien, entre otros factores, veía precisamente en el positivismo y el conservadurismo de la cultura jurídica italiana el que la Constitución permaneciera durante sus primeros años “inactuada”. Hacia 1955 y luego de ocho años de vigencia de la Constitución italiana, Calamandrei denunciaba, en efecto, que los derechos individuales de libertad e igualdad estaban “garantizados de un modo mucho menos seguro e integral de lo que querrían hacer creer las disposiciones, tan minuciosas y rigurosas, contenidas en la Constitución”<sup>8</sup>. El jurista llegó a sostener con absoluta contundencia y con base en una larga lista de ejemplos de la realidad de entonces, que, si bien “ya no existe el ilimitado arbitrio del régimen fascista”, tampoco se vivía “la plena legalidad democrática prometida por la Constitución”<sup>9</sup>.

La falta de “actuación” y eficacia de la Constitución que denunciaba Calamandrei en referencia a los poderes públicos parte, sin embargo, de la *inobservancia* de la Constitución

<sup>7</sup> Cfr. Margiotta Broglio, Costanza, ob. cit. p. 389.

<sup>8</sup> Calamandrei, P. *La Constitución inactuada*, Traducción y estudio preliminar de Perfecto Andrés Ibañez, Tecnos, Madrid, 2013, p. 57.

<sup>9</sup> Ídem.

por parte de la propia doctrina. Una doctrina que, frente a la Constitución, como bien anota el propio Calamandrei, empezó por hacer distinciones entre su naturaleza y la de sus preceptos, diferenciando entre *normas preceptivas* y *normas programáticas*, y pasó luego a realizar cada vez más elaboradas distinciones entre *preceptivas de aplicación inmediata*, *preceptivas de aplicación diferida* y *directivas o meramente programáticas*. Calamandrei sostuvo que estas clasificaciones de la doctrina ponían en evidencia la resistencia frente a la cual habría que librar una verdadera “batalla por la actuación de la Constitución” que se trasladaría pronto de la academia a la jurisprudencia.

De este modo, sostuvo que, pese a existir en la Constitución “un precepto categórico que afirma un derecho inviolable del ciudadano”<sup>10</sup>, la jurisprudencia creía encontrar los argumentos en estas clasificaciones para sostener que “la autoridad administrativa goza todavía del poder de desconocerlo o limitarlo, al no haberse publicado aún, según lo debido en cumplimiento de la Constitución, la ley ordinaria abrogadora de la ley fascista que servía de fundamento a ese poder”<sup>11</sup>.

§3. Volviendo a lo planteado por Matteucci, el contexto en el que éste desarrolla su ataque al positivismo de Norberto Bobbio, pese a las implicancias prácticas que pudo tener frente al panorama descrito por Calamandrei, parece, sin embargo, no haber logrado trascender más allá del ámbito académico. La crítica de Matteucci se desarrolla con un fondo historicista que permite evidenciar la relevancia del constitucionalismo de posguerra, en el que el autor se pregunta con desconcierto

---

<sup>10</sup> Calamandrei, ob. cit. p. 64.

<sup>11</sup> Ídem.

cómo un jurista liberal como Bobbio, de una comprobada vocación democrática, pudo verse fascinado “por una tradición tan antigua, cuya ideología se presenta, tanto en su versión conservadora como en la democrática, cargada de elementos autoritarios”<sup>12</sup>. La respuesta la ensaya el propio Matteucci, no sin cierta dosis de sarcasmo: “una cosa es la política, otra es la ciencia; por tanto, cuando se trata de luchar por los nuevos ideales, uno puede declararse bien iusnaturalista, constitucionalista, utilitarista o también anárquico; pero cuando se trata de llevar adelante una investigación científica, entonces debemos describir el Derecho tal como es”<sup>13</sup>.

A Matteucci, esta escisión entre lo político y lo científico en el Derecho le parece una grave contradicción, y encuentra preocupante lo que considera la expresión de un “peligroso síntoma” que, en el caso de la cultura italiana, tendría cierta tradición y que tiene que ver con la “disociación entre ciencia y vida”. Una disociación que, como sostendrá, solo contribuye a hacer la ciencia más árida y la vida más pobre<sup>14</sup>.

Frente a la tripartición que ofrece Bobbio sobre el positivismo (como método, como teoría y como ideología), repetida tantas veces incluso en nuestros días, sin mayor reflexión, como si se tratara de un tópico incuestionable, Matteucci se expresa sin contemplación: se trataría de un “distractor analítico” que, apelando precisamente a estas distinciones, se ofrece aquí como “la última trinchera de defensa del positivismo jurídico”, pero

<sup>12</sup> Cfr. Matteucci, N. *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Il Mulino, 1996, p. 83 (es una edición fascimilar del artículo con el mismo título aparecido en la “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, N° 3, 1963, pp. 985-1100).

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> Ídem.

que, no obstante, en esencia, expresaría la unidad histórica del pensamiento positivista, cuya explicación no sería otra que la coincidencia “entre la filosofía analítica, con su mito de la ciencia descriptiva, y el positivismo jurídico, con su certeza del Derecho estatal”<sup>15</sup>.

§4. Visto el contexto en el que se presenta este “ajuste de cuentas” con el positivismo de mayor prestigio en la cultura italiana, como era y sigue siendo el positivismo bobbiano, llama la atención que no haya tenido eco en el entorno en que ocurre. Como es conocido, una crítica similar al positivismo, esta vez al de H.L.A. Hart, desde la academia norteamericana tuvo una suerte distinta, al punto que también los juristas europeos siguieron de cerca el debate *Dworkin – Hart*<sup>16</sup>, olvidando casi por completo el embate que hiciera en la misma dirección y con similares argumentos, contra el positivismo, el profesor de Bolonia algunos años antes que Dworkin.

Una posible explicación a la soledad de Matteucci en esta hazaña puede encontrarse no solo en la presencia fuerte del positivismo en la academia italiana, que contaba en sus filas con nombres de enorme prestigio intelectual como Tarello, Scarpelli y, desde luego, el propio Bobbio, sino también en la resistencia de ciertos sectores del conservadurismo de derecha y de escépticos de la izquierda comunista a la puesta en práctica del modelo constitucional, que veían con cierto recelo. A ello es posible sumar la experiencia constitucional europea, que era ajena a la idea del control constitucional de la legislación.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>16</sup> Me refiero al artículo de Dworkin publicado en 1967 (“El modelo de las normas”, incorporado en su famoso libro, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1<sup>a</sup> edición, 1984), publicado luego de cuatro años de que apareciera el ensayo de Matteucci.

Matteucci constata, por ejemplo, que la instauración de Cortes Constitucionales resulta para el espacio europeo “un instituto anómalo” que no ha sido fácil de asimilar. En extensas notas al pie de página, reconstruye los contrastes y debates suscitados entre juristas que veían a la Corte Constitucional como un nuevo poder extraño que alteraba la imagen tradicional de la división de poderes colocándose “en el mismo nivel” (!!) respecto de los demás. Sin embargo y, pese a esta “anomalía”, le parecía natural que la Corte Constitucional fuera asumida como un poder “superior”, en la medida que actúa como un poder de “ejecución o un custodio de la ley fundamental”<sup>17</sup>. El culto a la soberanía del pueblo, “la cual se desarrolla en armonía con una concepción voluntarista de la ley, tiene una tendencia o un estilo absolutista”<sup>18</sup>, según anota.

§5. Observando, con perspectiva histórica, aquel debate en pleno proceso de implementación de las constituciones de posguerra, como ocurre en el caso italiano, merece la pena tomar nota de las razones de la resistencia a la fórmula del constitucionalismo en Italia: no solo una cultura jurídica que resiste anclada a ciertas concepciones del Derecho que no se acomodan

<sup>17</sup> Es revelador el debate que se resume en la nota al pie 104 (p. 60). Matteucci resume un debate entre A. Tesauro y Piero Calamandrei: el primero sostenía que el Parlamento era la “máxima expresión de la vida del Estado” y que, en consecuencia, la idea de una Corte por encima de los demás poderes “no encontraba ningún fundamento en la vida de la Constitución” y, del otro lado, P. Calamandrei, que dedicó sus últimos años a una batalla contra la clase dirigente italiana, reclamaba contra lo que llamaba “la constitución inactuada”. Matteucci ve en el fondo de estos debates la resistencia en el campo de la teoría del positivismo jurídico que no asumía la transformación del sistema jurídico que se estaba produciendo y que tendría como consecuencia el desplazamiento del modelo descriptivo y avalorativo de la ciencia jurídica.

<sup>18</sup> Cfr. Matteucci, ob. cit. p. 60.

a las nuevas exigencias teóricas y prácticas, sino también, sin duda, el temor a los cambios en las estructuras, esto es, a las consecuencias de un proceso de constitucionalización y a las repercusiones de dicho proceso en la Constitución material.

En la actualidad, el debate sobre los términos ha reemplazado a la cuestión de fondo. Se acusa al *constitucionalismo de los derechos*, que reivindica también Prieto, de poner en riesgo la misma construcción del Estado de Derecho, convirtiéndolo en Estado de justicia o Estado “neojurisdiccional”. Pero es también, en muchos casos, como lo ha recordado Fioravanti reivindicando a Matteucci, una manera de esconder un enfoque reduccionista de los derechos, cuando no, el regreso a la “misma actitud de aproximación hacia el Derecho, hacia su autonomía y su certeza”<sup>19</sup>.

La mirada histórica permite también, por otro lado, una valoración más ecuánime a la hora de ponderar las razones de contexto que generan resistencias diversas a su implementación. Es en su dimensión histórica donde el constitucionalismo puede considerarse un verdadero cambio de paradigma en la forma en que el Estado se reencuentra con la soberanía y asigna un rol siempre relevante a la ley, aun cuando ya no determinante respecto de lo que será el Derecho. Según Fioravanti, esta dimensión histórica se muestra “de una manera admirablemente concisa” en el artículo 6 de la Declaración de Derechos de 1989:

La ley es la expresión de la voluntad general; es decir, o no haces la ley, porque al respecto no puedes expresar la voluntad general, o si haces la ley, esto no puede sino contener la

<sup>19</sup> Cfr. Fioravanti, M. “Costituzionalismo e positivismo giuridico”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/3.pdf>

voluntad general, y por lo tanto, es legítimo por el solo hecho de existir, haber salido a la luz. En resumen, existe una presunción real y absoluta de legitimidad a favor de la ley, dada por su mera existencia. Este es el hilo conductor del positivismo jurídico, en las diferentes formas de la voluntad general de la Revolución y, posteriormente, de la soberanía de la nación o del Estado mismo<sup>20</sup>.

§6. ¿Ha cambiado nuestra concepción en torno al papel de la Ley y su relación con la soberanía del pueblo, también en América Latina? ¿Hemos asumido, en América Latina, el imperio de la Ley con sus beneficios a favor de la igualdad, como lo percibieron los europeos hacia finales del siglo XVIII?

Quizá haya que buscar la fuerza del positivismo durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX en la fuerza del imperio de la ley y su legitimidad social en el caso europeo, de modo que, cuando decae el prestigio de la Ley decaen también sus métodos y sus dogmas teóricos o, en todo caso, estos asumen una suerte de “supervivencia inercial”, como refiere Luis Prieto.

En América Latina, las cosas tendrían que ser diferentes. Primero, porque la Ley no ha logrado, entre nosotros, asumir nunca un papel verdaderamente dirigente en los destinos de nuestras naciones. Uno de los últimos magníficos libros que escribió Carlos Santiago Nino antes de dejarnos trataba precisamente sobre la frustración que generaba, también en el profesor de la Universidad de Buenos Aires, la “anomia boba” en la que, según ponía de manifiesto, nos resistíamos a vivir los países de América Latina. En su diagnóstico, “la democracia requiere la observancia de las normas que han sido sancionadas

---

<sup>20</sup> Fioravanti, ob. cit. p. 5

por la regla de la mayoría luego de un proceso de discusión”<sup>21</sup>, mientras que la anomia que marca nuestro subdesarrollo sería una “deficiencia en la materialización de la democracia”, lo que se expresa en la presencia de “bolsones de autoritarismo en un contexto formalmente democrático”<sup>22</sup>.

La democracia formal se expresa también en el formalismo a la hora de aplicar la ley. La reflexión positivista aquí no radica en la separación del derecho de la moral para impedir, por este medio, la oficialización de alguna moral conservadora que se instale en el poder; por el contrario, el formalismo en la concepción de la ley, exige también una teoría apática que no profundice en las razones de la falta de materialización de la democracia. Quizá por ello, en un contexto cultural con una fuerte presencia de autoritarismo, sin una cultura arraigada de legalidad, haya que hablar de un “positivismo inconsciente” pero funcional al autoritarismo, que se expresa en prácticas formalistas de aplicación de la ley o en la resistencia a los procesos de constitucionalización de la realidad que aún mantiene inexplicables exclusiones en el acceso a derechos básicos de buena parte de la población, principalmente de comunidades originarias que no han visto las ventajas del Estado de Derecho en ninguna de sus manifestaciones<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. Nino, C. S. *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, 2005, p. 252.

<sup>22</sup> Ídem.

<sup>23</sup> En el caso peruano, puede resultar un ejemplo ilustrativo de esta posteridad que la primera Ley que habla de la preservación de las lenguas originarias sea de los años de la última transición hacia la democracia (Ley N° 28106 de noviembre de 2003), la misma que no generó mayores cambios, por lo que se ha dado una nueva Ley en el 2011 que deroga un Decreto Ley que en la época del Gobierno Militar, y no durante la vigencia del Estado de Derecho, estableció el quechua como segunda lengua oficial.

Por ello, las novedades del constitucionalismo en América Latina, en muchos casos, no tienen que ver tanto con la irrupción de una nueva teoría jurídica —quizá porque tampoco se pueda hablar en estricto de alguna “vieja teoría”—, sino más bien con la aparición de cierta actitud de compromiso con los valores que postula el constitucionalismo igualitario. Como lo destaca Luis Prieto, “el constitucionalismo alienta una ciencia jurídica ‘comprometida’ que pone en cuestión la separación entre Derecho y moral”, lo que, leído desde América, supondrá un compromiso con la necesidad de implementar las políticas de la igualdad del constitucionalismo.

El cuestionamiento, en términos políticos, no es tanto al *Estado Legislativo* sino al Estado de injusticia, al Estado de exclusión y a la indiferencia de los actores del Derecho frente a estos reclamos de la realidad. Es en este escenario que el discurso del constitucionalismo de los derechos es en verdad renovador en nuestro contexto, en la medida que, al tiempo que hace titulares de derechos a sectores que nunca antes habían sentido las bondades del Derecho, los convierte también en protagonistas de su propia concreción, poniendo a su alcance los mecanismos de protección directa, como el proceso de amparo o el hábeas corpus, y los demás mecanismos, como el proceso de control constitucional, que con sus diferentes manifestaciones empodera a nuevos actores en la vida pública latinoamericana.

De más está decir que el constitucionalismo, así entendido, genera, en términos prácticos, un redimensionamiento en las expectativas respecto del papel del juez, otrora visto también

---

Cfr. Ley N° 29735, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 05 de julio de 2011.

entre nosotros con recelo y distancia por su vocación formalista y su identificación conservadora y poco proclive al cambio de estructuras. Es meridiano suponer que, si las esperanzas están puestas en el juez, tarde o temprano el modelo terminaría por explotar en los estrados de la justicia. Sin embargo, vistos los primeros resultados, no se puede ser tan pesimista. Producto de una serie de variables y factores, entre ellos, la conformación informal de una suerte de red judicial internacional, la comunidad de juristas, seminarios y foros han generado un soporte inesperado a los posibles embates contra las decisiones transformadoras de la justicia constitucional a lo largo de los países de América Latina. El modelo constitucional ha dado pasos agigantados y sus resultados se presentan alentadores en busca de una teoría que le dé sustento y logre presentarla, también entre nosotros, como un modelo posible.

§7. Este pequeño libro supone un invaluable argumento que, entre líneas, nos muestra las promesas y también los riesgos de asumir en serio el modelo constitucional. Si bien el contexto en el que se desarrolla la argumentación del profesor Prieto es el de la Europa de la posguerra y los procesos de implementación que se han dado en los últimos años en el continente, se trata de lecciones de la historia que deben ser analizadas y tomadas en cuenta por quienes llegamos tarde al proceso de implementación del programa constitucional.

Quizá en cuanto técnica normativa, el descubrimiento más relevante del constitucionalismo es que se trata de un modelo de Derecho basado en principios más que en reglas. No es que los principios no existieran antes, sino que más bien aparecían como enunciados demasiado riesgosos para la tradición civilista o, incluso, para los cultores del Derecho público europeo, como lo pone de manifiesto con abundantes citas Luis Prieto.

Pero ¿cuál es el problema con los principios? ¿Realmente es su ambigüedad, su exceso de retórica, el temor al partidismo en la discreción de los jueces, o es, más bien, como dice nuestro autor, “el difícil acomodo” de los esquemas tradicionales “heredados del positivismo”?

Señala Prieto que “el triunfo indiscutible de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica”<sup>24</sup>, quizás no para pensar en una nueva estructura, sino más bien en nuevas estrategias para su real comprensión e implementación. Frente al propalado temor de quienes ven en los principios una zona gris que pareciera auspiciar un activismo irresponsable y temerario por parte de los jueces, Prieto cree que se trata más bien de la invitación a un ejercicio más racional del poder: “hablar de principios equivale a hablar de argumentación jurídica (...) y ambas cosas pueden considerarse una fuerza limitadora de la discrecionalidad”<sup>25</sup>. Esto sería así en la medida que “cuando la decisión no puede explicarse en términos lógicos, no se abre paso la pura arbitrariedad, sino que comienza la actividad racional de justificación”<sup>26</sup>.

De modo que, aunque se trate de un argumento elaborado por quien se ha mantenido firme en la defensa de lo que aquí ha llamado “positivismo constitucional”, al final, es también la defensa “bajo su mejor luz” de un constitucionalismo prudente y razonablemente defendido y practicado.

Lima, junio de 2018.

<sup>24</sup> En la presente publicación, p. 54.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 68.