

Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo
Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista de derecho
Law Review



Nro. 8

Julio - Diciembre 2012



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. IV	Nro. 8	PP. 10-163	Julio – Diciembre	2012	ISSN 2145-6054
---	-------------------------	---------	--------	------------	----------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen IV Ejemplar No. 8 Julio – Diciembre 2012

ISSN: 2145-6054
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA
Rector

EDGAR PARRA CHACÓN
Vice Rector Académico

ROBINSON MENA ROBLES
Vice Rector Administrativo

JESÚS OLIVERO VERBEL
Vice Rector de Investigaciones

MARLY MARDINI LLAMAS
Secretaria General

La revista jurídica Mario Alario D' Filippo es una publicación de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Cartagena (Colombia)

Objetivo

Obedece a una publicación seriada de carácter semestral, donde se recogen productos de los procesos investigativos adelantados en la Universidad de Cartagena, así como los de la comunidad académica nacional e internacional.

Cobertura Temática

Recibe contribuciones asociadas con investigaciones de carácter jurídico, iusfilosófico y sociojurídico. Las personas interesadas en publicar deberán acogerse a las reglas y requisitos de forma establecidos por el comité editorial y científico.

Público al que se dirige

Está dirigida principalmente a estudiosos y/o profesionales formados en áreas afines a las Ciencias Jurídicas (Estudiantes de Derecho, Abogados, Jueces, Fiscales, etc.); así como aquellas personas relacionadas con las ciencias Sociales y las Ciencias Humanas (politólogos, sociólogos, antropólogos, filósofos, licenciados en historia, etc.).

Periodicidad

Semestral

Decano y Director de la Revista

Josefina Quintero Lyons

Vicedecano y editor

Yezid Carrillo de la Rosa

Coordinador editorial

Miguel Antonio Morón Campos

Asistente editorial

Verónica Álvarez

Comité editorial

Gilberto Tobón Sanín
Universidad Nacional de Colombia
Rodolfo Arango Rivadeneira
Universidad de Los Andes
Juan David Posada Segura
Universidad de Antioquia
Gabriel Méndez Hincapié
Universidad de Caldas
Roberto Uriarte Torrealday
Universidad del País Vasco
Josefina Quintero Lyons
Universidad de Cartagena
Edgardo Gonzales Herazo
Universidad de Cartagena
Jorge Pallares Bossa
Universidad de Cartagena

Comité científico

Roberto Viciano
Universidad de Valencia
Víctor Manuel Moncayo
Universidad Nacional de Colombia
Xavier Díez de Urduyía
Universidad Autónoma de Coahuila
Andrés Botero Bernal
Universidad de Medellín
Rafaela Ester Sayas Buelvas
Universidad de Cartagena
Tatiana Díaz Ricardo
Universidad de Cartagena

Editorial

Universidad de Cartagena

Jefe de publicaciones

Freddy Badrán

Corrección de estilo

Fernando Yopazá

Diseño de carátula y diagramación

Jaime A. Reyes

Número de ejemplares 300

Depósito Legal Para sus contribuciones o canjes dirigirse a: Dirección: Cartagena de Indias, Centro, Calle de la Universidad Cr. 6 No. 36-100. Claustro San Agustín (Facultad de Derecho, 2do. piso)

Página web <http://www.unicartagena.edu.co>

Correo electrónico rmarioalario@unicartagena.edu.co

© Derechos reservados

ÍNDICE

	Página
DERECHO PÚBLICO	8
DESPLAZAMIENTO Y TIERRAS: APROXIMACIÓN AL DESPOJO Y RESTITUCIÓN EN EL MUNICIPIO DEL CARMEN DE BOLÍVAR <i>Displacement and land approximation dispossession and restitution in the town of Carmen de Bolívar</i> Cristina María Rivillas Jiménez Rafaela Sayas Contreras	10
LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CAUSADOS POR ALGUNAS DE LAS MODIFICACIONES TÁCITAS QUE LE INTRODUJO LA LEY 1564 DE 2012 A LA LEY 1437 DE 2011 <i>Limits caused by the exercise right of access to justice administration of some of the unspoken introduced amendments to the law 1564 of 2012 to the law 1437 of 2 011</i> Josefina Quintero Lyon Fabio Cerpa Guarín Angélica Navarro Monterroza	22
DERECHO PRIVADO	36
OPCIONES JURÍDICAMENTE VIABLES PARA LA PERMISIÓN DEL COMERCIO DE COMPONENTES HUMANOS <i>Legally viable options for enabling trade of human components</i> Gustavo Adolfo García Arango	37
DERECHO PENAL	52
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES <i>Criminal responsibility of legal persons</i> Alcides Morales	53
DERECHO INTERNACIONAL	80
DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA ENCLAVA UN ARCHIPIÉLAGO DE ESTADO <i>Decision of the International Court of Justice locks an archipelago of State</i> Oscar Manuel Ariza Orozco	81

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA	99
METAÉTICA Y DERECHO. APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPALES DEBATES EN LA TEORÍA MORAL CONTEMPORÁNEA <i>Meta-ethics and law. Approach to the main debates in contemporary moral theory</i> Yezid Carrillo De La Rosa Lisseth Reyes Carrillo	100
LA CONCEPCIÓN DE PRINCIPIO EN ALEXY Y ZAGREBELSKY: UN ANÁLISIS COMPARATIVO <i>The conception of principle in Alexy and Zagrebelsky: a comparative analysis</i> Yucelis Patricia Garrido Ochoa	113
EL PRINCIPIALISMO COMO ESPÍRITU DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL. UNA APROXIMACIÓN A LA OBRA IUSFILOSÓFICA DE RONALD DWORKIN <i>The principlism like a spirit of the neoconstitutional theory. An approach to the work of Ronald Dworkin iusfilosofica</i> Daniel E. Flórez Muñoz	125
LA INVENCION DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO. ESBOZOS PARA UNA LECTURA CRÍTICA DESDE LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL CASTIGO <i>The invention of criminological positivism. Sketches for a critical reading from the political economy of punishment</i> Miguel Antonio Morón Campos	145
INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS	160

LA CONCEPCIÓN DE PRINCIPIO EN ALEXY Y ZAGREBELSKY: UN ANÁLISIS COMPARATIVO*

*The conception of principle in Alexy and Zagrebelsky:
a comparative analysis**

Yucelis Patricia Garrido Ochoa**

Fecha de Recepción: 28 de julio del 2012

Fecha de Aceptación: 13 de septiembre del 2012

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Metodología; 3. La noción de principio en Alexy; 4. La concepción de principios en Zagrebelsky; 5. Diferencias y similitudes en la concepción de los principios de Alexy y Zagrebelsky; 6. Los principios en el contexto colombiano; 7. Conclusiones; 8. Referencias bibliográficas.

* Artículo derivado del Proyecto "Derecho y Principio", adscrito a la línea Derecho y Sociedad del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco - Cartagena. La Investigación Inició en junio de 2011 y finalizó en marzo de 2012.

** GARRIDO, Yucelis abogada, Maestranda en DERECHO, cohorte Solón, Universidad de Medellín en convenio con Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. Docente de Sociología Jurídica en la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en convenio con la Universidad de Medellín. Docente investigadora del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena en Convenio con la Universidad de Medellín, categoría C en Colciencias. ygarrido@tecnologicoscomfenalco.edu.co.

REFERENCIA

Garrido Ochoa, Y. P. (2012). La concepción de principio en Alexy y Zagrebelsky: Un análisis comparativo. (Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*, IV (8), 113-124.

RESUMEN

Se pretende en este trabajo realizar una aproximación a la noción de principio construida por dos grandes teóricos del Derecho; me refiero a Robert Alexy, filósofo Alemán y al Italiano Gustavo Zagrebelsky, propiciando metodológicamente para la construcción del concepto un análisis documental de textos en los que los autores han desarrollado sus teorías y consecuentemente una comparación que implica destacar los puntos de encuentro y desencuentro de los autores. Para ello inicialmente intentaremos reseñar la teoría de los principios propuesta por Alexy, luego abordaremos la concepción de los principios que propone Zagrebelsky, para finalmente comparar una concepción y otra.

PALABRAS CLAVE

Principios, reglas, normas, concepción, comparación.

ABSTRACT

It is intended in this paper an approach to the notion of principle, built by two great theorists of law, I am referring to Robert Alexy, German philosopher, and the Italian Gustavo Zagrebelsky, promoting methodologically for the construction of concept documentary analysis of texts in which the authors have developed their theories and consequently a comparison involving highlight points and divergence of the authors. Therefore, initially we will attempt to review the theory of principles proposed by Alexy, later on we will board the understanding of principles proposed by Zagrebelsky, to finally compare one conception with the another.

KEYWORDS

Principles, rules, standards, design, comparison.

1. INTRODUCCIÓN

El presente texto aborda la teoría de los principios desde las construcciones teóricas realizadas por el profesor alemán Robert Alexy en su texto “El concepto y la validez del derecho”, y por el profesor Italiano Gustavo Zagrebelsky en su obra denominada “El derecho dúctil”, evidenciando las similitudes y diferencias entre ambas teorías, para así generar con una perspectiva crítica y denotar que a pesar de pertenecer a la misma corriente neoconstitucional existen puntos de desencuentros entre los mismos. Posteriormente, se apelará a los renovados postulados del constitucionalismo y esencialmente a la noción de principios que ha sido promulgada por la Corte Constitucional, con el objetivo de aterrizar la noción de principio en el ordenamiento Jurídico Colombiano.

2. METODOLOGÍA

La reflexión teórica presentada en este artículo, es un avance de investigación del proyecto de investigación sobre “Derecho y Principios” del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, enmarco en la línea Derecho y Sociedad; el cual pretende responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es la Noción que de principio ha sido construida a partir de los postulados teóricos y filosóficos en Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky?”.

El proyecto de investigación tiene un enfoque cualitativo, de tipo dogmático y documental, siendo su eje central el análisis de la categoría de principio desarrollados por los autores antes mencionados. Para su elaboración se realizará un acercamiento exploratorio sobre las categorías centrales de la investigación, las cuales son: Principio y reglas.

3. LA NOCIÓN DE PRINCIPIO EN ALEXY

A diferencia de lo que propuso el positivismo hasta Hart, Alexy diferencia dos tipos de normas: reglas y principios. La tesis suave sostendría que estos dos tipos de normas se diferencian, porque los principios tienen mayor grado de generalidad que las reglas. La tesis fuerte, que es la acogida por Alexy, supondría que el criterio es cualitativo antes que cuantitativo. Según esta concepción los principios son mandatos de optimización, normas que ordenan se realice algo en la mayor medida fáctica y Jurídicamente posible. Se caracterizan por eso, porque pueden ser cumplidos en diversos grados, pues su cumplimiento depende de sus posibilidades fácticas y jurídicas cuyo campo está determinado por otras reglas y otros principios opuestos (Alexy, 2002: 29, 13 y 1997: 162)

Esta distinción entre reglas y principios tiene consecuencias importantes para la aplicación y justificación de los derechos. Así, mientras las reglas son aplicables en la forma de todo o nada, los principios no; en la regla exigen un cumplimiento pleno y por ello pueden ser solo cumplidas o no cumplidas: si se da un supuesto de hecho y la regla se considera válida se aplica, de lo contrario no se aplica, los principios no determinan la decisión de esta forma; estos exigen ponderación (Alexy, 1997: 162 y 2002: 30-32).

Los principios se asemejan a los valores por lo que una coalición de principios puede ser vista como una coalición de valores la diferencia estriba en que, por una parte, en la coalición de principios se

trata de lo que es debido de manera definitiva y en la de valores de lo que es definitivamente mejor (Alexy, 2002: 14) y, por otra, que los principios tienen carácter deontológico, mientras que los valores *status* axiológico (Alexy, 1997: 164). No obstante, es preferible hablar de principios que de valores especialmente por los problemas ontológicos que conllevan la noción de valores, especialmente en lo relativo a la existencia “objetiva” de los mismos (Alexy, 1997, 165).

Las reglas, a diferencia de los principios, se caracterizarían por ser mandatos o derechos definitivos y porque dadas determinadas condiciones ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Los derechos otorgados por las reglas se aplican por medio de la subsunción, no obstante, cuando existe vaguedad, ambigüedad o lagunas, la aplicación de los derechos definitivos (reglas) no sea tan clara y exige apelar a criterios extra-jurídico (Alexy, 2007: 166). El reconocimiento de las lagunas en el sistema jurídico no muestra que el sistema de reglas sea irracional, pero muestra sus limitaciones respecto de la racionalidad práctica, en la medida en que esta se reduce al postulado de seguridad (Alexy, 1997: 167). Pero cuando el sistema jurídico incluye derechos que se fundan en principios (derechos fundamentales) la situación cambia (Alexy, 2002, 33-34). Tal es el caso alemán y colombiano que permiten su aplicación directa, trayendo como consecuencia que la aplicación de cualquier regla envuelve derechos fundamentales (Alexy, 2002: 34-35).

Para Alexy, la idea de principios introduce en la práctica del razonamiento jurídico la noción de ponderación y balanceo y si bien para algunos se trata de una forma de encubrir intuiciones o preferencias personales, se trata más bien de un procedimiento racional. De lo anterior puede inferirse que los sistemas jurídicos que incluyen derechos fundamentales se fundamentan en principios que exigen el uso de un discurso racional de argumentación que se orienta por la noción de ponderación, y que una racional de argumentación jurídica (Alexy, 2002: 39).

Esta distinción entre reglas y principios tiene consecuencias importantes para la aplicación y justificación de los derechos, especialmente cuando surgen colisiones de principios y conflictos entre reglas (Alexy, 2002: 87). Los conflictos entre reglas se solucionan o introduciendo una cláusula de excepción que permita superar el conflicto o declarando inválida una de las reglas, pues las reglas son válidas de manera excluyente. “Una norma vale o no vale jurídicamente” (Alexy, 2002: 88). Las colisiones entre principios no pueden solucionarse de esta manera. Cuando un principio choca con otro uno de los dos tiene que ceder, en este caso el que tenga más peso que el otro, pero de ello no se sigue que debe ser declarado inválido el principio de fue desplazado (Alexy, 2002: 89). La solución de las colisiones entre principios debe tener en cuenta (a) que la solución que se provea esta determinada por las características específicas del caso, de suerte que según las circunstancias se puede establecer una relación de precedencia condicionada, pero puede suceder que bajo otras condiciones la precedencia se invierta (Alexy, 2002: 92) y (b) como resultado de una ponderación correcta puede formularse una norma de derecho fundamental “adscrita” que tiene el carácter de regla bajo la cual puede ser subsumida el caso (Alexy, 2002: 98).

Las reglas y los principios también se diferencian por el carácter *prima facie*. Los principios no contienen mandatos definitivos, ordena que algo deba realizarse en la mayor medida posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas. Contienen razones que pueden ser desplazadas por otras

razones y carecen de contenido de determinación en relación con los principios contrapuestos. Las reglas, por el contrario, son aplicables en la forma de todo o nada, exigen un cumplimiento pleno y por ello pueden ser solo cumplidas o no cumplidas: si se da un supuesto de hecho y la regla se considera válida se aplica, de lo contrario no se aplica, los principios no determinan la decisión de esta forma; estos exigen ponderación (Alexy, 2002a: 30-32).

Tres son las objeciones que se proponen al modelo del sistema jurídico que incluye reglas y principios: la objeción sustancial, que considera que una teoría de los principios conduce a la destrucción de la libertad y a la dictadura de los valores; la objeción competencial, que objeta el desplazamiento de poder que la teoría hace del parlamento a los jueces; finalmente la objeción metodológico que sostiene la irrelevancia de los principios en relación a la solución de los casos, pues siempre es posible proponer un argumento jurídico apoyado en ellos con lo que el sistema siempre permite fundamentar una proposición normativa pero no solucionar de manera definitiva un caso (Alexy, 1997: 168-170).

Como habíamos señalado anteriormente, los principios pueden asimilarse a los valores, por tanto, así como no es posible establecer un orden jerárquico o de prioridad entre los valores tampoco es posible en el ámbito de los principios. Sin embargo, Alexy propone un orden débil que a juicio comprende tres elementos: (a) *condiciones de precedencia*, que sostiene que es posible que una solución dada para un caso concreto sometido a ponderación, pueda determinar una relación de prioridad que sirva de marco para nuevas ponderaciones; (b) *estructuras de ponderación*, según la cual es necesaria una realización lo más completamente posible de un principio en relación con sus posibilidades fácticas (principio de proporcionalidad) y (c) *precedencia prima facie*, que establece cargas de la argumentación (Alexy, 1997: 171-172).

4. LA CONCEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN ZAGREBLESKY

Zagrebelsky también distingue entre reglas y principios en el derecho y dicha distinción resulta importante para distinguir la ley en relación con los derechos y la justicia, pues las normas legislativas se identificarían con las reglas mientras que los principios con las normas constitucionales (Zagrebelsky, 1997: 109), de allí que sostenga que: “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la Ley”. (Zagrebelsky, 1997:110). El siguiente cuadro puede resultar ilustrativo para comprender la distinción que propone Zagrebelsky entre reglas y principios:

PRINCIPIOS	REGLAS
Otorga rasgo constitucional a los principios. (Zagreblesky, 1997: 110)	Expresa que aunque estén escritas en la constitución, no son más que leyes reforzadas. (Zagreblesky, 1997: 110)
Es tan evidente su significado lingüístico que hay poco que interpretar. Más que interpretadas atreves del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su Ethos (Giaformaggio citado por Zagrebelsky, 1997: 110)	Las reglas se interpretan a través de los métodos de las ciencias jurídicas, tiene por objeto el lenguaje del legislador. (Zagreblesky, 1997: 110)
<p>“Se presta adhesión” y por ello es importante comprender el mundo de los valores, la cultura jurídica de la que forman parte. (Zagreblesky, 1997: 110) el caso concreto es el escenario de los principios, ya que carecen de supuesto de hecho y de consecuencia.</p> <p>Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen como debemos, no debemos actuar en determinadas situaciones (Zagreblesky, 1997:110)</p>	<p>“Se obedecen” por eso Es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de Las formulaciones que contienen las reglas. (Zagreblesky, 1997:110)</p> <p>Los principios nos proporcionan criterios para tomar una decisión ante situaciones concretas, pero que a priori aparecen indeterminadas (Zagreblesky, 1997: 110)</p>
El derecho por principios desconoce la subsunción, el silogismo y promueve la ponderación.	

Los defensores del Estado de Derecho legislativo y del positivismo jurídico insistieron en diferenciar principios constitucionales y normas jurídicas, siendo solo estas últimas las pautas que los jueces deben considerar en la actividad judicial y aplicar mediante la subsunción, que presupone una operaciones silogístico- deductiva en la que se subsume el supuesto de hecho en el caso. Al carecer los principios constitucionales de supuesto de hecho no podían ser sometidos a la lógica deductiva y por tanto, no podían utilizarse en la resolución de los casos, esto es, no se podían aplicar. Por tanto se desconoce el carácter normativo –jurídico de los principios reconociéndole únicamente una dimensión política.

De lo anterior se colige que el Derecho entendido desde la perspectiva de las reglas es propio de la tradición positivista y que el derecho por principios, es propio de un Estado Constitucional contemporáneo (Zagrebelski, 1997: 112). Cabe preguntarse entonces sí, ¿la defensa del derecho por principios será, una concepción abanderada por el derecho natural? La respuesta que en

principio propone Zagrebelsky es que a pesar que la constitución trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La constitución es una creación humana, política y no el reflejo de un orden natural, por ello la separación de los derechos y de la justicia, respecto de la ley, no coloca a los primeros en un orden objetivo, como lo supondría una fundamentación iusnaturalista (Zagrebelsky, 1997: 114).

Para los iusnaturalistas, los principios contenidos en los textos constitucionales y las constituciones democráticas mismas reflejan un orden natural (Zagrebelsky, 1997: 115). Para Zagrebelsky la Constitución no puede identificarse con un derecho natural; es una manifestación del derecho positivo, aunque consiente que la relación entre ley y constitución se aproxima a la relación entre la ley y el derecho natural, y que el modo de argumentación constitucional se asemeja al modo de argumentar en “derecho natural” (Zagrebelsky, 1997: 116).

Para Zagrebelsky existe cierta correspondencia entre el derecho natural y el derecho constitucional, primero en relación a la positivización en el ordenamiento jurídico de los contenidos morales que son compartidos por los derechos naturales de manera contingente e histórica, pues estos en el futuro podrían ser sustituidos por elaboraciones materiales diferentes. Cuando se habla de que el primero se acerca al segundo a través de los principios constitucionales, lo que se quiere poner de manifiesto es, por el contrario, una semejanza funcional no contingente que hace referencia al modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho (Zagrebelsky, 1997: 116 – 117).

Para el positivismo tradicional los principios desempeñan una función supletoria, integrativa y correctiva de las reglas de derecho y operarían cuando no existieran normas que pudieran aplicarse a la situación (Zagrebelsky, 1997: 117), pero la visión de los principios en el Estado Constitucional le otorga a estos fuerza vinculante y se diferencia de las reglas porque no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, sino una “toma de posición” conforme con su sentido, o lo que Zagrebelsky ha convergido en llamar “ethos” (Zagrebelsky 1997: 118).

Una importante consecuencia de la concepción de Zagrebelsky es que concibe a la ciencia del derecho como una ciencia práctica, no simplemente analítica como lo sostuvo el positivismo tradicional que separa creación del derecho (política) y conocimiento jurídico (ciencia jurídica) cuyo propósito es el conocimiento a lo sumo de la voluntad trascrita en las normas. Zagrebelsky distingue entre ciencias teoréticas y prácticas. Se consideran teoréticas aquellas en las que el hombre se pone en relación con el mundo que no cambia ni es cambiante al interés humano (así son las ciencias de la naturaleza y las ciencias de lo divino). Por el contrario, se consideran prácticas aquellas que tiene como ámbito material lo que, pudiendo ser de un modo de otro, está comprendido en el radio de influencia de la acción humana. El objetivo de las ciencias teoréticas es el conocimiento, de las ciencias prácticas, la acción. La razón final de las ciencias teoréticas es poner a la razón en contacto con la verdad; de las ciencias prácticas, ponerla en contacto con el actuar (Zagrebelsky, 1997: 120).

Las anteriores distinciones son extrañas al pensamiento positivista quienes separan taxativamente la ciencia y praxis, en términos de voluntad (creación) y la razón (conocimiento). Para los positivistas, la ciencia no tiene nada que ver con la voluntad, por ello no puede tener un carácter práctico de allí que sostenga que: “o es ciencia y entonces, al no tener nada que ver con la voluntad, no es práctica; o es voluntad y entonces, al no tener nada que ver con la razón, no es ciencia”. (Zagreblesky, 1997:121). El anterior argumento se articula al papel que Zagrebelsky le otorga a la razón en el derecho y que parte de la relación indisoluble entre principios y realidad, de allí que no basta con una validez lógica sino también se requiere de una validez práctica (Zagreblesky, 1997: 122). Finalmente Zagrebelsky sostiene que los principios deben ser pensados hoy desde el pluralismo cultural, desde un relativismo que hace imposible formalizarlos o jerarquizarlos, de allí que se justifique la ponderación (Zagreblesky, 1997: 125).

5. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES EN LA CONCEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ALEXY Y ZAGREBELSKY

Alexy defiende abiertamente una concepción de los principios anti-positivistas mientras que la concepción de Zagreblesky se torna lusnaturalista moderado. Como consecuencia de ello para Alexy existen contenidos de justicia que si se suprimen desnaturalizarían la noción de Constitución y de sistema jurídico tal y como lo entendemos hoy, no así para Zagrebelsky quien sostiene que es posible que el contenido de los principios constitucionales a futuro pueda cambiar dependiendo de las contingencias políticas.

Zagreblesky, niega la jerarquización de los valores contenidos en los principios, con el propósito de evitar que el principio de mayor relevancia elimine a uno de menor. La inexistencia de una jerarquía de principios y la pluralidad de los mismos según él justifica la ponderación (Zagreblesky, 1997:125). Para el autor, la coexistencia de principios exige que no tengan el carácter de absolutos, pues esto evita la supremacía de unos sobre otro. Por lo demás es propio de los principios y de los valores su capacidad de relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. (Zagrebelsky, 1997: 125). Alexy no comparte la jerarquización de los principios, su teoría al respecto se muestra más fuerte que suave, estable que así como no es posible establecer un orden jerárquico o de prioridad entre los valores tampoco es posible en el ámbito de los principios, sin embargo, Alexy propone un orden débil que a juicio comprende tres elementos: (a) *condiciones de precedencia*, (b) *estructuras de ponderación*, (c) *precedencia prima facie*. (Alexy, 1997: 171-172).

Alexy y Zagrebelsky tienen muchos puntos de contacto: (1) Los dos consideran que una concepción del Derecho no se debe agotar en la visión positivista, legalista, de que este es solo norma – tanto para Alexy como para Zagrebelsky, el Derecho es además de reglas, principios. (2) Ambos autores reivindican el carácter práctico del derecho y por consiguiente el carácter práctico del discurso (ciencia) y la argumentación jurídica con fuerte presencia de valores. (3) También reconocen ambos las limitaciones de la lógica formal (subsunción) en la aplicación del derecho y por ello la necesidad de apelar a la ponderación que presupone la razón práctica y el razonamiento dialéctico. (4) Los dos reivindican la superación del estado legalista y el paso al estado constitucional. (5) La inclusión de la moral en el derecho aunque Zagrebelsky como algo contingente, mientras que Alexy como algo necesario.

6. LOS PRINCIPIOS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

La visión de Estado construida desde la perspectiva de la Constitución de 1991, señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de los principios de: dignidad humana, pluralidad, igualdad, trabajo y solidaridad; esta visión implica que la Constitución colombiana adquiere sentido y razón de ser en la puesta en práctica y aplicación de los derechos y principios inscritos en su parte dogmática, el tránsito al estado social de derecho implicó que el derecho deja de estar centrado en la ley y pasa a estarlo en la Constitución convirtiéndose en la norma suprema del ordenamiento jurídico,¹ vinculando a todos los jueces y tribunales, quienes serán los encargados de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales.

La Constitución y la jurisprudencia colombiana hoy reconoce bajo una perspectiva de fuentes coordinadas que los principios son verdaderas normas jurídicas, hoy los problemas que se elevan al derecho no pueden resolverse bajo el viejo enfoque legalista, sino que por el contrario debe apelarse a los renovados postulados del constitucionalismo y esencialmente a la noción de principios que ha sido promulgada por la Corte Constitucional, tal como lo manifestó en la sentencia T 406 de 1992: “Los principios constitucionales son la base axiológico – jurídica sobre la cual se constituye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios”.

El juez constitucional es sin duda el principal dinamizador de los principios inscritos en la parte dogmática de la constitución. Es obligación del juez aplicar bajo un sistema coordinado de fuentes los valores,² directrices, principios³ y derechos fundamentales que se encuentran en la constitución política y con base en ello responder a las demandas sociales y complejas situaciones que la realidad presenta al derecho.

La Corte en la sentencia C-083-95 distingue entre principios generales de derecho intra-sistemáticos (“reglas generales de derecho”), de los principios generales de derecho extra-sistemáticos. Los primeros surgen del propio sistema de reglas positivas y se aplica a casos o situaciones no previstas explícitamente pero que se entienden que implícitamente se encontraban

¹ En palabras de Estrada Vélez, la implementación del modelo de estado social, constitucional y democrático de derecho representa un conjunto de transformaciones políticas, económicas y culturales; ha señalado que bajo el nuevo modelo de estado los principios se erigen como los principales paradigmas normativos, así como lo fue la ley en el Estado liberal de Derecho (Estrada, Sergio. La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad o el uso legítimo de la discrecionalidad).

² Alexy diferencia principios de valores, ha señalado que los principios tienen carácter deontológico, mientras que los valores *status* axiológico. No obstante, es preferible hablar de principios que de valores especialmente por los problemas ontológicos que conllevan la noción de valores, especialmente en lo relativo a la existencia “objetiva” de los mismos. (ALEXY, R. Derecho y razón práctica. México: Ediciones distribuciones Fontamara. 2002. Páginas 164, 165).

³ Para Alexy, los principios son mandatos de optimización, normas jurídica que ordenan se realice algo en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Se caracterizan por eso, porque pueden ser cumplidos en diversos grados, pues su cumplimiento depende de sus posibilidades fácticas y jurídicas cuyo campo está determinado por otras reglas y otros principios opuestos (ALEXY, R. Derecho y razón

contempladas. En este evento se considera que lo que se está aplicando es una regla positiva y no un derecho de creación judicial que es compatible con la constitución, en consecuencia, si un juez colombiano hace uso de los principios o regla generales de derecho intra-sistemáticos lo que está aplicando es derecho positivo válido.

La situación es totalmente diferente con los denominados principios generales del derecho extra-sistemáticos que no hallan un fundamento en nuestra legislación implícito o explícitamente. Si un juez hace uso de estos puede entenderse muy posiblemente que está actuando por fuera de sus competencias constitucionales y legales. La pregunta es entonces como saber cuando estamos o no en presencia de un principio válido. El test que permite establecer si una "regla general de derecho" o "principio" es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, esto es, si es o no identificable como derecho de conformidad con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento. (Sentencia C-083-95),

La jurisprudencia también ha distinguido entre principios generales del derecho y principios y valores constitucionales. Mientras los primeros constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial, los segundos tienen fuerza vinculante de rango constitucional por disposición explícita de la Constitución. Pero la jurisprudencia a su vez ha diferenciado entre valores y principios constitucionales. Los valores se caracterizan porque prescriben fines, en contraposición a los principios que establecen mandatos mucho más delimitados y de aplicación inmediata (Sentencia T-406 de 1992). La jurisprudencia además ha distinguido estos valores y principios constitucionales de otras pautas normativas como las reglas, que como lo señala la propia Corte varían en grado de vinculación y eficacia, pues mientras las reglas constituyen normas que ordenan algo de manera definitiva los principios constituyen mandatos de optimización (C-713-08), pero además porque "...mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden a la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica (T-406 de 1992).

Esta distinción entre reglas y principios es importante debido a los conflictos que pueden generar ellas cuando chocan con los principios, pues puede suceder el caso de que se realice una interpretación razonable de una regla, que puede ser incompatible con los principios que sustentan la regla. Como puede observarse, no se está en presencia de una interpretación ilegal pero que choca con un determinado principio o principios que fundamentan a la misma regla. En este caso ha sostenido la Corte, puede equipararse a un fraude al derecho por cuanto se hacen derivar de la regla un fin o resultado no querido por el ordenamiento (Sentencia SU-1122-01).

7. CONCLUSIONES

Tanto Alexy como Zagrebelsky coinciden en reconocer diferencias entre reglas y principios. Nos dice *Alexy* (1997) al inicio de su obra que "la distinción entre reglas y principios constituye la base de mi argumento a favor de un constitucionalismo moderado", mientras que *Zagrebelsky* (2007) también al inicio del capítulo escogido nos dice: "la literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una

demostración elocuente no solo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente”. Las anteriores son solo demostraciones del reconocimiento inicial de los autores en relación con las diferencias entre reglas y principios, es decir, se pretende solo hacer énfasis en el hecho de que ambos autores coinciden en reconocer que existen diferencias entre el concepto de regla y de principios.

Si bien es cierto que ambos autores coinciden en decir que reglas y principios son diferentes, anotado en la similitud anterior, paradójicamente llama ahora la atención que ambos definen las reglas y principios como normas, aunque ambas definiciones ponen de presente varias diferencias entre ambos conceptos.

Para Zagrebelsky (2007) la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto.

En cambio Alexy manifiesta: “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios se definen son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.

Así las cosas, luego de realizar un análisis de los principales argumentos de la teoría de los principios según Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, en forma comparativa, y haber obtenido nueve similitudes y tres diferencias, haciéndose siempre énfasis en el señalamiento y denominación de un CRITERIO-ya similar o ya diferenciador-, es entendible concluir que desde diferentes perspectivas los dos autores escogidos generan una mirada con igualdad de enfoques, toda vez, que ambos reconocen que no es suficiente un ordenamiento jurídico de solo reglas, sino que es necesario la inclusión de principios en dicho ordenamiento para asegurar un modelo completo y de esta manera poder hacer un paso necesario de un Estado de derecho(de reglas) a un Estado constitucional contemporáneo.

Ambos reconocen que no es suficiente un ordenamiento jurídico de solo reglas, sino que es necesario la inclusión de principios en dicho ordenamiento para asegurar un modelo completo y de esta manera poder hacer un paso necesario de un Estado de derecho (de reglas) a un Estado constitucional contemporáneo.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. (2002): "Derecho y razón práctica". México: Ediciones distribuciones Fontamara.

ALEXY, R. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: Editorial CEPC.

ZAGREBELSKY, G. (2007): "*El derecho dúctil*". Madrid: Trotta, 2009.

Corte Constitucional, sentencia T 406 de 1992 M. P: República de Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia C-083-95 M. P: República de Colombia.

Corte Constitucional, sentencia C-713-08 M. P: República de Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia SU-1122-01 M. P: República de Colombia.