

Percepción de dos miradas

CON IGUAL ENFOQUE Y DIFERENTES PERSPECTIVAS, DESDE ALEXY Y ZAGREBELSKY*

Perception with looks like two

DIFFERENT APPROACH AND PROSPECTS, SINCE ALEXY AND ZAGREBELSKY

RESUMEN

Se pretende en el presente artículo, una aproximación a la teoría de los principios desde la revisión de dos grandes exponentes del Neoconstitucionalismo, los profesores Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, específicamente haciendo un abordaje de las similitudes y diferencias planteadas, en sus respectivos planteamientos teóricos.

Es necesario reconocer desde el inicio, que los autores antes citados han sido considerados por varios autores como exponentes del Neoconstitucionalismo, lo cual se configura en la primera coincidencia, y en el principal objetivo de este artículo, como lo es, el evidenciar al lector las similitudes y diferencias entre sus teorías de tal manera que a medida que avancemos en esta comparación se aprecie la solidez de las construcciones teóricas de cada uno de ellos, para que en concepto del lector se juzgue anticipadamente cuál de los dos autores será posiblemente escogido por la historia como el máximo representante de esta corriente.

Palabras clave: Principios, Reglas, Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The aim in this article, an approach to the theory of principles from the review of two great exponents of neoconstitutionalism, the teachers and Gustavo Zagrebelsky Robert Alexy, specifically by an approach to the similarities and differences raised by these, in their theoretical approaches.

It must be recognized from the outset that the authors mentioned, have been considered by several authors as exponents of neoconstitutionalism, which is set in the first match between the two authors, and the main objective of this article as it is, the evidence the reader the similarities and differences between their theories so that as we move forward in this comparison the strength of the theoretical constructs of each appreciate, to by way of advance reader I judged which of the two authors will be possibly chosen by history as the head of this stream called neoconstitutionalism.

Keywords: Principles, Rules, Neoconstitutionalism.

VANINA MOADIE ORTEGA

Abogada de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre, candidata a magíster en Género, Sociedad y Políticas Públicas de la FLACSO. Coordinadora del Semillero de Investigación Humana Iuris.
vanmoadie66@hotmail.com

NINA FERRERA ARAÚJO

Abogada, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Maestranda en Derecho, Universidad de Medellín. Docente investigadora del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena.
almash7@hotmail.com

YUCELIS GARRIDO OCHOA

Abogada de la Universidad de Cartagena, Maestranda en Derecho Universidad de Medellín. Adscrita al Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena.
yucelis_garrido@hotmail.com

Recibido:

12 de febrero de 2014

Aceptado:

23 de abril de 2014

* Análisis de los argumentos de Alexy y Zagrebelsky referentes a un modelo de inclusión en el ordenamiento periódico, como paso necesario de un Estado de Derecho.

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

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 analizar con una perspectiva crítica su solidez o deficiencias y evidenciando que a pesar de pertenecer a la misma corriente neoconstitucional existen puntos de desencuentro entre ellos.

Para el desarrollo del presente artículo, se expondrán inicialmente algunas breves –aunque necesarias en nuestro concepto– consideraciones previas que sientan las premisas básicas sobre las generalidades y conceptualizaciones básicas del Neoconstitucionalismo, lo cual se justifica si se precisa, una vez más, que lo pretendido es el abordaje comparativo de la teoría de los principios de dos grandes autoridades académicas de esta corriente.

Posteriormente, se abordará en concreto la teoría de los principios de Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, en forma comparativa, iniciando con las similitudes para facilitar la comprensión del lector, y se continuará con las diferencias, haciendo énfasis en la denominación de un CRITERIO –ya similar o ya diferenciador–, y las consideraciones argumentativas de los autores para el desarrollo del mencionado criterio. De igual manera es pertinente hacer la aclaración general de que en ocasiones se utilizarán negrillas pro-

pias que buscan resaltar el criterio diferenciador o similar en ambas teorías y que solo se constituyen en resaltos académicos en aras de lograr el cumplimiento del propósito central del presente texto.

Y finalmente, se sugerirán algunas conclusiones que recogen los puntos relevantes del tema tratado.

I. DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Con el fin de tener una aproximación al estado del arte de lo que se define como Neoconstitucionalismo, qué más apropiado que detenerse en el inicio del artículo denominado *Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo*, donde su autor introduce el texto manifestando que “el término Neoconstitucionalismo es uno cuyo uso se remonta, a más tardar, a la década de los 70 del siglo pasado, y que ya avanzado el camino hacia sus bodas de oro no existe claridad respecto del objeto al cual se hace referencia con esta denominación”.

Por lo anterior, manifiesta que:

... la primera referencia acreditable, entonces, de la voz Neoconstitucionalismo, consiste en la descripción de un conjunto de características del diseño y de la práctica constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial. Autores que pueden considerarse al interior del Neoconstitucionalismo, apreciado como movimiento o tendencia, describen este sentido del término como

aludiendo a “una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional” y en otro sentido, el autor Carbonell, señala que “con el término Neoconstitucionalismo se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos.

Desde otro enfoque, en un artículo denominado *Comanducci sobre Neoconstitucionalismo*, su autor, José Juan Moreso, se dedica a hacer una original presentación y una acertada crítica de las tesis del Neoconstitucionalismo contemporáneo por Paolo Comanducci en su obra *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, que propone analizarlo desde tres perspectivas –a propósito de la distinción de Bobbio, entre tres acepciones de la expresión positivismo jurídico–: como teoría, como ideología y como método. Desde ese punto de vista, el Neoconstitucionalismo –distanciándose así del constitucionalismo tradicional– se presenta como una concepción del Derecho, contrapuesta al Positivismo Jurídico, una especie de iusnaturalismo; el Neoconstitucionalismo es a la vez, una teoría del Derecho que atenta a los cambios normativos que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos (en el italiano a partir de la Constitución de 1948, en el español a partir de la Constitución de 1978), trata de dar cuenta de ellos adecuadamente y postula la necesidad de una ciencia jurídica normativa, una ciencia jurídica que no solo describe

los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución; es también una ideología que “se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución”; y es también y por último una metodología: “el Neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario –al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral– la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral”.

De todas maneras, es pertinente poner en consideración, que cuando de bibliografía que desarrolle el Neoconstitucionalismo se trata, se ha recomendado un listado de autoridades académicas y sus respectivas obras sobre el tema, por lo cual hemos citado algunas de dichas fuentes, con el fin de realizar una fugaz y superficial aproximación de este concepto, para de esta manera dar paso a la comparación de teorías de dos grandes exponentes de dicha corriente, como son el profesor Robert Alexy y el profesor Gustavo Zagrebelsky.

II. SIMILITUDES DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS SEGÚN ROBERT ALEXY Y GUSTAVO ZAGREBELSKY

2.1. El criterio inicialmente escogido de similitud entre los autores, el cual resulta obvio, pero no por su obviedad deja de ser una

similitud, es desde la corriente a la que pertenecen: ambos autores son exponentes del Neoconstitucionalismo. Lo anterior se puede confirmar cuando el profesor argentino Jorge Guillermo Portela, en su artículo *Los principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo*, nos dice: “tomemos por caso a una de las principales espadas del Neoconstitucionalismo, Zagrebelsky... sin embargo otros autores adscritos a la corriente neoconstitucionalista, como es el caso de Alexy...”.

2.2. De igual forma es indispensable asegurar que ambos autores, al inicio de los textos señalados, reconocen una tensión entre el constitucionalismo y el legalismo. De manera más clara lo evidencia Alexy al titular de esa manera el inciso primero del capítulo citado y manifestando que en Alemania se puede distinguir en dos concepciones básicas del sistema jurídico, el constitucionalismo y el legalismo, y muestra la tensión entre estos al afirmar:

En la aplicación del Derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales... la crítica en contra de esta concepción del sistema jurídico se hizo sentir ya tempranamente y parece hoy reforzada”. Agregando posteriormente: “a la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico”.

En ese mismo sentido, aunque de manera más directa, el autor italiano, nos dice:

La superación del Estado de Derecho Legislativo lleva consigo importantes consecuencias para el Derecho como tal. Se puede decir, en general, que las dos separaciones de la ley de las que hasta aquí se ha hablado –la separación de los derechos y la separación de la justicia– han dotado de enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocidas en el pasado, pero que hoy, en el Estado Constitucional, debe ser valorada mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad.

Aunque lo expresen de diferentes maneras, ambos autores visibilizan una tensión entre Estado legislativo y Estado constitucional, con una clara necesidad de superación del Estado legalista y un tránsito necesario del primero hacia el último.

2.3. Tanto Alexy como Zagrebelsky coinciden en reconocer diferencias entre reglas y principios. Nos dice Alexy 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 también al inicio del capítulo escogido expresa:

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.

2.4. 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.

Por ejemplo, Alexy, manifiesta que “las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son, si la regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige, nada más y nada menos, su aplicación es cuestión de todo o nada... En cambio los principios, en tanto mandatos de optimización, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”. Y de manera concluyente en torno a esta similitud, Alexy sostiene: “tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas”.

En este sentido, Zagrebelsky manifiesta: “Sin

embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse regla de lo que podría por el contrario denominarse principio”. Además afirma: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios”.

2.5. Como ampliación del criterio desarrollado en el acápite 2.3., ambos autores coinciden en delimitar de manera clara, un listado de diferencias concretas entre las reglas y los principios. Para la explicación de esta similitud se enlistarán dichas diferencias entre los conceptos de reglas y de principios, siendo fiel a lo manifestado por los autores escogidos, pero de conformidad con la asignación en cuanto a la denominación de un criterio propio de diferenciación, así:

2.5.1. Desde lo más esencial o decisivo que los diferencia:

Para Zagrebelsky

(...) 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.

2.5.2. Otras diferencias entre reglas y principios

2.5.2.1. Desde la teoría de Robert Alexy, en la página 162 de su texto

Desde la forma de mandato: Las reglas son mandatos definitivos, en cambio los principios son mandatos de optimización.

Desde el grado de satisfacción: Las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son... En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, su aplicación es

cuestión de todo o nada, por el contrario los principios pueden ser satisfechos en grados diferentes y la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos.

Desde la posibilidad de ponderación: Las reglas no son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan, sin embargo los principios sí son susceptibles de ponderación y además la necesitan.

Desde la forma de aplicación: La subsunción es la forma característica de aplicación del Derecho por reglas, en cambio la ponderación es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza a los principios.

Desde la contradicción: Entre las reglas puede haber Conflicto de Reglas, mientras que entre los principios puede haber Colisión de Conflictos.

2.5.2.2. Desde la teoría de Gustavo Zagrebelsky, en las páginas 110 y 111 de su texto

En cuanto a formas de interpretación: Solo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica, mientras que en la formulación de los principios hay poco que interpretar de este método, por lo general su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

En cuanto a su vinculación efectiva: Es por lo anterior que a las reglas se obedece, y por ello es importante la determinación con precisión de los preceptos del legislador, por el contrario a los principios se les presta adhesión, y por ello lo importante es comprender el mundo de los valores.

En cuanto a su aplicación: La aplicación de reglas necesita de dos esquemas lógicos: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma, solo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánicamente y pasivamente, sin embargo la aplicación de principios es completamente distinta y requiere que ante la realidad se tome posición, se reaccione, de conformidad con los principios, toda vez que los principios, al carecer de supuesto de hecho, solo se les da significado operativo en un caso concreto, por lo que su significado no puede determinarse en abstracto.

2.6. De igual manera, otra coincidencia de los autores Alexy y Zagrebelsky, es la similitud que ambos denotan entre principios y valores, así:

Para Alexy, el comportamiento de colisión de los principios pone claramente de manifiesto que entre principios y valores existe una amplia coincidencia estructural. También agrega:

Toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de va-

lores y toda colisión de valores como una colisión de principios. La única diferencia reside en el hecho de que en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice que es bueno o malo o mejor o peor, tiene un estatus axiológico. Por lo tanto principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico...

Para Zagrebelsky, es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. De igual manera manifestó que

no resulta muy difícil comprender que la dimensión del Derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores. Prueba elocuente de ello es la tendencia, más o menos conscientemente, adoptada por la mayoría de las jurisdicciones constitucionales a concebir todo contenido de las Constituciones como declaraciones de valores.

Y en otro aparte también señaló: "... a los principios, en cambio, "se presta adhesión" y, por ello, es importante comprender el mundo

de los valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”.

No en vano, el profesor Portela nos manifiesta que de todas maneras, esa identificación entre principios y valores parece común en el Neo-constitucionalismo y entre ellos nos recuerda a Alexy –manifestando que en su tesis la enumeración de principios es como una reducción del concepto de principios al concepto de valor– y a Zagrebelsky –porque se refiere indistintamente a muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva–, y también nos muestra que tal identificación se torna particularmente evidente en Peces Barba, quien denomina valores superiores a los principios recogidos en la Constitución.

2.7. Tanto Alexy como Zagrebelsky, acuden a la Ponderación, como forma de solución ante una colisión de principios, así: Alexy en las diferencias entre reglas y principios ya había manifestado que los principios son susceptibles de ponderación, y además, la necesitan, y que esta es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza a los principios; además especifica que la solución en este caso consiste en la determinación de una relación de precedencia referida a las circunstancias del caso concreto entre los principios que entran en colisión y la solución dependerá de los pesos relativos de los principios opuestos en cada caso específico.

Al respecto Zagrebelsky resulta más lacónico al decir: “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos

hace que no pueda existir una ciencia sobre articulación, sino una prudencia en su ponderación”, siendo a todas luces más explícita en su fórmula de solución de colisión entre principios, la propuesta alexyana.

2.8. Ambos autores acuden a la razón práctica, como facultad que asegure la racionalidad, Alexy de manera clara lo manifiesta así:

Por lo tanto, los niveles de reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser solo el de un procedimiento que asegura la racionalidad”. Y agrega: “... la idea de un procedimiento que asegure la racionalidad puede ser referida tanto al proceso de la aplicación del Derecho como al de su formulación”, y es aún más preciso cuando afirma: “el modelo de las reglas/principios/procedimiento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el Derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos”.

Por su parte Zagrebelsky, le concede lugar a la razón práctica cuando nos dice:

Así pues, la función de las ciencias prácticas consiste en conducir el actuar y, por tanto, la voluntad que lo mueve al dominio de la razón; es decir, en determinar las condiciones de un uso de la voluntad conforme con la razón. Su presupuesto es que la reflexión racional tenga algo que decir sobre la orienta-

ción de la acción. Esta es la que se denomina “razón práctica”.

2.9. Otro punto en común de los autores estudiados, se refiere al hecho de que ambos manifiestan que no es necesario establecer un orden entre los principios, así, para Zagrebelsky:

La pluralidad de los principios y de los valores a los que las Constituciones remiten es la otra razón que hace imposible un formalismo de los principios. Por lo general, los principios no se estructuran según una “jerarquía de valores”. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora “tiranía del valor”, esencialmente destructiva.

Y en esta ocasión, referida a esta similitud, Alexy nos pone de presente la teoría del “orden duro”, de ser posible un orden de los principios o un orden de los valores controlable intersubjetivamente y que en cada caso condujera exactamente a un resultado, pero inmediatamente manifiesta que la discusión acerca de un orden duro de este tipo ha mostrado que no es realizable, porque en últimas fracasa ante los problemas de una medición de los pesos y de las intensidades de realización de los valores o principios, aunque no descartan la propuesta de una teoría de orden

débil, pero esta ya pasaría a ser más una diferencia que la similitud que se viene explicando. De igual manera ya anteriormente se hizo énfasis en que la propuesta de solución de colisión de principios se guía en Alexy, más por el concepto de relación de precedencia, anteriormente explicada, en la que se demuestra la ausencia de tal jerarquía.

Al respecto el profesor Andrés Botero Bernal, nos dice: “El principalísimo afirmó que no había jerarquía entre los principios en tanto no había jerarquía entre los valores, siguiendo lo dicho por Hartmann, y secundado por Zagrebelsky, Alexy, etc.”

III. DIFERENCIAS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS SEGÚN ROBERT ALEXY Y GUSTAVO ZAGREBELSKY

3.1. La primera, y en nuestro concepto más importante de las diferencias en la teoría de los principios de los autores, consiste en que mientras Zagrebelsky propone un sistema de dos niveles o dual, que debe moverse entre dos alas, un derecho maleable o manipulable, siendo los dos niveles que propone el de las reglas y el de los principios, asegurando: “si el Derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que...” y titulado el primer acápite del texto analizado: “Derecho por reglas y derecho por principios”.

Por el contrario Alexy plantea un modelo de sistema jurídico de tres niveles, denominado reglas/principios/procedimiento, cuando afirma:

Lo que hasta ahora se ha descrito, el

nivel de la regla y el de los principios, no proporciona un cuadro completo del sistema jurídico. Ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan solo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere obtener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y los principios. Por lo tanto, los niveles de reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser solo el de un procedimiento que asegura la racionalidad. De esta manera, surge un modelo de sistema jurídico de tres niveles, que puede ser llamado modelo de reglas/principios/procedimiento.

Esta diferencia es sustancial, si se tiene en cuenta que en la teoría de Alexy hay un peñaño adicional, que propone o da paso a la aplicación del Derecho pero sobre todo es a nuestro juicio significativa, porque incorpora el uso de la razón, entendiendo esta, de conformidad con lo explicado por el profesor Andrés Botero Bernal, como una facultad de la razón que permite gobernar la conducta humana; lo cual nos remonta a Aristóteles, que nos enseñó que la razón práctica es la facultad de la razón que permite preguntarnos sobre nuestro comportamiento (humano), y en especial con tres disciplinas: política, que responde a qué es lo correcto; moral, que responde qué es lo bueno; y jurídica, que responde a qué es lo válido o lo legal. Considerado como los tres saberes de la razón práctica.

Si bien ya se especificó en el acápite 2.8., que ambos autores acuden a la razón práctica, lo cual es una similitud, la diferencia que ahora se pretende asegurar, es que para Alexy la razón práctica tiene un especial protagonismo en nivel adicional, por él propuesto, al que ha denominado nivel de procedimiento, mientras que para Zagrebelsky es un presupuesto indispensable al parecer transversal en la aplicación de reglas y principios, sin ser un nivel adicional.

3.2. Desde el punto de vista de la definición de los principios, también existe una diferencia, toda vez que Alexy comparte un concepto preciso de lo que es un principio, cuando dice que “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”; mientras que Zagrebelsky, muy a pesar de utilizar reiteradamente el término, de ser un concepto importante como un nivel de su teoría y dar las características de los principios y de establecer las diferencias –enunciadas en el presente texto– entre estos y las reglas, nunca define qué es un principio.

El profesor argentino Portela, lo observa, cuando haciendo un repaso somero –que en nuestro concepto no es somero como él lo cataloga, sino antes bien completo– acerca del significado de la palabra principios jurídicos, manifiesta tomando a Zagrebelsky que: “nuestro autor describe una característica propia de los principios, pero continúa en deuda con nosotros: no nos dice lo que ellos son”.

3.3. Otra significativa diferencia entre los autores escogidos, es sobre el carácter subsidiario o accesorio de los principios frente a las reglas.

Para Zagrebelsky, por lo general el alcance de los principios resulta cercenado en una de sus dimensiones esenciales, y atribuye tal cercenamiento a consecuencias de una simplificación típicamente positivista. Manifiesta para soportar lo dicho, “que según el punto de vista tradicional del Positivismo Jurídico, los principios del Derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas... Los principios operarían para “perfeccionar” el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”. Y aunque reconoce que esto ya es una forma de asignar un papel importante a los principios, a pesar de ser concebidos como perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, sin embargo, manifiesta que esta concepción es parcial y encierra una contradicción porque asigna a las normas de mayor densidad de contenido –los principios– una función puramente accesorio de la que desempeñan las normas de cuya densidad es menor –las reglas– y agrega que “esto deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que solo es necesario como “válvula de seguridad” del ordenamiento. Sin embargo, si consideramos seriamente la diferencia estructural entre los principios y las reglas, nos daremos cuenta de la imposibilidad de reducir el alcance de los primeros

(principios) a una mera función accesorio de las segundas (reglas).

Mientras que Alexy, parece –en nuestro concepto– caer en el error que Zagrebelsky atribuye a positivistas, toda vez que concibe los principios como el segundo nivel que entra a operar de manera correctiva, manifestando que

en la medida en que las reglas no determinan de esta manera la decisión –y tanto las intelecciones de la metodología jurídica como así también la aparición cotidiana de casos dudosos demuestran que tal es el caso en considerable medida– como en el modelo de reglas, por definición, el juez solo puede estar ligado jurídicamente por reglas, tiene entonces que decidir sin vinculación jurídica alguna. Por tanto, más allá de las determinaciones establecidas por las reglas, posee un criterio jurídicamente no logrado, es decir, libre que, en caso de que desee orientarse por pautas puede hacerlo solo siguiendo criterios extrajurídicos.

De igual manera expresa Alexy que, en el modelo de reglas lo anterior solo podría ser evitado de no presentarse ningún caso dudoso, lo cual de acuerdo con la experiencia se ha demostrado que es imposible, así las cosas, se pone de manifiesto un primer inconveniente en el sistema de reglas y se reconoce que los sistemas de reglas presentan lagunas, y como el sistema jurídico no dice cómo deben llenarse las denomina lagunas de apertura y se conciben los principios como contribuciones a llenarlas.

En nuestro concepto, Alexy plantea, que los problemas de las reglas se resuelven con los principios, que no tienen por objetivo desplazar el nivel de reglas sino complementarlas pero con la función subsidiaria de corregir los defectos de las reglas, lo cual es diferente desde la fundamentación de la teoría de Zagrebelsky.

IV. CONCLUSIONES

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.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994. pp. 159-177, capítulo: Sistema Jurídico y razón práctica.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo. En *Revista de Derecho*, vol. XXII, No. 1, julio 2010. pp. 79 a 102, citando a Carbonell, M. “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”. En Carbonell, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. pp. 9-10.

BOTERO, Andrés. Buscando el gris: monólogo para evitar una radicalización en el Derecho. En *Colección Memorias Jurídicas*. No. 6. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2007. pp. 19-52.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico, *Isonomía*, 16, 2002, pp. 89-112.

MORESO, José Juan. Este trabajo fue presentado como réplica a la contribución de Paolo Comanducci al Seminario Albert Calsamiglia que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), los días 13 y 14 de febrero de 2003.

PORTELA, Jorge G. Los principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo. En *Revista Dikaion*. No. 18, año 23. Universidad de la Sabana, 2009. pp. 33-54. ISSN 0120-8942.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009. pp. 109-130, capítulo 6: El Derecho por principios.