

## DIFERENCIAS Y PUNTOS COMUNES ENTRE ROBERT ALEXY Y GUSTAVO ZAGREBELSKY\*

DIFFERENCES AND COMMON POINTS BETWEEN ROBERT ALEXY AND  
GUSTAVO ZAGREBELSKY

Camilo Arango Gómez\*\*

Recibido: diciembre 12 de 2013

Aprobado: mayo 22 de 2014

### RESUMEN

El presente texto pretende esbozar unos puntos comunes y de diferencias entre dos autores de suma importancia para la filosofía del derecho, y en específico para el neoconstitucionalismo; ellos son el profesor alemán Robert Alexy y el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky. Para cumplir tal fin se tienen como referencia dos textos: el capítulo denominado *Sistema jurídico y razón práctica* del libro *El concepto y la validez del Derecho* del autor teutón; y el capítulo *El Derecho por principios* del texto *el Derecho dúctil: ley, derechos, justicia* del autor italiano.

### PALABRAS CLAVE

Alexy, Zagrebelsky, neoconstitucionalismo, principios, normas

---

\* Artículo producto de los estudios de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Bogotá que adelanta el autor.

\*\* Abogado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, candidato a magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Bogotá. Correo: camilo.arango@remington.edu.co.

## 1. PUNTOS COMUNES ENTRE ROBERT ALEXY Y GUSTAVO ZAGREBELSKY

De la lectura de los textos referentes, podemos concluir que ambos autores, tanto Alexy como Zagrebelsky, plantean que las normas jurídicas están compuestas tanto por reglas como por principios. Para el primero, Alexy, el sistema jurídico se compone de tres niveles: el primer y el segundo nivel son reglas y principios respectivamente (1994, pág. 161) y el segundo, Zagrebelsky, afirma que “el derecho actual está compuesto de reglas y principios” (1995, pág. 109). Ello implica que ambas figuras hacen parte integrante de las normas que podrán ser aplicadas en un caso concreto. De hecho, frente a los principios, el profesor Valencia Restrepo nos expresa que los principios son normas jurídicas, imperativas, implícitas o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento (2007, pág. 262).

Igualmente, se considera que las normas-reglas, que para el caso concreto la entenderemos como aquellas disposiciones generales proferidas para el legislador, a la fecha de creación del presente texto, son sin lugar a dudas igualmente normas jurídicas, que junto con los principios, en el marco de la escuela neoconstitucional que se aborda con dos de sus exponentes, hacen parte integral de lo que podemos definir como derecho.

Se agrega que los principios son definidos por Alexy como “mandatos de optimización” (1994, pág. 162) y por Zagrebelsky como “las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia (que) desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, <constitutivo> del orden jurídico” (1995, págs.109-110), de lo anterior ambos autores sostienen y mantienen una clara tendencia a darle a los principios ese carácter de reglas.

De lo anterior podemos atrevernos, de manera primaria, a sostener que los autores objeto del presente texto conciben como normas todo lo que pueda catalogarse como regla en los términos descritos, y todo lo que pueda catalogarse como principio en los términos también descritos y así ambos establecen con claridad que entre reglas y principios existen diferencias marcadas como se verá en el párrafo siguiente.

Si como ya se expresó, Alexy propone que los principios son mandatos de optimización y Zagrebelsky los entiende como normas constitucionales, ambos afirman que existe una diferencia entre principios y reglas, siendo este otro punto de encuentro de ambos autores. El profesor alemán afirma que las reglas son mandatos definitivos sometidos a una dimensión de validez (1995, págs. 162-163) y así mismo el autor italiano sostiene que “quizás la diferencia más importante (entre principios y reglas) pueda venir sugerida por el distinto tratamiento que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios” (1995, pág. 110), al contrastarse con las definiciones de principios y reglas transcritas anteriormente, no queda duda de que ambos juristas dan una importancia marcada a dicha diferencia, esta podrá ser el centro de gravedad de su argumentación.

El aspecto de aplicación de normas-reglas y normas-principios, será igualmente un punto de encuentro entre ambos autores. Así como expresa el doctor Valencia Restrepo:

Para Zagrebelsky la diferencia en la aplicación de los principios y de las reglas estriba en que los primeros exigen que el aplicador tome posición frente a la realidad conforme a lo que ellos proclaman. Y de esto infiere que sólo las reglas, y sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. (2007, pág. 270)

Sobre el mismo punto, la aplicación de las dos expresiones de normas afirma el tratadista colombiano que para Alexy la aplicación de las normas-reglas se hace a través de la subsunción y la aplicación de los normas-principios se hará a través de la ponderación (Valencia Restrepo, 2007, págs. 271-272).

Aquí puede observarse que ambos juristas presentan un punto de encuentro al distinguir la forma como son aplicadas las normas en cualquiera de sus representaciones, es decir, las reglas deben ser aplicadas de una forma disímil como son aplicados los principios, cuestión diferente es si el contenido de las explicaciones que cada uno hace para aplicar reglas y principios son una semejanza o no.

Así mismo, entre el iusfilósofo alemán y el iusfilósofo italiano existe otro elemento común en sus argumentos, ello se ve en la forma de definir los principios pues ambos asemejan estos, en cierto nivel,

al concepto de valor. En este punto el profesor argentino Portela manifiesta que:

Las tesis de Alexy resultan particularmente interesantes si se tiene en cuenta que en la enumeración de principios efectuada más arriba existe una especie de reducción de la noción de “principio” al concepto de valor, hecho éste particularmente notorio también en los estudios de Zagrebelsky quien, como hemos visto, se refiere indistintamente a “muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva. (2009, págs. 39-40)

De la cita anterior, se manifiesta como elemento común al neo-constitucionalismo utilizar en algunas ocasiones las expresiones valores y principios indistintamente, lo que lleva necesariamente a preguntarse si es posible definir con total certeza cuáles son los valores (o principios) que irradian el derecho en general.

Otro aspecto común frente a los autores de la referencia, se puede ver enmarcado en la posición que asumen frente a teorías opuestas, ya que usan para sustentar su propia argumentación antítesis rotundas para dar contenido a sus posiciones. Así el doctor Andrés Botero nos expresa que “Alexy bien se ha catalogado a lo largo de su obra como un “no-positivista”, fruto de una reflexión dualista de las teorías del derecho que él reduce -si reduce- a dos: positivas y no-positivistas” (2010, págs. 197-198) y complementa el autor expresando que:

Sea esta la oportunidad de poner en duda estos juegos dicotómicos, útiles pedagógicamente para hacer comprender muchas posturas pero no del todo correctas en juicios científicos, de “teoría legalistas” vs “teorías no-positivistas”, dualidad que se ha tratado de unir a otra de “Estado de Derecho” vs. “Estado constitucional” (que encontramos, por ejemplo en Zagrebelsky). (Botero, 2010, pág. 198)

Así podemos afirmar que los autores que se comparan utilizan, al momento de estructurar sus hilos de argumentación, una pedagogía dualista y de oposición que les permite dar a entender sus posturas de manera más clara y afirmar que sus posiciones son más adecuadas, pero sacrificando el rigor técnico, pues tratan de agrupar a sus contendores quienes tienen diferentes posturas de pensamiento jurídico y que por lo tanto no deberían ser tratadas de modo uniforme.

Un último punto de encuentro de los autores que se expondrá hace relación a que ambos escritores manifiestan que no existe entre los principios una jerarquía. Así, el doctor Botero nos dice que:

Otro aspecto, fruto de mi escepticismo, es el atinente a las precedencias *prima facie* que, según Alexy, no constituyen una jerarquía de principios (puesto que de aceptarse tendría que rechazarse el pluralismo como base de la democracia, recuérdese la ya muy citada – aunque creo algo exagerada – crítica de Hartmann a la tiranía de los valores tan aludida por Zagrebelsky, Alexy etc. (2010, pág. 210)

Ello se entiende ya que los escritores sostienen que las constituciones, donde podemos encontrar principios, son consensos en democracias pluralistas, y esas normas al ser aplicadas a través de la ponderación no pueden ser suprimidas cuando entran en choque, deben ser ponderadas para evitar que una ideología desplace con la aplicación de su principio a otro principio que pertenece a otra ideología que hace parte del mismo texto constitucional ya expedido luego de un consenso.

## **2. DIVERGENCIAS ENTRE ALEXY Y ZAGREBELSKY**

Comenzamos por expresar que entre Alexy y Zagrebelsky puede encontrarse una diferencia inicial, y tiene que ver con el sustento de sus teorías, por ello el jurista oriundo de la región de Piamonte nos dice que:

El paralelismo resulta así muy claro. La igualdad de estilo argumentativo <en derecho constitucional> y <en derecho natural>, a la que más arriba se ha aludido, encuentra ahora otras buenas razones de explicación. El punto de contacto consiste en la relevancia que se atribuye a la realidad o, mejor, a las exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo. (1995, págs. 119-120)

Así, podemos ver la alusión expresa que se hace entre los argumentos del neoconstitucionalismo de Zagrebelsky con aspectos del iusnaturalismo, por lo menos el racionalista, aspecto que en la lectura guía del jurista originario de Oldenburg no puede evidenciarse expresamente.

Aunque parezca irrelevante, otra diferencia radica en la conciencia misma que ambos autores pueden tener sobre la existencia de una corriente llamada “neoconstitucionalismo”, ello puede ser ilus-

trado a través del jurista mexicano Pedro Salazar Ugarte quien nos dice lo siguiente:

El neoconstitucionalismo, en cambio, es una noción creada por los miembros de una escuela de pensamiento para dar nombre y agrupar la obra de un conjunto de teóricos con los que, dicho sea de paso, los genoveses sostienen fuertes diferencias. De esta manera, probablemente, autores como Dworkin o Robert Alexy no sepan que sus teorías se consideran neoconstitucionalista en el ámbito de la doctrina constitucional italo/española/latinoamericana. (pág. 4)

Existen altas posibilidades de que Zagrebelsky se identifique y pregone como un neoconstitucionalista, mientras que Alexy puede llegar incluso a no tener claro que su construcción ha sido catalogada en una corriente de pensamiento jurídica denominada neoconstitucionalismo.

Diferencia adicional se hace palpable en cuanto a la aplicación y estructura de los principios se trata, así para el autor italiano los principios:

Puesto que carecen de <supuesto de hecho>, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles <reaccionar> ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.

Los principios constitucionales carecen de supuesto de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico-jurídica (en particular, en la <subsunción en el supuesto de hecho>), que, según aquella tradición, es la única a la que habría podido referirse el término <aplicación>. (1995, págs. 110-111)

Lo anterior implica que el jurista italiano no concibe como posible la existencia de un supuesto de hecho en las normas-principios y que para ser aplicados debemos estar en presencia de una circunstancia específica que dote de sentido y aplicación a la norma principal para que sea aplicada, esta estructura no puede identificarse en Alexy, quien no discute o no manifiesta que los principios carezcan de supuesto de hecho. Frente a este punto es importante traer a colación al doctor Valencia Restrepo quien nos expresa, en confrontación con la posición del italiano, que:

Los principios no carecen de supuesto de hecho. Lo tienen. Lo que ocurre es que, como ha quedado esclarecido en el numeral 174, es demasiado genérico (...) compete al aplicador jurídico (funcionario judicial o administrativo), cuando el destinatario o destinatarios de la norma principal no la han observado voluntariamente, tanto explicitar y concretar el supuesto de hecho como buscar y hallar las consecuencias de esa norma. (2007, pág. 269)

Es importante mencionar que el autor alemán en estudio menciona que los principios:

Son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios depende de y requieren de ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios. (1994, pág. 75)

La clara noción y necesidad de ponderar cuando de aplicación de principios se trata, solo es abordada y reiterada en toda la argumentación de Alexy, pero sobre colisión de principios y el modo de resolver la misma Zagrebelsky no se pronuncia expresamente y no puede tampoco inferirse, encontrando acá otra aspecto diferenciador. No debe dejarse de lado al autor Valencia Restrepo, quien sobre la ponderación como único medio de aplicación de principios, ha disentido del autor alemán pues:

No siempre la aplicación de un principio supone un conflicto o colisión con el opuesto. En esta circunstancia, entonces, no se necesita utilizar la ponderación. Piénsese en la aplicación de los principios de la buena fe y del no abuso del derecho. ¿Cómo necesariamente en tal aplicación habría una colisión con la mala fe o con el abuso del derecho, en su orden, cuando cabalmente la buena fe excluye la mala fe y el no abuso del derecho el abuso y de ninguna manera la buena entre en conflicto con la mala, ni el no abuso del derecho con el abuso del mismo? Ya la mala fe ha sido eliminada por la buena y el abuso del derecho por el no abuso. (2007, pág. 273)

Como última diferencia que se pretende esbozar es la explícita ubicación de Alexy en una teoría, que él denomina débil, de los principios, lo que lleva al autor a propugnar por un sistema de reglas y principios, así nos dice que:

Otra es la situación en una teoría del sistema jurídico según la cual éste está constituido tanto por reglas como por principios. En el modelo de reglas/principios, por una parte, se conserva básicamente la fuerza vinculante del nivel de las reglas. Por otra, es un sistema cerrado en la medida en que siempre hay principios a lo que recurrirse y, por lo tanto, no hay en él ningún caso posible que no pueda ser decidido sobre la base de criterios jurídicos. (1994, pág. 168)

La ubicación en sistema de esta naturaleza tampoco puede evidenciarse en el autor italiano en contraste, quien realiza un discurso más fuerte contra los retractores de un derecho con inclusión de los principios, pero al final no puede quedar claro si el autor, en el texto referente, defiende un modelo débil o fuerte de principios en términos de Alexy.

## **CONCLUSIONES**

En forma conclusiva se puede afirmar que los autores analizados conciben tanto normas como principios para ser aplicados, sin embargo en ambos existe una clara diferencia en como son interpretados unos y otros dejando los primeros, los principios, en ciertos casos con alta semejanza a la definición de valor y dejan claro que estos principios que irradian el derecho no tienen entre sí una relación de jerarquía lo que abre la ventana a que su aplicación e interpretación no se rija por los criterios de antinomias que se aplican a las normas. En lo que respecta a las divergencias puede sostener que el autor italiano se ubica en forma expresa en una escuela de pensamiento neoconstitucionalista y deja claro la conexión de la misma con una concepción iusnaturalista, ahora el autor alemán indica en forma expresa que la ponderación es el medio idóneo para aplicar los principios y sostiene que existe un modelo claro y seguro cuando se habla de sistema compuesto por principios y reglas.

Así termina el presente texto, donde se reitera el autor buscó cumplir con lo prometido de dar unas iniciales diferencias y puntos



de encuentro entre dos autores que pertenecen a una misma corriente de pensamiento para el caso concreto el neoconstitucionalismo.

## REFERENCIAS

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M Seña. Barcelona: Gedisa.

Botero Bernal, A. (2010). *Ensayos jurídicos sobre teoría del derecho*. Buenos Aires: La Ley.

Portela, J. G. (2009). *Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo*. *Dikaion*, (18), 33-54.

Salazar Ugarte, P. (s.f.) *El Garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente*. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/239.pdf>

Valencia Restrepo, H. (2007). *Nomoárquica jurídica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4ª ed. Medellín: Comlibros.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid Trotta.