



Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas

ISSN: 1657-8953

yadira.caballero@usa.edu.co

Universidad Sergio Arboleda

Colombia

Suárez-Rodríguez, José Julián

El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática

Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 16, núm. 30, enero-junio, 2016, pp. 51-61

Universidad Sergio Arboleda

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100246672002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática¹

The basis of the legal principles: a problematic issue

Recibido: 18 de agosto de 2015 - Revisado: 22 de diciembre de 2015 - Aceptado: 12 de enero de 2016

José Julián Suárez-Rodríguez²

Resumen

El presente artículo tiene por objeto hacer un análisis de la influencia que la categoría normativa de los principios jurídicos ha tenido en el derecho constitucional colombiano y la manera como ha transformado la teoría y la práctica del derecho constitucional contemporáneo. Además, se plantea una cuestión olvidada en la teoría contemporánea de los principios jurídicos: el fundamento último de la fuerza normativa de los principios. Así, se ofrece como respuesta final, apenas entrevista, que la dignidad humana constituye el cimiento de las exigencias iusconstitucionales contenidas en los principios jurídicos.

Palabras clave

Principios jurídicos, derecho constitucional contemporáneo, dignidad humana, valores jurídicos.

Abstract

This article aims to analyze the influence the normative category of legal principles has had in the Colombian constitutional law and how it has transformed the theory and practice of contemporary constitutional law. In addition, a forgotten issue in the contemporary theory of legal principles arises: the ultimate foundation of the normative force of the principles. Thus, it is offered as a final answer, barely glimpsed, that human dignity is the foundation of the ius constitutional requirements contained in legal principles.

Keywords

Legal principles, contemporary constitutional law, human dignity, legal values.

¹ Este artículo es resultado parcial de la investigación “Principlismo y fuerza normativa de los derechos fundamentales” realizada por el autor como miembro del grupo de investigación “Justicia, ámbito público y derechos humanos” de la Universidad de La Sabana, Chía, Colombia.

² Abogado, licenciado en filosofía eclesiástica. Profesor de Lógica y Razonamiento en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, Chía, Colombia.

Correo electrónico:

jose.suarez1@unisabana.edu.co

Para citar este artículo use: Suárez-Rodríguez, J. (2016). El fundamento de los principios jurídicos: una cuestión problemática. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 16(30), 51-62.

Introducción

Con la promulgación de la Constitución de 1991 en Colombia se dieron importantes cambios en la vida jurídica y política del país. Uno de los más relevantes es la definición del Estado colombiano como un Estado social de derecho, concepto que precisa la naturaleza, no solo política, sino también jurídica del Estado colombiano. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-406 de 1992 delimitó la naturaleza y el alcance de este concepto. Según la Corte, el Estado social de derecho admite una doble definición: una desde una perspectiva o dimensión cuantitativa, lo que en la teoría del Estado se denomina “Estado de bienestar”, y otra desde una perspectiva cualitativa, categoría de “Estado constitucional”. La dimensión que aquí nos interesa es la segunda. En palabras de la Corte, el Estado constitucional es

[...] la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, *sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política* (cursivas del autor, Sentencia T-406 de 1992).

Esta definición del Estado colombiano trae consigo significativas consecuencias. La primera de ellas, según la misma Corte, es que con este modo de concebir la organización política surge una nueva manera de interpretar el derecho, caracterizada por la “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (Sentencia T-406 de 1992).

Esta doble forma de interpretación y de creación del derecho se manifiesta en el desplazamiento del centro de producción del derecho del legislador, entendido como el representante de la voluntad popular, hacia el juez constitucional, quien se erige en el guardián de la Constitución y de los principios y valores en ella contenidos, así como de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, el juez constitucional es el encargado de realizar, en el Estado constitucional, los ideales de justicia material –más allá de la justicia formal que representa el legislador– ínsita en este nuevo modelo de Estado.

Tal idea del Estado se corresponde, además, con una visión de la Constitución como un orden de valores, en la cual los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos, que se hallan también en la base del sistema de derechos fundamentales. Los derechos constitucionales en general, y los fundamentales en particular, son entendidos desde esta perspectiva como la dimensión jurídica –deóntica– de valores socialmente relevantes (Alexy, 2007a, p. 57). Según esta perspectiva se da una rematerialización del ordenamiento jurídico y del tradicional Estado de derecho, que tiene su manifestación normativa más relevante en el derecho de los principios y en los derechos fundamentales y sociales (Cruz, 2009, pp. 11-31).

Es en este escenario, más que en cualquier otro, en el que alcanza una especial relevancia la teoría de los principios, como un instrumento jurídico-normativo del cual echan mano los tribunales constitucionales para llevar a cabo su tarea de hacer materialmente efectivos los derechos fundamentales y sociales, tarea a la cual están llamados por expreso mandato del constituyente. En el caso colombiano la Corte Constitucional, en la sentencia T-406 de 1992, afirma que

[...] una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la im-

portancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. *Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta* (cursivas del autor).

No solo la jurisprudencia de la Corte contribuye al desarrollo y mejor comprensión de los conceptos constitucionales que nos determinan como comunidad política, también la doctrina presta una valiosa colaboración a la hora de sacar adelante esta necesaria tarea. En efecto, los académicos, en su afán por conocer mejor nuestras instituciones y el rumbo hacia el cual deben dirigirse, construyen un lenguaje por medio del cual expresar estos desarrollos y han elaborado categorías jurídicas que ayudan al entendimiento de lo que los derechos nos exigen, lenguaje y categorías que son muchas veces asumidos por los órganos del poder público para justificar los adelantos legales y jurisprudenciales de la Constitución.

Una de esas categorías o conceptos jurídicos que construyó la doctrina y acogieron los tribunales constitucionales es la de “principios jurídicos”, y es el lenguaje en el que actualmente se expresan muchos derechos constitucionales y otro tipo de derechos. Su naturaleza y estructura detalla muchas de las normas en las que se enuncian estos derechos, que no eran explicableables con las categorías jurídicas heredadas de las teorías tradicionales del derecho. Las actuales exigencias sociales y jurídicas –la consagración del Estado constitucional y la primacía de los derechos constitucionales– traen consigo un inédito desafío para los teóricos del derecho: una nueva forma de comprender y expresar el derecho. Sin embargo, esta tarea lejos de haber concluido apenas comienza. ¿Qué transformaciones y qué retos implica este nuevo lenguaje y esta nueva categoría jurídica para la ciencia del derecho –especialmente el derecho constitucional en el que tiene especial relevancia como instrumento de interpretación y aplicación del derecho–, para los académicos y para los responsables de la aplicación judicial del derecho?

En síntesis, el Estado social de derecho, tal y como es interpretado este concepto por la Corte Constitucional colombiana, se caracteriza por la explícita intención del Estado de proveer a los asociados la protección y garantía efectiva –material y no meramente formal– de los derechos fundamentales y, en general, de todos los derechos humanos. En esta labor desempeña un papel preponderante la tarea del juez –en particular la del juez constitucional– quien, haciendo uso de nuevas herramientas interpretativas y de una nueva forma de determinar el derecho, dota de significado a este tipo de derechos para hacerlos efectivos.

En esta nueva labor de rematerialización del ordenamiento jurídico, como la denomina Luis M. Cruz (2009, pp. 25-29), los principios jurídico-constitucionales aparecen como una categoría normativa que sirve al juez para introducir en el derecho elementos materiales o sustantivos que le facilitan cumplir con su papel esencial: la guarda de la supremacía constitucional y la efectiva realización de los derechos de los ciudadanos. En palabras de Zagrebelsky (1995), una de las consecuencias de la superación de la concepción del Estado de derecho y el paso al Estado constitucional, es que en este segundo se ha “dotado de una enorme relevancia a una distinción estructural de las normas jurídicas no desconocida en el pasado, pero que hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorada más de cuanto haya sido con anterioridad” (p. 109). El derecho por principios es así una característica vital del Estado constitucional¹.

La teoría de los principios en la teoría contemporánea del derecho

La aparición de este concepto en la escena de la ciencia jurídica y en la teoría y la filosofía del derecho supuso una ruptura con la tradición jurídica heredada del constitucionalismo del siglo XIX, de hecho, la consolidación de este nuevo lenguaje de los derechos ha conocido un camino difícil de constantes polémicas y discusiones que se prolongan hasta nuestros días.

La teoría de los principios surge como una reacción al positivismo jurídico, que se hace conceptualmente insuficiente e inadecuado para explicar el fenómeno jurídico en los Estados constitucionales contemporáneos. El argumento de los principios sostiene que si aceptamos la presencia de este tipo específico de normas en el sistema jurídico, las principales tesis del positivismo jurídico se tornan insostenibles: tanto la tesis de las fuentes sociales, según la cual la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales dados con independencia de su justificación moral –concretamente de hechos institucionales–, como la tesis metodológica, que afirma que la ciencia jurídica es meramente descriptiva de esos hechos y no necesita recurrir a valoraciones de orden moral para identificar el derecho vigente –también la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral–, se ven amenazadas por una teoría del sistema jurídico que además de reglas, acepta la existencia de normas con estructura de principios, tal y como se asevera de las normas de derecho fundamental (c.f. Alexy, 1997, pp. 73-85).

Como manifiesta Mazzarese, los criterios de identificación de las normas de un ordenamiento jurídico no se agotan en los criterios formales (metanormas de procedimiento y de competencia), “sino que están flanqueados e integrados por criterios de carácter material consistentes en la conformidad de la producción normativa con los valores expresados por los derechos fundamentales explícitamente positivizados” (Mazzarese, 2010, p. 234).

Así las cosas, la incorporación de criterios morales en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, que permiten identificar la existencia de normas que pertenecen al sistema jurídico de manera necesaria en virtud de su explícito contenido moral –las normas de derecho fundamental– y no en virtud de algún hecho social o institucional, es incompatible con las principales tesis iuspositivistas, especialmente con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, que afirma que la existencia

y el contenido de todo derecho puede ser identificado por referencia exclusiva a fuentes sociales. Los derechos fundamentales solo adquieren carácter jurídico en la medida en que sean introducidos en el sistema normativo a través de los cauces formales de creación del derecho.

Incluso en una versión más moderada del positivismo jurídico –el *inclusive legal positivism*–, que enuncia que es “conceptualmente viable que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan normas morales sustantivas” (Etcheverry, 2009, p. 163), el argumento de los principios solo es válido en su versión débil, es decir, en aquella versión que apenas distingue entre reglas y principios al hacer de los últimos reglas con un mayor grado de generalidad (o vaguedad), y que adquieren fuerza jurídica en razón de ser obtenidas por sucesivas generalizaciones a través de un proceso de inducción a partir de otras normas positivas del sistema (c.f. Raz, 1972, p. 838).

La validez de los principios así obtenidos no es moral, pues su base está en un hecho social (institucional) y no en su contenido. Pero aquella versión fuerte del argumento de los principios, que los concibe como normas *proprio vigore*, válidas por su contenido y que proporcionan la mejor justificación moral del derecho vigente, es incompatible con toda forma de positivismo (c.f. Vigo, 1996, pp. 465-492).

En síntesis, la teoría de los principios aparece en el escenario de la reflexión de la teoría del derecho por la insuficiencia del modelo iuspositivista para explicar y justificar la existencia de estándares normativos que no adquieren su fuerza jurídica por ser creados mediante un acto institucional de poder que dé validez al mandato contenido en él. La ausencia de un criterio moral que permita tomar en cuenta la existencia de los principios es, desde luego, incompatible con su propia noción, como lo pone de relieve Dworkin (2010), quien hace una de las primeras y quizá más celebre descripción del concepto de principio jurídico.

Para Dworkin (2010) todo principio es un estándar normativo que ha de ser observado “porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (p. 172), con lo cual pone de presente que se trata de normas cuya fuerza deóntica proviene directamente de exigencias morales. Y para Alexy (2007a) los:

[...] principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado, y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no (pp. 67-68).

Este es precisamente el ejercicio que compete a las autoridades públicas, sobre todo a los jueces constitucionales: saber determinar, sin negar su contenido esencial, qué conductas concretas exigen los principios en cada caso específico, es decir, ir creando lo que Alexy (2007a) llama las condiciones *prima facie* de aplicación de los principios. En efecto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, no fijan las condiciones precisas que determinan su aplicación en un caso puntual, por ello, el operador jurídico debe acudir a un proceso racional de concreción del principio, que Alexy llama ponderación y al cual le atribuye características especiales.

Estos procesos de ponderación van creando lo que el profesor alemán denomina relaciones de prioridad *prima facie* entre los principios. Dichas relaciones de prioridad no constituyen un vínculo jerárquico abstracto, de tal suerte que se vaya determinando qué principios son más importantes que otros, y haciendo que, en caso de colisión, se pueda saber de antemano qué principio está llamado a vencer; pero sí establecen unas preferencias *prima facie*, que no ahorran al intérprete el proceso de ponderación, pero que establecen

cargas en la argumentación en favor de uno de los principios en colisión, dadas unas circunstancias generales fijadas por la relación de prioridad (c.f. Alexy, 2010, pp. 135-146).

Así, refiere Alexy (1988), existe en el razonamiento de principios una “ley de colisión”, y que ordena que “las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente” (pp. 139-154). De este modo, se van concretando los principios en normas menos generales –pierden algo de su textura abierta– y se crean, al mismo tiempo, las condiciones fácticas con las cuales, en primera instancia, un principio es aplicable en vez de otro. Las “condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios” (p. 140).

La Corte Constitucional colombiana asumió esta novedosa forma de comprensión del derecho aceptando la presencia de normas constitucionales con forma de principios, esto es, como mandatos de optimización. Así, por ejemplo, la Corte ha acudido a la teoría de la colisión de los principios para explicar los casos en los que parecen estar en conflicto dos derechos constitucionales, y para resolverlos ha utilizado el mecanismo de la ponderación, siguiendo la tesis de que esta clase de normas posee una dimensión de peso, que exige un razonamiento especial, diferente a la mera aplicación mecánica, propio de las normas tipo reglas. La Corte Constitucional ha señalado, en diversas ocasiones, la importancia de los principios y el papel que estos desempeñan en múltiples campos del ordenamiento jurídico colombiano².

Así, la categoría normativa de principios jurídicos, que hace su aparición en el escenario de la teoría jurídica a comienzos de los años sesenta, ha significado una herramienta indispensable para la labor de los jueces constitucio-

nales en la efectiva realización de los derechos, tarea que se asume no solo como principal, sino sobre todo como esencial desde la concepción del Estado constitucional.

Principios jurídicos y valores constitucionales

Consecuencia significativa –casi inevitable– de la aceptación de normas tipo principios en el ordenamiento jurídico-constitucional es, según la mayoría de los defensores de esta nueva visión del ordenamiento jurídico, la presencia de valores en el derecho, no de una manera contingente y sobreañadida, sino como su dimensión más radical. Los principios, afirma Alexy (2007a), no son otra cosa que la dimensión normativa o deontológica de los valores morales. Intentando resumir la posición del no-positivismo principialista, Alfonso García Figueroa (1998) declara que valor y principio son dos nociones distintas, pero estrechamente enlazadas: “principio y valor se distinguen claramente como dos perspectivas de análisis de un mismo objeto [...], designan aspectos diferentes: el valor define un criterio de valoración y el principio es una norma” (p. 210).

El principio tiene una función normativa (indica o erige un deber-ser), mientras que el valor cuenta con una función valorativa (señala qué es lo mejor en cierta situación y de esta forma instaura un criterio de valoración) (c.f. García-Figueroa, 1998, p. 208). A pesar de esta diferencia conceptual, principio y valor tienen un estrecho nexo:

[...] la propia práctica que rige la interpretación conduce al establecimiento de un principio a partir de un valor (si algo es bueno, se *debe hacer*). De esta manera, el principio no es otra cosa que la expresión normativa de un valor, y la distinción entre ambos solo se da en el ámbito de las expresiones lingüísticas. Su contenido es idéntico.

Así, la introducción de la teoría de los principios en la dogmática jurídica logra rom-

per con la idea de la separación radical –conceptual– entre el derecho y la moral pregonada por el positivismo más extremo (c.f. Etcheverry, 2006, pp. 7-22) y, en cambio, afirma la unidad conceptual entre el derecho y la moral, también rechazada por el positivismo más moderado, que mantiene una relación meramente contingente entre derecho y moral.

Los valores y principios que los expresan como exigencias normativas, forman parte de la entraña del ordenamiento jurídico-constitucional, hasta tal punto que una norma de rango inferior a la Constitución puede declararse inconstitucional por contravenir un valor constitucional. Derechos, principios y valores quedan conceptual y necesariamente ligados en esta nueva visión principialista del derecho constitucional, y esta síntesis se concibe como imprescindible a la hora de hacer valer de manera efectiva la fórmula del Estado constitucional y de la primacía de los derechos humanos, para que ellos no se vean reducidos a meras fórmulas vacías.

La Corte Constitucional colombiana se ha hecho eco de estas tesis, y en la ya comentada sentencia T-406 de 1992 sostiene que “los valores –constitucionales– representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”, mientras que los principios constitucionales

[...] a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional (Sentencia T-406 de 1992).

Estas afirmaciones de la Corte dejan ver la notable influencia de la teoría alexyana de los principios y los valores, puesto que, según lo transcrito, los principios se diferencian de los valores en cuanto que los primeros tienen

carácter deontológico y, aunque al igual que los valores, tienen textura abierta, son de aplicación inmediata –son normas–, mientras que los segundos requieren, para hacerse jurídicamente exigibles y efectivos, de un acto institucional que los concrete en una norma. De lo contrario no podrán ser invocados para resolver un conflicto jurídico preciso.

Esta radical interrelación entre valores y principios ha dado lugar al surgimiento de dos teorías de los principios diametralmente distintas: la teoría de la separación fuerte o estricta entre principios y reglas y la tesis de la separación débil entre principios y reglas³. La primera se sitúa frente al iuspositivismo, que reduce la explicación del fenómeno jurídico a un conjunto de reglas reconocidas como jurídicas a través de un criterio formal de identificación del derecho o de una regla social de reconocimiento (c.f. Alexy, 1997, pp. 87-121).

Según la tesis de la separación fuerte, esta postura es incorrecta por incompleta, pues deja por fuera realidades jurídicas que lo son *proprio vigore*, pero para las cuales una regla social de reconocimiento no es suficiente como criterio de identificación, y se requiere, por tanto, de un criterio material para su reconocimiento, toda vez que tales realidades son jurídicas en virtud de su contenido. Tales realidades se manifiestan a través de principios, que, como vimos, son la expresión deontológica o normativa de los valores supremos de una determinada sociedad. Así, un criterio determinante a la hora de diferenciar principios y reglas es que los primeros tienen un contenido moral, mientras que las reglas no tienen necesariamente tal contenido (c.f. Vigo, 2000, pp. 19-30).

La cuestión del fundamento de los principios iusconstitucionales

Pese a los importantes avances que para la ciencia jurídica y, en particular para la ciencia del derecho constitucional, ha traído consigo la adopción del principialismo en la teoría de los

derechos fundamentales, este paso también ha planteado trascendentes retos y cuestiones por resolver, sobre los que todavía poco o nada se ha dicho. Atienza y Ruiz (1993) ponen de relieve la diversidad de sentidos y realidades a la que puede referir el término “principio jurídico” (pp. 329-332). Ello es indicativo de los problemas de conceptualización de los que adolece esta categoría normativa. Ya en el año 1961, Esser advertía, en su obra más importante, sobre la ambigüedad que este concepto revestía y sobre la dificultad de su conceptualización, y que, por lo mismo, podía ser utilizado para decir con él cualquier cosa.

Por ello, se abstuvo de dar el paso que daría Dworkin en *The model of rules*, aseverando que los principios no constituían verdaderas normas jurídicas, hasta que su contenido –determinado por categorías sociales– no fuera reconocido por una norma de derecho positivo o por una jurisprudencia sólida (c.f. Esser, 1961). En idéntico sentido se expresa Prieto Sanchís, para quien esta dificultad en la conceptualización de los principios jurídicos hace de esta categoría normativa algo perjudicial para la ciencia jurídica y de la cual es necesario prescindir, pues se podría incurrir, por esta vía, en múltiples arbitrariedades: la expresión “principios jurídicos” daría para encubrir y revestir con apariencia jurídica lo que no son más que preferencias personales del intérprete del derecho (Prieto-Sanchís, 1998, pp. 47-68).

Además de ello, la teoría de los principios tiene pendiente una cuestión de gran relevancia. En efecto, Dworkin (2010) arguyó que los principios jurídicos son exigencias jurídicas que no derivan su fuerza normativa de un acto formal de una autoridad, dado en un momento histórico identificable, sino que son exigencias de la moralidad política. Es decir, las exigencias jurídicas tipo principios son normas en tanto que constituyen exigencias derivadas de prácticas sociales consolidadas en una determinada comunidad política y sirven para justificar dichas prácticas. Al ser derivadas de la moralidad po-

lítica, su contenido cambia cuando cambian las prácticas, esto es, su contenido depende de la práctica social.

Para el mismo autor las proposiciones normativas –los principios son proposiciones normativas– no son proposiciones de raigambre metafísica, y por ende sus contenidos no son fijos, sino variables con la práctica social (c.f. Dworkin, 1988, p. 68). Está latente en la teoría de los principios, así concebida, un cierto relativismo. Esta condición es aprovechada por los críticos de la teoría de los principios, como Prieto Sanchís (1992) o como Alfonso García Figueroa (1998), para afirmar que tales normas, al tener contenido moral o valorativo, constituyen categorías normativas extremadamente vagas, o incluso vacías, cuyo único valor será la de ser meras declaraciones retóricas, de las cuales se han aprovechado los operadores jurídicos, que ven en ellas una delegación en su favor, por parte del ordenamiento jurídico, para convertir sus decisiones, de manera indebida, en fuente de derecho.

La pregunta que se le puede dirigir a esta especie de relativismo es si no existen derechos, y exigencias jurídicas correlativas, que no dependan de los consensos sociales. La cuestión latente aquí es la posibilidad de la existencia de principios jurídicos –normas o exigencias jurídicas– no transpositivos. Si se conciben los principios jurídicos como normas que no provienen de un acto formal de creación, sino como el resultado de consensos sociales, presentados como exigencias de la justicia, se hace de los principios jurídicos una especie de normas de derecho positivo, muy poco diferenciables de las reglas (o solo estructuralmente diferentes), puesto que su fundamento sigue siendo el mismo: la voluntad de los miembros de la comunidad política, en un caso manifestada a través de los causes formales del derecho, y en el otro manifestada a través de acuerdos morales y políticos, en la mayoría de los casos de difícil identificación.

Por tanto, su fuerza deontológica, su capacidad para establecer verdaderas exigencias ju-

ridicas, viene determinada por la voluntad y no de su contenido en sentido estricto. De hecho, la única manera de sostener la existencia de exigencias jurídicas que reciban su fuerza deontica de su contenido o *proprio vigore* es aceptar su independencia o su prioridad ontológica frente a la voluntad o el querer colectivo. Así pues, ¿existen realmente exigencias jurídicas *proprio vigore*, que no dependan de la voluntad popular, sea cual sea el cauce por el cual esta se manifieste? Esta es la verdadera cuestión a resolver en el caso de los principios iusfundamentales.

Según los postulados iuspositivistas (hoy cada vez menos dominantes) esta pregunta debe contestarse de un modo necesariamente negativo. No existen, ni pueden existir, más exigencias normativas que aquellas que son creadas por la voluntad, bien sea a través de los cauces formales del derecho (órgano competente y procedimiento competente), bien a través de la convención social que es identificada por los jueces cuando deben resolver problemas jurídicos concretos (Bayón, 2002, pp. 57-92).

Sin embargo, los defensores de la teoría de los principios, en abierta oposición a las tesis iuspositivistas, sostienen que las exigencias jurídicas que derivan de los principios tienen un carácter transpositivo y que, por lo mismo, su existencia y su fuerza deontica/normativa pueden fundarse en una instancia diferente y trascendente a su mera pertenencia formal al sistema (validez formal). Así, por ejemplo, Robert Alexy (2007b) asegura que las exigencias iusfundamentales derivadas de los principios constitucionales pueden fundamentarse en la teoría del discurso. De hecho, señala que el estrecho nexo entre la teoría del discurso y los derechos constitucionales se puede establecer en tres dimensiones: una política, que atañe a la institucionalización de los principios; una jurídica que se refiere a la interpretación de los principios constitucionales; y una filosófica, que se asocia con la fundamentación de las exigencias derivadas de los principios (c.f. Alexy, 2007b, pp. 47-70).

La teoría del discurso, en su dimensión fundadora de los derechos/principios iusfundamentales, hace radicar el fundamento último de estas exigencias en una realidad, no solo transpositiva, sino además, transubjetiva, ya que, de lo contrario, su pretensión normativa se vería reducida o minimizada en clave decisionista o simplemente emotivista (rechazando la arbitrariedad necesariamente derivada de este subjetivismo), pero sin que ello implique acudir a las estructuras de la realidad (principios emanados de la naturaleza humana o de un orden objetivo de valores), lo cual es rechazado como un intento de fundamentación metafísica que encierra “premisas filosóficas muy discutibles” (Alexy, 2007a, p. 32).

Esta realidad no es otra que ciertas condiciones epistémicas ideales que son creadas a partir de “reglas del discurso práctico” que guían el diálogo acerca de un problema práctico-jurídico concreto, en el cual se asumen como puntos de partida las convicciones normativas de los participantes en el diálogo racional, todos igualmente válidos desde el punto de vista sustantivo. Estas “reglas del discurso” determinan que el resultado de la discusión se considere racional y, por lo mismo, correcto y aceptable para quien se sitúe en dichas condiciones epistémicas ideales.

Así las cosas, y de conformidad con este procedimiento, los valores, que son el pilar último de los principios iusfundamentales, son construcciones (estamos ante una forma de constructivismo ético-jurídico) realizadas por los sujetos participantes en un diálogo racional guiado por reglas objetivas o, para ser más precisos, transubjetivas, que garantizan su racionalidad y, por ende, su fuerza normativa o su exigibilidad. De esta manera, el cimiento de los principios está en una realidad distinta al mero acto institucional de poder (que solo los incorpora al sistema jurídico a través del procedimiento competente, pero que no le otorga su fuerza deóntica), o al mero querer arbitrario de algún individuo o de un grupo de individuos.

Ahora bien, ¿se puede sostener que los principios encuentran su fundamento último en convicciones normativas (al fin y al cabo, subjetivas) procedimentalmente corregidas a través de reglas transubjetivas del discurso racional? ¿Es una fundamentación suficiente para este tipo de exigencias normativas? En nuestra opinión este tipo de fundamentación última de los principios no es suficiente, y ello porque, pese a la historicidad del fenómeno jurídico, los principios en los cuales se asienta dicha historicidad deben estar sustraídos al vaivén de los cambios históricos y de las ideologías de moda, expresados en los acuerdos políticos de cada época y de cada comunidad concreta o en las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales (c.f. Hervada, 2000, pp. 83-90).

Los valores (morales o jurídicos) requieren de una instancia que justifique su carácter de tal, que responda al interrogante acerca de por qué el valor vale o por qué el principio pesa. Por ello, se hace forzosa otra forma de fundamentación, no necesariamente contradictoria o que rechace la idea de una fundamentación de carácter procedimental reglado, pero que incorpore otro(s) criterio(s), ya no meramente transubjetivo(s) o intersubjetivo(s), sino además objetivo(s), en el sentido más radical de la expresión, es decir, entendida como un algo inherente a aquella realidad a la cual se refieren en última instancia los derechos en general, y de forma muy particular los derechos fundamentales: la persona humana. Solo esta realidad puede servir de soporte último, necesario y suficiente, a las exigencias que se expresan normativamente mediante los principios.

En efecto, la persona humana y su dignidad que viene dada por su especial modo de ser, son las únicas instancias capaces de dar verdadero fundamento y consistencia a los principios constitucionales. Los principios jurídicos son enunciados normativos que contienen exigencias normativas derivadas de la dignidad humana y de la misma condición de persona. Por eso, y sobre todo por eso, los principios

son exigencias que no pueden identificarse por criterios formales de validez; por eso son la expresión jurídica de los valores más altos del ordenamiento jurídico, que están radicados en el ser que es fin y razón de ser del ordenamiento jurídico-constitucional, y allí es en donde reside en última instancia la fuerza de su exigibilidad.

Notas

¹ Lo que este razonamiento sostiene es que un rasgo sustancial de los ordenamientos jurídicos constitucionalizados es la presencia de principios además de reglas, pero no quiere decir que todo ordenamiento jurídico en el cual los jueces acepten las normas de principio como elementos integrantes del ordenamiento jurídico sea necesariamente un ordenamiento constitucionalizado, o un Estado social de derecho como el nuestro. Nada impide que puedan existir otro tipo de Estados cuyos ordenamientos jurídicos estén principalizados, y que no se autodefinan como Estados constitucionales o sociales.

² c.f., entre muchas, sentencias C-475 de 1997, C-1287 de 2001, C-818 de 2005 y C-417 de 2009.

³ La primera de estas tesis la sustentan autores no positivistas como Ronald Dworkin y Robert Alexy, mientras que la segunda es la propia de autores neopositivistas como H. L. A. Hart, Luis Prieto Sanchís y Alfonso García Figueroa. Una postura intermedia es expuesta por autores como Aulis Aarnio (2000), Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (1993).

Referencias

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anaurio da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 593-602.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 5, 139- 154.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (2ª ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2007b). *Teoría del discurso y derechos fundamentales*. Mexico D. F.: Fontanarama.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Atienza, M., & Ruiz-Manero, J. (1993). Tres enfoques de los principios jurídicos. *Revista de ciencias sociales*, 38, 329-356.
- Bayón, J. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. Navarro & M. Redondo (Comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia
- Cruz, L. M. (2009). La Constitución como orden de valores. *Dikaion. Revista de fundamentación jurídica*, 18, 11-31.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2010). *Los derechos en serio* (8a reimpresión). Barcelona: Ariel.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch.
- Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico. Un estado de la cuestión*. México D. F.: UNAM.

- Etcheverry, J. B. (2009). *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herejeros de Hart*. Granada: Comares.
- García-Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Hervada, J. (2000). *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis; Universidad de La Sabana.
- Mazzarese, T. (2010). Razonamiento judicial y derechos fundamentales. En S. Ortega (Ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 231-268). Lima: Ara Editores.
- Prieto-Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas, los problemas del razonamiento jurídico* (2a reimpresión). Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Prieto-Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson.
- Raz, J. (1972). Legal principles and the limits of Law. *The Yale Law Journal*, 81(5), 823-854.
- Sentencia T-406 (1992, junio 5). Acción de tutela. M. P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional.
- Sentencia C-475 (1997, septiembre 25). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1287 (2001, diciembre 05). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia C-818 (2005, agosto 09). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.
- Sentencia C-417 (2009, junio 26). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.
- Sieckmann, J. (2006). *El modelo de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. (1996). Teoría distintiva fuerte entre normas y principios. En C. I. Massini, (Ed.), *El iusnaturalismo actual* (pp. 465-492). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Vigo, R. (2000). *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

