

# DE LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO AL IMPERIO DE LOS PRINCIPIOS EN EL NUEVO DERECHO \*

---

Ferney Rodríguez Serpa\*\*  
Pilar Ruiz Zapata\*\*\*

*“Una interpretación jurídica que pretenda contentarse con la sola ley escrita, o bien se engaña manifiestamente a sí misma, o permanece impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida”*  
François Géný

*“Principio tienen todas las cosas”. “Al principio era el principio”. “Todo comienza con el principio”.*  
Del refranero popular

## RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene como objetivo central, analizar la transición de la crisis de un positivismo jurídico al imperio de los principios en el escenario del nuevo derecho; para ello, afirmamos –hipotéticamente– que desde la perspectiva del iusnaturalismo, se han definido razones suficientes para comprender que los principios son el imperio del Nuevo Derecho. Para validar este juicio,

el presente trabajo se basa en un diseño bibliográfico, que se fundamenta epistemológicamente en un estudio histórico hermenéutico, puesto que no es posible la comprensión de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho, sin una interpretación a fondo de las características, elementos y criterios que ellos encierran.

**Palabras clave:** positivismo jurídico, crisis, principios, Nuevo Derecho.

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2010.

\* Este artículo científico es producto de la investigación terminada “La racionalidad, la interpretación y la argumentación como Imperativos hipotéticos de la correcta decisión judicial”, adelantado dentro del Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, escalafonado en Categoría “B” de Colciencias.

\*\* Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Sociólogo de la Universidad del Atlántico. Joven Investigador de Colciencias 2007. Maestrante en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, escalafonado en la categoría B de Colciencias. Docente-investigador, en las áreas de Hermenéutica Jurídica, lógica y argumentación jurídica y Proyecto de Investigación. Correo electrónico: ferneysociojuridico@hotmail.com

\*\*\* Abogada de la Universidad Autónoma del Caribe. Diseñadora de moda de la misma Universidad. Especialista en derecho ambiental y Maestrante en Derecho de la Universidad del Norte.

## ABSTRACT

This research paper has as main objective to analyze the transition from a crisis of legal positivism to the rule of the principles in the stage at the new law. In order to do so, we state -hypothetically- that from the perspective of natural law enough reasons has been defined to understand that the principles are the rule of the new law. In regard to validate this view, the present paper is based upon a bibliographic design, which is also epistemologically supported in a hermeneutic historical study, since it is not possible to understand the crisis of legal positivism to the rule of the principles in the new law, without any profound interpretation of characteristics, elements and criteria they contain.

**Key words:** Legal positivism, crisis, rule of law, principles, new right.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo a pesar de tener una estructura discursiva en el seno de la historia y la filosofía del Derecho, se plantea solo para dar cuenta de un contexto de desarrollo del derecho sustancial y procesal. No obstante, la intención de fondo no es describir y explicar la relación del entorno iusfilosófico con el Derecho, sino centrarnos en la movilidad del positivismo jurídico y la crisis de este, como paradigma imperante hasta el fin de la segunda guerra mundial. En esa misma centralidad, se abordarán los principios en el Nuevo Derecho, partiendo, como es lógico, de la crisis del positivismo al escenario de los principios en la razón práctica del derecho dúctil descrito por Zagrebelsky. Con esto se advierte que, a pesar de que el artículo se deriva de los capítulos II, III y IV de un proyecto terminado<sup>1</sup> en Derecho procesal, el lector no

encontrará en este artículo esa simetría entre el Derecho adjetivo, historia y Filosofía del Derecho.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Para iniciar se parte de una afirmación -simple- que se bifurca en dos ideas, en la cual se señala que en algún momento de nuestra vida como jurista hemos sido positivistas decimonónicos. Las razones de esto, quizás, radican: 1) en que el positivismo jurídico dominante del siglo XIX y la mitad del siglo XX no ha sido superado por completo; y 2) gran parte de los juristas y formadores del derecho contemporáneo aun tiene una perspectiva estrictamente iuspositivista.

Tal vez, estas dos ideas nos llevarían a un debate mucho más profundo, en la medida en que a pesar de las nuevas tendencias del derecho desde el fin de la segunda guerra mundial, aun persiste arraigada con fuerza esta visión en la cultura jurídica occidental; sin embargo, hay una tercera razón que ineludiblemente nos llevará a repensar las dos primeras ideas. Esta tercera razón que fundamenta lo anterior, y sobre la cual se ubica el problema de este artículo de investigación, es precisamente la crisis del positivismo jurídico y el posicionamiento de un Nuevo Derecho fundado en principios, es decir, sobre la crisis del positivismo jurídico que fue la teoría dominante durante más de dieciséis décadas y sobre los principios que en un momento fueron excluidos del conjunto de normas básicas y de los sistemas dominantes en el derecho y hoy se alzan con una fuerza extraordinaria que ha generado un cambio de paradigma del derecho, es decir, un cambio que demanda una nueva reinterpretación de los sistemas jurídicos, nuevas lecturas del hacer y pensar el derecho. Cuestión esta, que no es nada fácil,

<sup>1</sup> La racionalidad, la interpretación y la argumentación como imperativos hipotéticos para la correcta decisión judicial. Proyecto anteriormente referenciado.

pues la multiplicidad de fuentes jurídicas se han acrecentado y los principios son una parte transcendental de esas fuentes, que por su textura abierta ameritan un cuidadoso y razonable tratamiento.

## HIPÓTESIS

Desde los procesos rigurosos del positivismo jurídico que se inauguraron con la Revolución Francesa y la Escuela Exegética del siglo XIX, el Derecho estuvo anclado en la obediencia ciega de la Ley y al estricto culto del principio de legalidad. No obstante ante la dinámica de los tiempos modernos, que desvanecen en el aire todo lo sólido<sup>2</sup>, el positivismo jurídico como paradigma vigente por décadas entró en crisis, en la cual –para los efectos de la hipótesis, el iusnaturalismo, definió razones suficientes para señalar que nos hayamos frente al imperio de los principios en un Nuevo Derecho.

## ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El presente artículo de investigación, se fundamenta epistemológicamente en un estudio teórico. El carácter bibliográfico del estudio está dado por las distintas escuelas y corrientes teóricas que asumen el debate de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el Nuevo Derecho. En otras palabras, la investigación responde a características de un estudio teórico-analítico en razón de su “orden explicativo e ‘inter-

pretativo’ orientado a estructuras teóricas,”<sup>3</sup> pues la pretensión final del proyecto se enmarca dentro de un diseño de investigación bibliográfica.

El paradigma que reviste la investigación es eminentemente hermenéutico, puesto que no es posible la comprensión de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho –aquí señalados–, sin una interpretación a fondo de las características, elementos y criterios que ellos encierran. Esto último demandaría un método de investigación deductiva, pues la finalidad teórica del proyecto exige la universalidad de los resultados y en este caso de los resultados finales de la investigación.

## RESULTADOS

En términos popperianos, para falsear esta hipótesis<sup>4</sup>, se tratará de describir en resumen el contexto del positivismo jurídico como producto de la modernidad, con el objeto de comprender por qué el positivismo jurídico es hijo de la razón ilustrada y las teorías racionalistas; también se analizará la crisis de un positivismo jurídico y los intentos tardíos de respuestas a la crisis; para este particular punto se tomará como referente a Kelsen y Hart y finalmente se expondrán las razones de por qué los Principios se constituyen en el imperio del nuevo Derecho, de un derecho dúctil,<sup>5</sup> que tiene respaldo en planteamientos de teóricos tales como Dworkin, Alexy, Guastini y Zagrebelsky, entre otros.

2 BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Editorial Siglo XXI. México. 1989, p. 14.

3 TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Serie aprender a investigar. Módulo 2 de investigación*. Edición Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES. Bogotá D. C. 1999. Pág. 54.

4 ADORNO, Theodor. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Colección Teoría y Realidad. Estudios críticos de filosofía y ciencias sociales. Traducción de Jacoho Miífioz. Ediciones Grijalbo, S. A. Barcelona. 1973, p. 112.

5 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 8.ª Edición. Madrid. Editorial Trotta. 2008, p. 149.

## MODERNIDAD Y POSITIVISMO JURÍDICO

Uno de los más ilustres sociólogos americanos, Marshall Berman, señaló que “todos los hombres y mujeres del mundo comparten una forma de experiencia vital – experiencia del espacio y el tiempo, del ser y de los otros, de las posibilidades y de los peligros de la vida – a la que llamó modernidad”<sup>6</sup>.

La modernidad ha sido el motor de la historia, la negación de la tradición y del antiguo régimen feudal. Así mismo, ha sido –en palabras de Lipovetsky– “el culto a la novedad y al cambio [...] sin límites y por ende, ante tal hecho, no se salva ni el mismo”<sup>7</sup>.

Esta característica que describe Lipovetsky de la modernidad, ineludiblemente abraza al positivismo jurídico, y tiene como significado interpretativo comprender si el positivismo jurídico es producto de la modernidad, donde paradójicamente en la dinámica de ella, el positivismo jurídico nació con la condena a entrar en crisis.

Sin embargo, a pesar de esa predicción a la crisis del positivismo jurídico, casi la totalidad de las tesis del derecho positivo clásico dependían del nacimiento del Estado de Derecho Liberal francés, que estableció por primera vez la genial idea de la división de poderes, y en efecto, los límites a la arbitrariedad del poder, en especial del poder judicial.

Seguidamente a la revolución francesa, se genera una nueva concepción jurídica llamada corriente codificadora que venía fundamentada con teorías racionalistas, que creían que era factible reducir el derecho a la unidad de una ley contemplada a través de códigos. Esta corriente ha sido el movimiento “más importante del siglo XIX, ha sido el desarrollo extraordinario alcanzado por la codificación en la mayoría de las naciones”<sup>8</sup>.

Su triunfo más amplio, ocurrió en Francia, España y en los países hispanoamericanos.<sup>9</sup> Sin embargo, la historia de este proceso codificador se remonta a la Francia de mediados del siglo XVIII, de Luis XIV, donde éste –asesorado por juriconsultos de la época–, proclamó las grandes ordenanzas codificadoras sobre los procedimientos civiles y criminales. Así mismo, las ordenanzas relacionadas con el comercio, las aguas y bosques, la marina, el código negro que versaba sobre el tratamiento de los esclavos de las colonias<sup>10</sup>.

Tal como se advirtió, la revolución francesa fue clave en este proceso. Ella aceleraría la codificación. La más famosa de esas codificaciones, sin duda lo fue el código civil de Napoleón de 1804, el cual es un claro ejemplo de la presencia de grandes juriconsultos como Cujas, Domat y Pothier.<sup>11</sup>

Después de la sanción de los distintos códigos de Napoleón, surgió la escuela de la exégesis, la cual “concebía el estudio del

6 BERMAN, Marshall. “Brindis por la modernidad”. En: *Colombia el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores, Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991, p. 44.

7 LIPOVESTSKY, Gilles. “Modernidad y postmodernidad”. En: *Colombia el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991, p. 140.

8 MOUCHET, Carlos & ZORRAQUÍN, Ricardo. *Introducción al derecho*. Edición Duodécima actualizada reimpressa. Editorial Abeledo-Perro. Buenos Aires. [s.f.], p. 212.

9 ORREGO, Cristóbal. *Analítica del derecho justo: La crisis del positivismo jurídico y la crisis del derecho natural*. Edición: Karla B Templos Núñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos núm. 86. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005, p. 84.

10 MOUCHET, Carlos & ZORRAQUÍN, Ricardo. op. cit., p. 213.

11 *Ibid.*, p. 214.

Derecho como un estricto comentario del código, interpretado literalmente y siguiendo las sistemáticas y los conceptos elaborados por el legislador”<sup>12</sup>. En términos más amplios, Carlos Fuentes<sup>13</sup> señala que esta escuela tenía como característica: 1) reducir el Derecho a los códigos, 2) considerar los códigos como un sistema de pretensiones universales donde no existen lagunas, 3) esta corriente responde a una perspectiva pragmática y estática del derecho que sacrifica cualquier intento evolutivo por la estricta certeza jurídica, 4) la escuela exegética en sí misma llegó a considerarse en el principio de la plenitud hermética, es decir bajo la mirada de un ordenamiento jurídico cerrado, donde la función del juez se limitaba estrictamente a la aplicación de las disposiciones jurídicas contempladas en los códigos. Así las cosas, esta escuela termina convirtiéndose en una postura dogmática, o sea acrítica en el sentido que sus principios serían incontrovertibles.

Este último punto se constituiría en un antecedente de lo que sería posteriormente una de las críticas al movimiento que se encubrió en el seno del positivismo jurídico y que daría al traste con los sueños de los hombres de la revolución francesa, que habían pensado en un código que pudiera extenderse a todas las naciones y resistir el paso del tiempo<sup>14</sup>.

De conformidad, entonces, con la modernidad, la revolución francesa y la escuela de la exégesis, el derecho positivo por décadas le rindió culto a la ley enmarcada en el paradigma jurídico del Estado de Derecho, bajo el “arbitrario” axiomático que afirmaba

“dura es la ley, pero es la ley”, el cual, no cabe duda en la práctica jurídica, limitó el ejercicio del buen proveer de todos los intervinientes en el derecho, desde el Juez hasta el más iniciado del derecho. En el caso de los jueces, tal limitación llegó hasta el punto de reducir las funciones de estos a meros espectadores y pasivos frente al proceso jurisdiccional. En este sentido, tal pasividad y rol de espectador del juez jurisdiccional y de los demás juristas del derecho, estuvo anclado por décadas, a las condiciones estructurales del régimen político-jurídico en el cual se circunscribieron sus funciones regladas.

La juridicidad, en el Estado de Derecho, fue el “Estado bajo el régimen de derecho,”<sup>15</sup> es decir, el Estado jurídico de estricto apego a la legalidad de las normas preexistentes o a la regla jurídica del momento. Zagrebelsky<sup>16</sup> afirma que el Estado de Derecho, como Estado, actúa bajo el principio de legalidad y la ley positiva para imponer con eficacia el derecho en todas las relaciones sociales y evitar a toda costa la fragmentación y la anarquía social. El Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la sumisión a ella y de todas las fuentes de derecho, de manera que para los sujetos procesales y en especial en los jueces, el poder de dirección del proceso se limitaba a la exégesis de la ley, desconociendo como es natural en su momento histórico, el sistema de fuentes del derecho del que se goza en nuestros tiempos (basado especialmente en la constitución, subreglas, principios y valores). No obstante, esta última idea para los jueces y sobre todo para el legislador decimonónico, no representó un “gran peli-

12 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 84.

13 FUENTES, Carlos. *El realismo Jurídico*. Edición Miguel López Ruiz. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003, p. 251, 252.

14 HUSSON, León. *Análisis crítico del método de la exégesis*. Universidad de Lyon Francia. [s.e], [s.f], p. 12.

15 ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 21.

16 *Ibid*, p. 24.

gro". Recuérdese, por ejemplo, la obra *De los delitos y las penas* de Cesar Beccaria. En este texto, el autor italiano, señala que la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores. Los jueces no han recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición y un testamento que dejase a los herederos sólo el cuidado de obedecerlo; y recibirlas de la sociedad viviente, o del soberano su representante, como legítimo depositario en quien se hallan las actuales resultas de la voluntad de todos. Así mismo, señala Beccaria que en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. La premisa mayor será la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley, de donde inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre<sup>17</sup>.

Otra erudición de este tipo nos la brinda la clásica obra. *El espíritu de las leyes* de Montesquieu. Cuando este ilustrado francés se refirió al juez de la época como a aquel ser inanimado que no puede mitigar ni la fuerza y el rigor de la ley misma. De igual forma, redujo este a ni más ni menos que a la boca del legislador<sup>18</sup>. De ahí que la famosa teoría de la división del poder en tres ramas en la práctica, no era tan cierta, ya que la supuesto autonomía del poder del juez dependía de la construcción de las reglas jurídicas que creaba el legislador y, peor aun, de la imposibilidad de apartarse del tenor literal del texto emanado cuerpo legislativo. Ahora bien, si la motivación de las sentencias por parte de los jueces fue una consecuencia y no un presupuesto de la organización del aparato de

justicia, de manera que esta –la justicia– ha de ser entendida como la aplicación de la regla jurídica, pues la ley aparece como la expresión de la voluntad popular a la que el juez debe sometimiento, según Eduardo García de Enterría en su obra *El derecho, la ley y el juez*<sup>19</sup>.

Tal sometimiento a la regla jurídica se entiende también como el sacramental sometimiento a los códigos. François Ost<sup>20</sup> denomina este modelo como el derecho Jupiterino y explica que es aquel derecho que adopta la forma de ley y se expresa en imperativos y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Es un modelo jurídico clásico, que a pesar de los progresos hacia los principios y los valores jurídicos, todavía continúa siendo enseñado en las facultades de derecho y, en consecuencia, practicado en los tribunales judiciales, puesto que parecen más profundos los vestigios o legado de la racionalidad del Estado de Derecho, basado en la separación estricta entre lo público y lo privado, instrumentalizada por el principio de legalidad, la defensa de la propiedad y la libertad personal, y en fin de la “odiosa e injusta” seguridad jurídica concebida como manifestaciones de la razón, y razón como ley misma, ley y razón son lo mismo<sup>21</sup>, de ha aquí el gran mito liberal, que engendró el aforismo “dura es la ley, pero es la ley”.

### LA CRISIS DE UN POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS TARDÍOS INTENTOS DE RESPUESTAS A LA CRISIS

Ahora, la idea de que la ley era la fuente del Derecho por antonomasia fortalecía el culto

17 BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. 3.<sup>a</sup> Edición Latinoamericana Estudio. Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Editorial Textos fundamentales de derecho núm. 2 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1994.

18 MONTESQUIEU, Charles. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta. Madrid. 2005. pág. 187.

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El derecho, la ley y el juez. dos estudios*. Civitas Ediciones. Madrid (España). 1997.

20 OST. “Francisco. Júpiter, Hércules y Hermes tres modelos de jueces. Tres modelos de juez”. Trad. de Isabel Lifante Vidal Rev. *Cuadernos de filosofía DOXA*. núm. 14. España. 1993, p. 173.

21 GÓMEZ ISAZA, María Cristina. *El mito del Estado Social de Derecho*. [s.e], [s.f].

sacramental hacia el poder Legislativo<sup>22</sup> que por décadas determinó en rigor lo que significaba el Estado reglado de Derecho. No obstante, este modelo paradigmático y sólido por décadas entraría en crisis, para dar paso a lo que sería un Nuevo Derecho basado en principios y por supuesto en reglas, pero ya no de estricto absolutismo a la legalidad que estableció el legislador decimonónico, sino a la corrección permanente del carácter de su contenido sustancial y procesal.

Con esto, se considera fundamental enunciar a groso modo, la facticidad de la crisis de las reglas jurídicas del Estado Liberal. En efecto, un primer acercamiento a esa crisis estribaría en torno a la legitimidad democrática de la ley, y la imposibilidad de esta para resolver todas las demandas de los diferentes grupos sociales, la crisis de la representación política, las tensiones de derecho, las antinomias, las colisiones jurídicas y por supuesto los casos difíciles y trágicos que son cada vez más recurrentes en el derecho contemporáneo.

Otra de tales manifestaciones a la crisis se inscribe –como se ha señalado– bajo el método exegético del derecho, el cual por varios siglos ha sido el método ideal para que se consolidara el estricto apego a las reglas jurídicas y la reproducción de la boca del legislador. Sin embargo, es de reiterar que esta escuela, legado de los grandes juristas del pasado –glosadores y posglosadores–, se constituye finalmente con la generación nacida bajo el proceso de codificación<sup>23</sup>. Ahora, el positivismo en sí no es crisis.

“La crisis reside en la falta de elasticidad, el abuso de los procedimientos lógicos, el

exceso de intelectualismo que se ponía en juego y destruían la necesaria relación que debe existir entre el Derecho y la dinámica social (...), se suma esto a la pretensión de construcciones de orden lógico que hizo olvidar a veces las exigencias más elevadas de la justicia, y la conveniencia de adecuar el Derecho a la evolución de la sociedad”<sup>24</sup>.

Un hecho más que se suma a esta crisis se efectúa en el interior de los sistemas procesales, los cuales, según el procesalista italiano Michele Taruffo<sup>25</sup>, gravitan en la racionalidad como coherencia de la ley procesal y por otra parte, la funcionalidad instrumental de esta. En la primera, la crisis se ubica en la escasa posibilidad de asegurar un orden y la unidad de la ley procesal pues prevalece la tendencia hacia la fragmentación; y en cuanto a la segunda, la crisis se profundiza, en la falta de una tutela jurisdiccional efectiva, que se desprende de los desencantos que genera una lenta y soñolienta justicia material, frente a las crecientes demandas de soluciones rápidas y eficaces<sup>26</sup>.

De otra parte, el Estado de Derecho reducido a regla jurídica, al principio de legalidad, al derecho estrictamente legislado e interpretado exegéticamente, entraría finalmente en crisis, no por su genuina estructura, sino por su carácter deformador al servicio del totalitarismo; del führer, el Duce o de un Soviet.

A pesar de que la ley o la regla jurídica ha sido fruto de la razón y las voluntades políticas del Estado moderno, esta con el transcurrir del tiempo no se fue acomodando a las nuevas realidades sociales, de manera que

22 GUASTINI, Ricardo. *Ley*. En: *Elementos de Técnica Legislativa*. Comp. de Miguel Carbonelle. Edición Instituto de Investigaciones Jurídico. Serie Doctrina Jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003, p. 14.

23 HUSSON, León. op. cit., p. 5.

24 MOUCHET Carlos & ZORRAQUIN, Ricardo. op. cit., p. 255.

25 TARUFFO Michele. “Racionalidad y Crisis de la ley procesal”. En *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 24. España. [s.f.], p. 313.

26 *Ibid*, p. 315.

era obvia la inseguridad jurídica<sup>27</sup> y la carencia progresiva de legitimidad y eficacia de la ley. A este análisis, Miguel Ángel García agrega que en la crisis de la legalidad positivista, existe una “contradicción entre el Estado de Derecho, los límites normativos y las prohibiciones impuestas a los poderes públicos de forma cierta abstracta y general,<sup>28</sup> pues como bien se sabe 1) en la sistemática del derecho tradiciones del *Civil Law* en ocasiones producen una inflación legislativa que solo deja inseguridad jurídica ante la abundancia normativa y 2) si los poderes públicos estaban sometidos al imperio de la ley, entonces la obediencia de los jueces se vinculaba a la ley y no la constitución donde a futuro las corrientes iusnaturalistas positivizarían los principios del nuevo derecho.

En resumen, la crisis del positivismo jurídico se acrecienta a finales del siglo XIX. “Entre 1890 y 1945, cuando por una parte tuvieron su apogeo las escuelas funcionalistas, teleológicas y sociológicas del derecho”<sup>29</sup>, y por otra parte cuando “François Géný denunció en su libro *“Methode d’interpretation et sources en droit privé positif”* el método de la exégesis”<sup>30</sup>.

Todas estas “críticas metodológicas”<sup>31</sup> al positivismo jurídico, no impidieron que algunos miembros de esta corriente como Kelsen y Hart intentaran dar respuesta a la crisis.

En ese orden de teóricos, Kelsen planteó como tesis que “la validez del derecho posi-

tivo no puede depender de su relación con la justicia”,<sup>32</sup> ya que lo que “constituye derecho como derecho es validez [...] pues los ideales de justicia son [...] un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez”.<sup>33</sup> Estos argumentos de Kelsen se justificaron en dos sentidos: 1) no existe sobre la tierra un individuo que sea capaz de crear normas *erga omne* homogéneas y heterogéneas para todos, a partir de su voluntad y 2) no es posible, en efecto, encontrar un valor moral para todos.

Esto significó que Kelsen no negaba la existencia de la justicia; no obstante, para sus pretensiones de cientificidad del derecho positivo, era necesario según Kelsen “excluir tales juicios de valor de un estudio científico, objetivo y riguroso, del derecho como orden normativo”<sup>34</sup>.

Según Orrego, Kelsen era consciente de la crisis del positivismo desde la perspectiva del legalismo y el formalismo. De ahí que para superar tal crisis, plantea una combinación entre actos cognoscitivos del derecho y actos volitivos de creación de derecho, que ayudaran a suavizar el formalismo objeto de crítica, conservando de todas formas la negación de valoración de las ciencias del derecho<sup>35</sup>.

Finalmente la respuesta de Kelsen sería insuficiente ante hechos como el genocidio nazi, pues negaba el carácter de materialidad de la norma básica, tan fundamental para poder dar respuesta a estos lamentables he-

27 BENITEZ, Rafael. *El papel del juez en la democracia: Un acercamiento teórico*. Edición Embajada de España y Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador. Escuela de capacitación judicial. San Salvador. 2006, p. 23.

28 *Ibid.*, p. 24.

29 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 86.

30 HUSSON, León. op. cit., p.1.

31 SCHMITT, Carl. *Los tres modos de pensar*. [s. e.][s.c.][s.f.], p. 33.

32 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 88.

33 BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*. 3.<sup>ra</sup> Edición revisada y corregida. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007, p. 31.

34 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 88.

35 *Ibid.*, p. 89.



chos; dicho con otras palabras, para Kelsen la norma básica o constitución era una “norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de la voluntad y por tanto no tiene contenido material”<sup>36</sup>.

Ahora, cuando se señala que la respuesta es tardía porque Kelsen se retractaría, ya al final del auge de su teoría. Tal como lo advierte el profesor Mejía Quintana, Kelsen decide abjurar de su doctrina y reconoce que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógica formal<sup>37</sup>.

Por su parte, el más notable filósofo del derecho anglosajón, Herbert L. A. Hart, en su intento por superar la crisis del positivismo caracterizó las tesis más esenciales con el fin de conservar la tradición a la que pertenece. En este sentido, para muchos autores como César Rodríguez<sup>38</sup>, el propósito de Hart es contestar la pregunta ¿Qué es el derecho? Para otros doctrinantes como Pablo Bonorino y Jairo Peña, “el propósito de Hart no es dar una definición del derecho [...] sino avanzar en la teoría jurídica proponiendo un análisis más elaborado [...] de las semejanzas y distinciones entre el derecho, la coerción y la moral como tipos de fenómenos sociales”<sup>39</sup>.

De cualquier forma, más allá de la precipitada discusión, lo que interesa es establecer en síntesis las tesis –que según Orrego son

diez tesis– más importantes del profesor de Oxford:

“1) La teoría imperativa del derecho, como mandatos del soberano de los ciudadanos; 2) El voluntarismo jurídico; 3) La tesis de las fuentes sociales del derecho; 4) La tesis de la separación conceptual entre derecho y moral; 5) La teoría positivista semántica; 6) La tesis del análisis conceptual no valorativo, del derecho; 7) El no cognitivismo ético; 8) La tesis logisista sobre la aplicación del derecho 9) La tesis de la discrecionalidad judicial; y 10) La tesis del deber moral absoluto de obedecer el derecho”<sup>40</sup>.

De estas diez tesis, Hart vendría a admitir las tesis 3, 4, 5, 6 y 9; las otras las rechazarían. El trabajo del profesor Mejía Quintana, sin embargo, sintetiza en tres perplejidades claves las tesis de Hart.

La primera perplejidad tiene que ver con la reducción del derecho a órdenes respaldadas por amenazas<sup>41</sup>, donde Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias; las primeras son las que aseguran derechos e imponen obligaciones y las segundas son las que estipulan cómo y por obra de quién se puede formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias<sup>42</sup>. Hart concibe estas reglas como razones para la acción de la conducta de diferentes individuos distinguidos por su rol en la sociedad. Así, por ejemplo, distingue principalmente entre jueces y ciudadanos: el primero de ellos, según el profesor de Oxford, puede observar un aspecto interno,

36 MEJÍA QUINTANA, Oscar. “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación”. En: *Filosofía del derecho y filosofía social*. (Memorias del Tercer Congreso Nacional). Comp. Numas Gil. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006, p. 8.

37 *Ibid*, p. 9.

38 RODRÍGUEZ, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Editores Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002, p. 20.

39 BONORINO, Pablo & PEÑA, Jairo. *Filosofía del derecho*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2002, p. 52.

40 ORREGO, Cristóbal. *op. cit.*, p. 91.

41 MEJÍA QUINTANA, Oscar. *op. cit.*, p. 10.

42 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 2002. Pág. 68

también llamado normativo, donde se establecen razones y justificaciones de la acción, de las sanciones, etc. Las segundas, en cambio, donde se ubican los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, establecen reconocimientos, cambios y dedicación desde una perspectiva externa que en resumen confiere potestades públicas y privadas<sup>43</sup>. Esta última es esencial para entender cómo en Hart se reconoce por vez primera el carácter exógeno de una regla en el sistema jurídico.

La segunda perplejidad que enuncia Mejía Quintana tiene que ver con la clásica separación entre el derecho y la moral. Aquí Hart pretendió superar el conflicto entre derecho y moral en Kelsen desembocado en la negación de la moral y la prevalencia coactiva del derecho, lo que lo reduce a órdenes respaldadas por amenazas<sup>44</sup>. Este replanteamiento en la relación derecho y moral lo rechaza Hart con el ánimo de proponer un derecho mínimo natural contrario que permita un reconocimiento entre ambos enfoques del derecho.

La tercera perplejidad que enuncia Mejía Quintana se inscribe en la “consideración axiomática del derecho”<sup>45</sup> (esta última no es descrita por el autor, que he venido citando en este trabajo).

Ahora, tratando de sobreponerse a los lineamientos teóricos que le antecedieron, en particular de su compatriota Austin, y del profesor de Viena, Kelsen, quienes establecieron en la coacción la “esencia” del Derecho; el profesor Hart propuso la existencia

de la denominada regla de reconocimiento, –como ya se ha dicho–, con la cual se establecería un estándar normativo que serviría para definir qué es derecho válido<sup>46</sup>, y que además se caracterizaría por no ser expresa y tener naturaleza consuetudinaria. En palabras del profesor Hart: “En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como regla; aunque ocasionalmente los tribunales de Inglaterra puedan enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro, como cuando afirman la supremacía de las Leyes del Parlamento sobre otras fuentes, aceptadas o sugeridas”<sup>47</sup>.

En síntesis, “Kelsen y Hart y otros autores de la época, concibieron exclusivamente al sistema jurídico como agregado de reglas, negando toda posibilidad de incorporación de principios”<sup>48</sup> y valores al derecho.

## EL IMPERIO DE LOS PRINCIPIOS EN EL NUEVO DERECHO

Con el final de la segunda guerra mundial se marcan dos acontecimientos jurídicos trascendentales en el derecho. El primero de ellos, como lo he advertido, es el hundimiento del positivismo jurídico que se realizó con fuerza en la revolución francesa y la escuela de la exégesis; el segundo, el nacimiento de un iusnaturalismo recargado constitucionalmente, donde la ley o la regla ya no debe su vigencia al legislador, sino a los contenidos derivados de la constitu-

43 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 92.

44 MEJÍA QUINTANA, Oscar. op. cit., p. 11.

45 *Ibíd.*, p. 10.

46 HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Argentina Abeledo Perrot. 1961. p. 137.

47 HART, H.L.A. *Ibíd.*, p. 127.

48 CÁRDENAS, Jaime. *La argumentación como derecho*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídicos núm. 210. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007, p. 56.

49 BENÍTEZ, Rafael. op. cit., p. 25.

ción<sup>49</sup>, que son de carácter material y se expresan como principios.

Estos principios jurídicos a partir de la segunda guerra mundial pretenden dar respuesta al holocausto, a la bomba atómica, a la crueldad de extinción de un pueblo como el judío; al dolor y sufrimiento intenso que se le causó a la dignidad de millones de mujeres, niños, ancianos y hombres en el mundo.

La justificación ontológica de los principios a raíz de la tragedia de la razón, se debe en buena forma en la necesidad de realizar una corrección a la validez del derecho positivo. Tal corrección se realizó a partir de la idea iusnaturalista de positivizar los derechos que eran inherentes a la persona humana, pues esto permitía, en buena forma, someter la validez de la regla jurídica a los contenidos materiales de la norma básica.

De esta forma, los principios son elevados a la categoría de derechos fundamentales, ya no como declaraciones simplemente políticas, como ocurría en el clásico Estado de Derecho Liberal francés, sino como reclamación jurídica ante los tribunales<sup>50</sup> constitucionales.

Otra de las justificaciones de los principios se halla en el iusnaturalismo silencioso de

Gustavo Radbruch. Se dice silencioso porque estuvo marginado de los escenarios públicos este hombre extraordinario, a raíz del padecimiento de una enfermedad degenerativa como el párkinson, adquirida mucho antes del fin de la segunda guerra mundial. Si bien Radbruch comenzaba a sentir muy de cerca su muerte, esto no fue impidiendo para que planteara “cinco minutos de filosofía del derecho” (*Fünf Minuten Rechtsphilosophie*),<sup>51</sup> sus tesis más severas contra el positivismo. De estas se destaca la primera donde lanza las armas de su crítica contra las frases “Befehl ist Befehl (una orden es una orden) [...] y Gesetz ist Gesetz (la ley es la ley)”<sup>52</sup>, en la cual, se halla implícito el reclamo a la corrección de validez de la norma jurídica positivista.

En este sentido Radbruch señala que “el positivismo cree haber podido fundamentar la validez de la ley por el mero hecho de poseer la fuerza de imponerse, pero la ley además de proporcionar seguridad, ha de ser justa y conveniente”<sup>53</sup>.

Para Manuel Atienza<sup>54</sup>, Radbruch buscaba la realización de los valores del derecho natural en lo que posteriormente se llamaría el Estado Constitucional. Así mismo señala este filósofo español que hay una clara continuidad entre las tesis de Radbruch, Alexy<sup>55</sup> y Dworkin.

50 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 3.

51 MARTÍNEZ, Virginia. *Gustavo Radbruch. Vida y obra*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E. Varios núm. 47. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003, p. 78.

52 *Ibid*, p. 79.

53 *Ibid*, p. 81.

54 ATIENZA, Manuel & FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Edición Margarita García. Editorial Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Estado de Derecho y función judicial. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005, p. 51.

55 No hay duda que uno de los autores más complejos dentro de un parcelación de la filosofía del derecho es el profesor Robert Alexy; por ello, en respuesta al par evaluador de este trabajo y los lectores del mismo, Alexy es considerado una mezcla entre el positivismo Kelseniano y el naturalismo jurídico de Radbruch. De modo que Alexy no se conoce como positivo y sí, por el contrario, cercano a una perspectiva iusnaturalista a partir de la teorización de los derechos humanos.

Ahora, antes de volver a Alexy y Dworkin es necesario manifestar que en los argumentos del imperio de los principios en el nuevo derecho o derecho líquido,<sup>56</sup> se irá realizando ciertas distinciones con respecto a las reglas y principios. Así mismo, es esencial señalar que la discusión de los principios no es estrictamente jurídica, sino metajurídica; por lo tanto, su discusión, en cierta forma, es riesgosa pues se balancea sobre las fronteras de múltiples disciplinas.

Aclarado entonces que los principios no solo son un tema jurídico<sup>57</sup>, se dejan abiertas las puertas para considerar no solo principios sistémicos en el sentido de Dworkin<sup>58</sup>, sino extrasistémicos.

Precisamente Dworkin junto a Esser, han sido considerados los pioneros en entablar el debate de los principios fuera del esquema formalista<sup>59</sup>, con el objeto de poder diferenciarlos de la regla jurídica clásica, hallada bajo la tutela epistemológica del positivismo jurídico. En consecuencia, ha sido Ronald Dworkin quien como alternativa al debate iusnaturalista-positivista ha ofrecido un nuevo modelo<sup>60</sup> en el cual parte de la revisión de la posición de Hart, manifestando que “el sistema jurídico no solo está formado por reglas jurídicas [...] sino que contiene otros estándares normativos como los principios”<sup>61</sup>.

Estos principios, según Dworkin, hacen colapsar el esquema de validez y aceptación propuesto por Hart; también señala que estos principios por el hecho de poseer una textura abierta que los hace no conclusivos requieren para su aplicación ser ponderados en cuanto a su valor relativo impuesto por ciertas circunstancias determinadas<sup>62</sup>. La ventaja, entonces, de los principios frente a las reglas se establece en dos: 1) “las reglas se aplican a todo o nada, mientras que los principios poseen un conjunto de excepciones que no pueden ser listadas [...] 2) los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas, el peso”<sup>63</sup>.

En Dworkin este peso se interpreta como la fuerza de los argumentos que respaldan los principios. Por su parte, Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, establece que la propiedad fundamental<sup>64</sup> que hace sustancialmente diferentes los principios y las reglas es que los primeros “son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también jurídicas”.<sup>65</sup> De igual forma, las reglas “son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen

56 VÁSQUEZ, Adolfo. “Zygmunt Bauman. Modernidad líquida y fragilidad humana”. En: *Nómaditas*. núm. 19. *Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Edición Universidad Complutense. Madrid. 2008, p. 2.

57 BOTERO, Andrés. “La jerarquización de principios generales del derecho. La historia y la culturalidad del principio de judiciales”. En: *Revista de derecho de la Universidad del Norte*. Barranquilla. 2005, p. 32.

58 MEJÍA QUINTANA, Oscar. op. cit., p. 15.

59 CÁRDENAS, Jaime. Oscar. op. cit., p. 103.

60 HIERRO, Libardo. “El imperio de la ley y crisis de la ley”. En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 19. España. 1996, p. 300.

61 UPRIMY, Rodrigo. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2003, p. 110.

62 RODRÍGUEZ, César. op. cit., p. 48, 51, 52, 54.

63 BONORINO, Pablo & PEÑA, Jairo. op. cit., p. 87.

64 LOPERA, Gloria. “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”. En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 27. España. 2004, p. 215.

determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”<sup>66</sup>.

Este argumento de Alexy, a juicio de los filósofos españoles Atienza y Ruiz, no es nuevo, pues ya estaba presente en Dworkin, quien afirmaba que los “principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor demanda posible [...], en cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno”<sup>67</sup>, donde estas se deben cumplir o no.

Como no todo es perfecto en el mundo de la vida, agregan estos dos autores que la crítica a los principios se debe hacer en el plano del absolutismo de ellos, como mandatos de optimización. Razón crítica que se funda en que no todos los principios tienen “la calidad de mandato de optimización, [...] ya que solo es adecuada para dar cuenta de una clase de principios, los llamados directrices o normas programáticas”<sup>68</sup>.

De otra parte, para el tratadista italiano Riccardo Guastini los principios “son normas incondicionadas, es decir, carentes de supuestos de hechos, o en cualquier caso, supuestos de hechos abiertos con un campo de aplicación totalmente indeterminado”<sup>69</sup>. De igual manera, manifiesta el jurista ita-

liano Guastini que si bien los principios tienen un rango constitucional<sup>70</sup>, no siempre estos se hallan expresos en el texto constitucional. Un claro ejemplo de esto es el principio de conexidad que se deriva de las facultades hacia una hermenéutica constitucional plástica, contemplada en el artículo 94<sup>71</sup> de la Constitución Política de Colombia y la sentencia T-406 de 1992 que profirió la Corte Constitucional,<sup>72</sup> en la cual, el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional establece una clara distinción entre principios y valores, entendiendo por los primeros, las disposiciones constitucionales establecidas en los artículos primero y tercero donde se señala el catálogo de los principios constitucionales<sup>73</sup>.

Al igual que Dworkin y Alexy, Ricardo Guastini efectúa una distinción entre reglas y principios. Para Guastini una regla comporta un enunciado condicional que concede una determinada consecuencia jurídica ante la ocurrencia de lo fáctico. Esta consecuencia puede ser de múltiples formas, desde el nacimiento de una obligación, hasta una sanción, pasando por la validez o estatus.

Otro de los filósofos más destacados en defensa de los principios es Zagrebelsky. Este

65 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos humanos*. Edición Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993, p. 86.

66 *Ibid*, p. 87.

67 ATIENZA, Manuel & RUIZ, Juan. “Sobre principios y reglas”. En: *DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 10. España. 1991, p. 108.

68 LOPERA, Gloria. *op. cit.*, p. 220.

69 GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Doctrina jurídica contemporánea. Colección dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez. Edición Miguel Carbonell. México. 2001, p. 133.

70 GUASTINI, Ricardo. “Norma suprema”. En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 17- 18. España. 1995, p. 268.

71 Art. 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

72 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

73 MEJÍA QUINTANA, Oscar & GUZMÁN, Natalia. “La Corte Constitucional: Entre La Emancipación Social y la eficacia sistémica. Hacia un tercer modelo normativo de tribunal constitucional”. En: *Pensamiento Jurídico*. núm. 15. Edición Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional. Bogotá. Facultad, 2002, p. 14.

autor, también de nacionalidad italiana, aporta al derecho contemporáneo la más notable aproximación a la teoría de un nuevo derecho al que él llama derecho dúctil. En esta obra Zagrebelsky explica que “los principios desempeñan un papel propiamente constitucional”<sup>74</sup>. Estos principios en el sentir de Zagrebelsky no establecen pautas sobre el actuar humano, como ocurre con las reglas, pues carecen de supuestos de hecho. Sin embargo, sí nos “proporcionan criterios para tomar posiciones ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas”<sup>75</sup>.

En suma, afirma Zagrebelsky que el iusnaturalismo actual que defiende la fuerza de los principios en sí mismo es un iusnaturalismo más abierto y más genérico en cuanto derechos morales y principios, esta posición, que es un fin en sí misma, deriva su validez de calificación del estado, de tal forma que los principios adquieren “una validez material jurídicamente relevante al margen de la norma de identificación”<sup>76</sup>.

Para finalizar, qué mejor que citar a Sergio Estrada, uno de los estudiosos en Colombia junto a Hernán Valencia Restrepo<sup>77</sup>, de la principalística. Estrada, en su obra *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, nos describe siete características sustanciales sobre los principios jurídicos: 1) los principios tienen un carácter fundante y fundamentador de derechos fundamentales, 2) la comprensión y explicación integral de los fenómenos jurídicos debe partir de la imbricación de los principios, 3) la noción material de las normas básicas constitucionales pertenecientes al sistema jurídico, 4) los principios jurídicos deben su mandato y

positivación al ejercicio soberano del poder constituyente, la jurisprudencia y la doctrina, 5) los principios jurídicos son la máxima expresión racional de la justificación, 6) los principios comportan un contenido axiológico que le otorga legitimidad material al poder del Estado cuando este se somete a ellos y 7) además de otorgar legitimación racional al poder del Estado, los principios sirven de criterio de expresión de la soberanía jurídica<sup>78</sup>.

## CONCLUSIÓN

A pesar de que las ideas de la modernidad tenían una pretensión filantrópica, que llevó a muchos hombres a caer heroicamente en la revolución francesa por un Estado de Derecho, este, con el paso del tiempo, se refundió en un positivismo jurídico excesivamente formalista, normativista y reglado, que le rindió culto primero a los procedimientos exegéticos, antes que a los reclamos de contenido material de los hombres y mujeres del mundo, imposibilidad de la adjudicación de materialidad a los derechos. Así las cosas, la crisis del positivismo jurídico se gesta desde el clásico Estado de Derecho, que por décadas se sometió al imperio de la ley, y a los aforismos ciegos e irracionales denunciados por Radbruch “Befehl ist Befehl (una orden es orden), y gasetz ist gasetz (la ley es la ley)”. Dura es la ley pero es la ley.

Es diáfano resaltar que ante la dinámica de los tiempos, el derecho positivo se hizo cada vez más lento y, en consecuencia, dejó de dar respuestas razonables –quizás nunca las dio, bajo el método de la subsunción– a las contingencias de la razón práctica, gene-

74 ZAGREBESKY, Gustavo. op. cit., p. 110.

75 Ibid, p. 110.

76 ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Edición Universidad de Medellín. Editorial Sello editorial. Medellín. 2005, p. 38.

77 VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Monoárquica principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4.ª Edición. Editorial Jurídicas comlibros. Medellín. 2007.

78 ESTRADA VÉLEZ, Sergio. op. cit., p. 53 y 74.

rando con ello, una avalancha de críticas que van desde la ausencia de justicia en la validez del derecho reglado, hasta la aplicación de un derecho que se presumía en ocasiones injusto y siendo así, era aplicado por los jueces inanimados que servían de boca al legislador.

Después de describir la postura de los principios jurídicos, con base en los grandes teóricos contemporáneos sobre el tema, incluyendo los nuestros, los colombianos (Hernán Valencia Restrepo y Sergio Estrada Vélez) hemos de finiquitar que el poder de los principios es innegable en la medida en que cada día se suman más teóricos, como Dworkin, Alexy, Guastini, Zagrebelsky, entre otros, que otorgan justificaciones racionales, para argumentar la principialística jurídica, a partir de la corrección de la validez y el sometimiento razonable del sistema jurídico a los contenidos axiológicos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Otro de los mínimos fundamentales, en el cual concluimos, estriba en el poder de optimización de los principios en el ordenamiento jurídico. De ahí que bien tiene razón Alexy, en cuanto considerar a los principios como derechos fundamentales y reconocer en ellos mandatos de optimización, lo cual explica la pretensión de garantía de estos derechos de primera generación a través de su configuración como principios.

Por último, los principios son la ductibilidad del nuevo orden jurídico, que los ha positivizado en las diferentes constituciones del mundo, que han reclamado un contenido axiológico por parte de los constituyentes originarios y derivados, después de la Segunda guerra mundial.

## BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Theodor. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Colección Teoría y Realidad. Estudios críticos de filosofía y

ciencias sociales. Traducción de Jacoho Míifioz. Ediciones Grijalbo, S. A. Barcelona. 1973.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos humanos*. Edición Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993.

ATIENZA, Manuel & RUIZ, Juan. "Sobre principios y reglas". En: *DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 10. España. 1991.

\_\_\_\_\_ & FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Edición Margarita García. Editorial Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Estado de Derecho y función judicial. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005.

BECCARIA, César. *De los delitos y de las penalizaciones*. 3.<sup>a</sup> Edición Latinoamericana Estudio. Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Editorial Textos fundamentales de derecho núm. 2 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1994.

BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Editorial Siglo XXI. México. 1989.

\_\_\_\_\_. "Brindis por la modernidad". En: *Colombia, el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991.

BENÍTEZ, Rafael. *El papel del juez en la democracia: Un acercamiento teórico*. Edición Embajada de España y Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador. Escuela de capacitación judicial. San Salvador. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*. 3.<sup>ra</sup> Edición revisada y corregida. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007.

BONORINO, Pablo & PEÑA, Jairo. *Filosofía del derecho*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara

Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2002.

BOTERO, Andrés. "La jerarquización de principios generales del derecho. La historia y la culturalidad del principio de judiciales". En: *Revista de derecho de la Universidad del Norte*. Barranquilla. 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

CÁRDENAS, Jaime. *La argumentación como derecho*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídicos núm. 210. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 2002.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Edición Universidad de Medellín. Editorial Sello editorial. Medellín. 2005.

FUENTES, Carlos. *El realismo Jurídico*. Edición Miguel López Ruiz. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Civitas Ediciones. Madrid (España). 1997.

GÓMEZ ISAZA, María Cristina. *El mito del Estado Social de Derecho*. [s.e], [s.f].

GUASTINI, Ricardo. "Ley". En: *Elementos de Técnica Legislativa*. Comp. de Miguel Carbonelle. Edición Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

\_\_\_\_\_. "Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios. Constitucio-

nales". En: *Revista mensual de jurisprudencia*. Estudio de Ricardo Guastini. Edición Palestra del Tribunal Constitucional. núm. 8. Lima. 2007.

\_\_\_\_\_. *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México Doctrina jurídica contemporánea. Colección dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez. Edición Miguel Carbonell. México. 2001.

\_\_\_\_\_. "Norma suprema". En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 17- 18. España. 1995.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Argentina Abeledo Perrot. 1961.

HIERRO, Libardo. "El imperio de la ley y crisis de la ley". En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 19. España. 1996.

HUSSON, León. *Análisis crítico del método de la exégesis*. Universidad de Lyon Francia. [s.e], [s.f].

LIPOVESTSKY, Gilles. "Modernidad y postmodernidad". En: *Colombia el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991.

LOPERA, Gloria. "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización". En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 27. España. 2004.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación". En: *Filosofía del derecho y filosofía social*. (Memorias del Tercer Congreso Nacional). Comp. Numas Gil. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006.

\_\_\_\_\_ & GUZMÁN, Natalia. "La Corte Constitucional: Entre La Emancipación



Social y la eficacia sistémica. Hacia un tercer modelo normativo de tribunal constitucional”. En: *Pensamiento Jurídico*. núm. 15. Edición Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional. Bogotá. Facultad 2002.

MARTÍNEZ, Virginia. *Gustavo Radbruch. Vida y obra*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E. Varios núm. 47. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

MOUCHET, Carlos & ZORRAQUIN, Ricardo. *Introducción al derecho*. Edición Duodécima actualizada reimpresa. Editorial Abeledo-Perro. Buenos Aires. [s.f.].

MONTESQUIEU, Charles. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta. Madrid. 2005.

ORREGO, Cristóbal. *Analítica del derecho justo: La crisis del positivismo jurídico y la crisis del derecho natural*. Edición: Karla B Templos Núñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos núm. 86. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005.

OST, Francisco. “Júpiter, Hércules y Hermes tres modelos de jueces. Tres modelos de juez”. Trad. de Isabel Lifante Vidal Rev. *Cuadernos de filosofía DOXA*. núm. 14. España. 1993.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Editores Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002.

SCHMITT, Carl. *Los tres modos de pensar*. [s.e.][s.c.][s.f.].

TARUFO, Michele. “Racionalidad y Crisis de la ley procesal”. En *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 24. España. [s.f.].

TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Serie aprender a investigar. Módulo 2 de investigación*. Edición Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES. Bogotá D. C. 1999. Pág. 54.

UPRIMY, Rodrigo. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2003, p. 110. |

VÁSQUEZ, Adolfo. “Zygmunt Bauman. Modernidad liquidada y fragilidad humana”. En: *Nómadas*. núm. 19. *Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Edición Universidad Complutense. Madrid. 2008.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Monoárquica principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4.<sup>ta</sup> Edición. Editorial Jurídicas comlibros. Medellín. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 8.<sup>a</sup> Edición. Madrid. Editorial Trotta. 2008.