

ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

WILLIAM JIMÉNEZ GIL



ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS*

WILLIAM JIMENEZ GIL**

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca
Recibido: 31-05-2008. Aceptado: 02-11-2008

«Suele afirmarse que la jurisprudencia es la ciencia del derecho. Pero es necesario que consista en algo más que en la organización y sistematización de un cuerpo de reglas de derecho... Hemos de confiar cada día más en los juristas para llevar a término la obra creadora que necesita el derecho angloamericano. Los órganos legislativos, aunque en cierto aspecto sean los más calificados, sólo de manera intermitente pueden prestar atención a un trabajo constructivo de creación del derecho para los fines del orden jurídico. Los jueces trabajan en condiciones que cada día les hace más difícil que sean los oráculos vivientes del derecho, excepto en cuanto dan autoridad a lo que ha sido formulado por escritores y profesores. Una interpretación que estimule la actividad jurídica en los países del *common law*, que impulse a nuestros escritores y maestros a orientar a tribunales y órganos legislativos, en lugar de seguirlos con una labor de simple ordenación, sistematización y de análisis conciliador, habrá cumplido debidamente su misión. Cuanto menos habrá hecho para la próxima generación una labor no inferior a la que las interpretaciones del siglo XIX. hicieron para su tiempo».

Roscoe Pound "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico".

RESUMEN

El trabajo, a partir de la distinción entre reglas y principios como estructuras normativas vigentes en el sistema jurídico colombiano, que operan con hermenéuticas diversas, construye un mapa confiable de los pronunciamientos constitucionales, emitidos por la Corte Constitucional colombiana, y que originalmente aparecían dentro del sistema jurídico colombiano como Principios Generales del Derecho Privado no escrito, pero incorporados como fuente final de cierre del sistema aplicado con base en la Ley 153 de 1887; posteriormente positivizados por el Decreto 410 de 1971, nuevo Código de Comercio.

El trabajo distingue los conceptos de Principio General del Derecho y regla jurídica positiva. Establece un concepto de los llamados Principios Generales del Derecho, a la luz de la Constitución de 1991, partiendo de los antecedentes doctrinales jurisprudenciales y normativos positivos que universalmente dieron origen a la figura.

El trabajo pretende demostrar que la diferencia de paradigma argumentativo entre la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, y la Corte Constitucional, pasa por el hecho de que la Corte Suprema de Justicia, así como buena parte de los operadores jurídicos de Derecho Privado en Colombia, no distinguen entre una hermenéutica de reglas y una hermenéutica de principios. Esto ocurre porque la Corte Suprema defiende un positivismo, o si se quiere un literalismo recalcitrante, en apariencia generador de seguridad jurídica, que mira los PGD como normas jurídicas bajo la óptica de reglas de Derecho, que se interpretan en su sentir por la vía del silogismo lógico-formal, olvidando que la naturaleza de estas normas al ser estándares o guías generales, no admite tal hermenéutica, ya que los PGD deben interpretarse con lógicas no monotónicas, es decir, el silogismo práctico.

* Este documento hace parte del trabajo titulado "SOBRE PRINCIPIOS Y REGLAS, LOS PROBLEMAS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO FRENTE AL "NUEVO DERECHO" EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO", que fue la tesis con la cual el autor obtuvo su grado de maestría en Derecho.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, D. C., con Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de las universidades Nacional de Colombia, Colegio Mayor de Cundinamarca y Gran Colombia.

El autor efectúa una comparación entre el tratamiento que la doctrina, los jueces y operadores jurídicos, en general, de derecho privado, han hecho de los PGD, confrontándola con la interpretación y uso que la Corte Constitucional le ha dado a dichos principios, estableciendo que los usos e interpretación de la jurisdicción constitucional no coinciden exactamente con los usos e interpretación que la jurisdicción civil les ha dado. Se llega a la conclusión de que la concepción de la Corte Constitucional respecto a la aplicación de los principios constituye una imaginativa interpretación caracterizada por su novedad, alternatividad y progresismo.

PALABRAS CLAVE

Principios Generales del Derecho. Reglas jurídicas. Silogismo práctico. Silogismo lógico. Hermenéutica de principios. Hermenéutica de reglas. Tópica. Retórica. Teoría estándar de la argumentación. Nueva lógica. Teoría del discurso como diálogo. Viejo derecho. Nuevo Derecho. Textura abierta de las normas.

ABSTRACT

This work, taking as starting point the difference between rules and principles as normative structures in force within the Colombian Juridical system, each of them working with different kind of hermeneutics, presents a reliable map of constitutional opinions, in the course of studying the principle, decided by the Colombian Constitutional Court, nowadays a general principle constitutionalized in our political constitution of 1991, although its origin was as a non positive general principle of private law incorporated as a final source of closing on the grounds of Act 153, 1887; and then positivized through decree 410, 1970.

The Dissertation makes a difference among the General principles of Law and positive rules. Establishing a concept of the "General principles of Law" in the light of 1991 Constitution, taking into account doctrinal antecedents, jurisprudence and statutory rules that universally gives origin to this figure.

At the same time, this work tries to show that difference between argumentative paradigm among Supreme Court of Justice, Civil Room, and Constitutional Court, is that Supreme Court of Justice, as well as the most portion of judges and officials dealing with private law, do not make difference between an hermeneutic based on rules and an hermeneutic founded on principles. This happens because our Supreme Court of Justice defends a positivist view, or if you like a stubborn literalism, that seems to generate legal certainty, and consider the GPL as legal rules under a rule of law perspective, which are interpreted by a logical syllogism, forgetting that the nature of those statutes are to be general guidelines or standards and does not allow that kind of hermeneutic, inasmuch as GPL must be interpreted with non-monotonic, i.e. the practical syllogism.

The author makes a comparison between the treatment that doctrine, judges and officials, has made of General principles of Law; compare with use and interpretation that constitutional court has given to the principle, establishing that those do not conceive with the civil jurisdiction. Reaching the conclusion that the Constitutional Court's interpretation is a creative one characterized by its novelty, alternative and progressivism.



KEY WORDS

General principle, principles, rules, law, positivized through, hermeneutic based on rules, hermeneutic founded on principles, stubborn literalism.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ha revivido en Colombia un antiguo debate de índole teórico, relativo a la aplicabilidad de los Principios Generales de Derecho como fuentes principales en el sistema jurídico colombiano.

Dentro de los cambios destacables que trae la nueva carta política colombiana se enfatiza en el reconocimiento y consagración expresa de los «**Principios Generales del Derecho**»¹, antaño aplicados como fuente última de cierre del sistema de Derecho privado: el abuso del derecho, la buena fe, la teoría de la imprevisión (cláusula *Rebus Sic Stantibus*) y la equidad. Principios que la Constitución recoge y aplica como generales a todo el sistema².

INTRODUCCION

La Corte Constitucional en diversos fallos tanto de constitucionalidad, como de revisión de tutela, ha analizado la aplicación de estos PGD, y de ellos ha deducido sub-reglas que se han incorporado al sistema, como normas jurídicas obligatorias. Dichas sub-reglas en muchos casos difieren de la interpretación original que la doctrina y la jurisprudencia civil y comercial aplicaron históricamente.

Las posiciones tomadas por la Corte Constitucional en varios casos de enorme trascendencia para campos concretos del Derecho, en donde ha abandonado la clásica y tradicional aplicación de un literalismo conceptual apegado al texto de la norma, que aplicaba otrora el rígido silogismo jurídico, en apariencia creador de seguridad jurídica, para reemplazarlo por una hermenéutica más libre, en donde la ley deja de ser la fuente de derecho por excelencia y empieza a ser reemplazada por fuentes, para muchos, propias de otros sistemas de derecho ajenos a nuestras concepciones, caso del precedente jurisprudencial, la costumbre y principalmente la analogía juris, nos ubica en una problemática interesante que tiene que ver con la concepción misma del Derecho en Colombia.

1 De aquí en adelante y a lo largo del texto se utilizará la sigla PGD.

2 El artículo 230 inciso segundo de la Carta expresamente reconoce la existencia de los PGD. Tal norma debe ser interpretada sistemáticamente con el Artículo 8 de la Ley 153 de 1887, con los alcances que la Corte Constitucional le otorga a dichas normas en la Sentencia C-083 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Para la Corte es claro que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de Derecho obligatorias, dos estructuras normativas básicas: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivaba de los Artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente. Pero el primero de los citados, además de la ley "exactamente aplicable al caso controvertido", enunciaba la analogía ("aquellas que regulen casos o materias semejantes"), la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho. La Corte bajo los presupuestos anteriores al analizar la Constitucionalidad del Artículo 8 de la Ley 153 de 1887, y frente a la vigencia de la Constitución de 1991, se pregunta: ¿tenían las tres últimas fuentes citadas, analogía, doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho, fuerza obligatoria? ¿La tienen aún bajo el imperio de la nueva Carta? Concluye que las tres fuentes son aplicables al sistema jurídico colombiano, pero en particular en el caso de los PGD, o Reglas Generales del Derecho, se trata de fuentes principalísimas; son esencialmente criterios de valoración inmanentes al orden jurídico, que se caracterizan por un exceso de contenido deontológico o axiológico, que para los positivistas clásicos tienen un carácter general, constituyen las normas fundamentales del sistema, y pueden hallarse en el sistema en forma expresa, normalmente en la Constitución nacional o norma fundamental, pero en la mayoría de los casos se encuentran no expresos en el sistema y deben ser hallados por deducción en el espíritu del sistema.

En el fondo de la problemática expuesta, lo que sutilmente se revela es una lucha por decir el Derecho, en donde la supremacía de la ley impuesta por el poder legislativo resulta amenazada por las corrientes alternativas del derecho. Estas conciben la ciencia jurídica como algo más que un problema geométrico, de matematización del derecho merced a la aplicación rígida y en apariencia segura del silogismo jurídico.

En la medida en que los jueces, y principalmente el juez constitucional, ocupan un protagonismo inusitado, se descubre que en el escenario jurídico del país lo que realmente está ocurriendo es un cambio de concepción, un nuevo paradigma: por una parte "el viejo Derecho", sustentado en el respeto absoluto a la Ley como fuente única, aplicada mediante una hermenéutica dogmática y literal y, por la otra, el "nuevo Derecho", más libre, menos atado a la regla positiva escrita, enfocado esencialmente en el paradigma de la justicia.

El "nuevo derecho" predica la necesidad de una hermenéutica basada en la tópica, la retórica, la nueva lógica, la teoría estándar de la argumentación jurídica, la teoría del discurso moral práctico, el precedente jurisprudencial, la teoría del discurso como diálogo que están más cercanos a la política que al Derecho.

PROBLEMA DE INVESTIGACION

Dentro de esa nueva concepción del Derecho, la aplicación de los PGD, como fuente cardinal de tensión de la hermenéutica que la Corte Constitucional ha utilizado al resolver las cuestiones puestas a su consideración, demanda que se estudie dicho fenómeno en aras de establecer si realmente nos encontramos ante una novedad, o en el fondo se trata simplemente de retomar concepciones que ya desde el Derecho Romano se exponían como herramientas alternativas al Derecho Quiritario³. Estas concepciones fueron mejoradas y desarrolladas a posteriori, gracias a teorías como la jurisprudencia de intereses (*Begriffsjurisprudez*) de Philipp Heck⁴ y Rudolf Ihering⁵ en Alemania, la escuela de la libre investigación científica del Derecho (*école scientifique*) de François Gény⁶ en Francia, que dieron lugar posteriormente a las concepciones antiformalistas de Jhoserand⁷, Ripert⁸ y Bonecasse⁹ en Francia a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Todas estas teorías entraron en auge para ser recogidas tardíamente por los miembros de nuestra Corte Suprema de Justicia durante el

3 Véase, ODERIGO, Mario N. *Sinopsis de Derecho Romano*. Roque de Palma Editor. Buenos Aires, 1957. Pág. 16. STEIN, Peter G. *El Derecho Romano en la historia de Europa*. Siglo Veintiuno de España Editores S. A. Madrid, 2001. Págs. 11-12.

4 HECK, Philipp. *La jurisprudencia de Intereses*. Editorial Reus. Madrid, 1933. HECK, *El problema de la creación del Derecho*. Ediciones Ariel S. A. Barcelona, 1961.

5 VON IHERING, Rudolf. *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*. Traducción de Fernando Vela. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, 1997. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1987.

6 GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Positivo*. Prólogo de Raimundo Saleilles. Segunda Edición. Editorial Reus S. A. Madrid, 1925.

7 JOSSEAND, Louis. *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Traducción de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. y Porrúa Hermanos y Cía. México D. F., 1946. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Monografías Jurídicas # 24. Editorial Temis S. A. Bogotá, 1999.

8 RIPERT, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Ediciones Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1941.

9 BONNECASE, Julien. *Introducción al estudio del Derecho*. Segunda Edición. Traducción de Jorge Guerrero. Editorial Temis S. A. Bogotá, D. C., 2000.



decenio de 1930 a 1940 (corte de oro), permanecieron, después de dicho lapso, latentes para ser redescubiertas con renovados bríos a partir de la vigencia de la Constitución de 1991.

Estos PGD, hoy constitucionalizados en la Carta Política de 1991, originalmente aparecían dentro del sistema jurídico colombiano como Principios Generales de Derecho Privado no escritos, incorporados como fuente final de cierre del sistema aplicados con base en la Ley 153 de 1887. Posteriormente, fueron positivizados por el Decreto 410 de 1971, nuevo Código de Comercio, en los artículos 830, 834, 835 y 868.

METODOLOGIA

Frente a la problemática propuesta, el presente trabajo pretende hacer una exposición deductiva, que desde la exploración documental de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad más relevante sobre el tema, partiendo de un análisis general de la conflictiva teórica sobre los PGD, buscará responder a la pregunta ¿Cuál es el concepto de PGD?, para luego intentar contestar a las preguntas: ¿Qué son los PGD? ¿Dónde se encuentran los PGD? ¿Cómo se interpretan y aplican los PGD? Al responder estas preguntas se concluye que reglas y principios son normas de naturaleza diversa, funcionan de manera diferente y se aplican para casos distintos. Mientras las reglas operan en los eventos de casos fáciles, los principios operan en los casos difíciles. La utilización de reglas demanda un método tradicionalmente usado por los operadores jurídicos; el silogismo lógico, en tanto, la utilización de principios es más problemática, pues funciona con base en el silogismo práctico, metodología desconocida para una buena parte de los operadores jurídicos en Colombia..

RESULTADOS

I. EL PROBLEMA DE LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS

El debate actual de la distinción entre reglas y principios, se ha pensado, es un problema exclusivo del Derecho constitucional, centrado en la interpretación de los Derechos fundamentales, pues se afirma que esta distinción constituye el marco de una teoría normativo-material de los Derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los Derechos fundamentales¹⁰.

Sin embargo, cuando estudiamos el origen de la distinción entre reglas y principios, observamos que la misma nace en el Derecho privado¹¹ y está mucho más cercana al enfrentamiento entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Bástenos mencionar

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, pág..81..

¹¹ Véase, GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Editorial Reus S. A. Segunda Edición. Vol. XC, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Madrid, 1925. Págs. 552-554. PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas, problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1986. Pág. 17. BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Segunda Edición. Editorial Temis S. A. Bogotá, D. C., 2002. Pág. 231. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S. A. México, 1990. Pág. 370. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1997. Pág. 333.

como prueba de ello el Código Civil austriaco de 1811¹², el Código Civil albertino de 1837¹³, el Código Civil italiano de 1865¹⁴, el Código Civil español de 1889¹⁵ y más recientemente el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya¹⁶.

También la fórmula de los PGD ha sido tomada explícitamente por diferentes Códigos civiles hispanoamericanos, así, el mejicano de 1928 –artículo 19–, el de Perú de 1984 –artículo VIII–, el de Uruguay –artículo 16–, el vigente Código civil argentino –artículo 16¹⁷– e incluso el proyecto de Código civil argentino de 1998, en su artículo 5.

Pese a ello debe reconocerse que existen también numerosas legislaciones que tienen hacia los PGD una postura negativa, es decir, no los reconocen como fuente del Derecho. Es el caso de los códigos civiles alemán, francés¹⁸ y suizo.

Debe igualmente reconocerse que existe una fuerte corriente doctrinal que plantea la inexistencia de los PGD, o en el mejor de los casos, una corriente doctrinal que afirma una separación débil¹⁹ entre los conceptos de reglas y principios, que en la

12 El Código Civil austriaco de 1811 previene en su artículo 6 que «Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley, en los casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, **según los principios jurídicos naturales**» (resaltado fuera de texto). Vemos en esta disposición que, en caso de insuficiencia de ley y analogía, se hace una vocación no a los PGD, sino a los principios del Derecho natural, pero no a los de Derecho romano; esta distinción no es casual y sus particularidades y diferencias serán objeto de estudio en un acápite siguiente del presente artículo.

13 El Código Civil albertino de 1837, seguidor del austriaco, propugna en su art. 15 que «Cuando una cuestión no se puede decidir por la letra ni el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que decida la ley en los casos semejantes o en los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según **los PGD**, habida cuenta de todas las circunstancias del caso» (resaltado fuera de texto).

14 Se trata del primer Código de Italia unificada que en su Artículo 3 dispone que «cuando una controversia no se puede decidir con una precisa disposición legal, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas; cuando el caso permanezca dudoso, se decidirá **según los principios generales del Derecho**» (resaltado fuera de texto).

15 El Código civil español de 1889 señalaba en la redacción original de su artículo 6, párrafo segundo, que «Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, **los principios generales del Derecho**» (resaltado fuera de texto).

16 El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia señala como fundamentos jurídicos a aplicar los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho «reconocidos por las naciones civilizadas».

17 El Artículo 16 del Código Civil reza el siguiente tenor: «Art. 16.- Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

18 Con todo en Francia desde la decisión Aramu del 26 de octubre de 1945 del Conseil d'Etat se vienen aplicando principios generales.

19 Un grupo importante de autores positivistas admite la existencia de Principios Generales del Derecho, siempre y cuando dicha existencia conceptualmente se sustente en una distinción débil entre reglas y principios. Según este grupo de autores, una teoría débil de los principios resulta mucho más modesta, pero más realista y, por tanto, preferible para describir el Derecho, que la posición extrema o distinción fuerte propuesta por Dworkin y J. Esser. Su punto de partida consiste en afirmar que los llamados principios no son sustancialmente distintos de las normas expresadas en términos de reglas jurídicas. Hay elementos que caracterizan a los principios: generalidad, fundamentalidad, carácter de guía o proyecto, que no se configuran a la manera de todo o nada, sino que se pueden tener, y que de hecho se tienen en determinada medida también en las reglas de Derecho. La existencia de los principios plantea los mismos problemas conceptuales que la existencia de las normas; no presentan un origen distinto no constituyen un vehículo especialmente cualificado para la penetración de la moral en el Derecho, sino que, al igual que el resto de las normas, podrá predicarse su existencia cuando resulten válidos a la luz de una regla de reconocimiento o cuando una práctica de los operadores jurídicos así lo acredite. Véase: PECZENIK, Alexander. «Los Principios Jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero». *Doxa* 12 (1992): 327 - 31. PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre Principios y Normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates. Madrid, 1992. Pág. 131 y siguientes. CARRIO, Genaro R. *Principios Jurídicos y Positivismos Jurídicos*. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Abeledo Perrot. 3a. Edición Buenos Aires, 1986. COMANDUCCI, Paolo. «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho». *Doxa* 21 (1998): 89 - 104.



práctica conduciría a entender que reglas y principios son una misma cosa: normas jurídicas en sentido amplio²⁰.

Según la tesis de la separación débil, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y en la aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos. Las diferencias entre reglas y principios son disyuntivas pero no necesarias; "los principios jurídicos pueden ser definidos, *per genus et differentiam*, como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el *nomen* de principios), o en la fase de aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por los dogmáticos). Esta configuración, en la aplicación del derecho y en el razonamiento, está generalmente motivada. Es decir, el órgano de la aplicación o el intérprete justifican la configuración de una norma como principio sobre la base de la supuesta presencia de características diferenciales (de tipo estructural y/o funcional) de aquella norma frente a otras reglas del sistema²¹".

La tesis de la separación fuerte, en cambio, predica que entre reglas y principios se observan claras y precisas diferencias estructurales y/o funcionales que redundan en que el método de interpretación de unas y otras normas sea diferente, estas diferencias son variables dependientes de la diversa tipología de las normas. La diversidad en la tipología de las normas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad en la argumentación a partir de principios o de reglas, y de la diversidad en la solución de los conflictos entre principios y entre reglas.

El concepto de PGD aparece vinculado a los procedimientos de integración como mecanismos para llenar las lagunas y vacíos de la ley. El momento histórico-jurídico clave que puede hacer pensar en un cambio o evolución del pensamiento en torno a los principios jurídicos²² es la etapa de la Codificación, pues «con anterioridad a los Códigos, sólo podía hablarse de principios jurídicos, y esto con cierta uniformidad por parte de los autores. No tenía además ningún sentido polemizar sobre el contenido de tales principios, resultado como decimos de distintos elementos, entre los que no serían menos importantes el Derecho Romano y el Derecho Natural²³». Con anterioridad

20 Entre otros autores pueden citarse HERNANDEZ MARIN, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Marcial-Pons Ediciones jurídicas. Barcelona, 1998. DIEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos S. A. Sexta Edición. Cuatro Volúmenes. Tomo I. Madrid, 1998. DIEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1985. PECZENIK, Aleksander. "Los Principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero". *Doxa* 12 (1992): 327 - 31. PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre Principios y normas*. Problemas de razonamiento jurídico. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates. Madrid, 1992. CARRIO, Genaro R. "Principios Jurídicos y positivismo jurídico. Notas sobre Derecho y lenguaje" Abeledo Perrot. 3a. Edición Buenos Aires, 1986. COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del Derecho. *Doxa* 21 (1998): 89 - 104.

21 Véase COMANDUCCI, Paolo. "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho". *Doxa* 21 (1998): 89 - 104.

22 El término *principios jurídicos* fue utilizado por la doctrina jurídica clásica, y tenía su origen en el término latino *principium* compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa «lo antiguo» y «lo valioso» y de la raíz *cp* que aparece en el *capere* –tomar– y en sustantivo *caput* –cabeza–. Se hacía una clara distinción entre principios generales del derecho y principios generales, pues estos últimos podían tener su origen en el Derecho romano, o en derechos arcaicos como el babilónico, el mosaico o el egipcio o podían incluso tener su origen en la moral o las costumbres de un determinado pueblo o comunidad; en tanto, la noción de principios generales del Derecho estaba restringida, pues solo podían tener su origen en norma expresa del legislador que autorizaba su aplicación.

23 MARTINEZ-SICLUNA y SEPULVEDA, Consuelo. "Concepto y contenido de los principios generales del Derecho". En *Los Principios Generales del Derecho*. Seminario de la sección de filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Actas S. L. Madrid, 1993, pág. 29.



a las codificaciones del siglo XIX, en muchos países europeos el Derecho romano jugaba un papel unificador frente a la fragmentación que representaba el Derecho consuetudinario local. La generalidad, los conceptos y los principios unificadores eran los del Derecho romano. Así por ejemplo, en el siglo XII los glosadores derivaban principios jurídicos generales (*regulae iuris*) a partir de razonamientos por analogía con las soluciones expresas del *corpus iuris romano*.

La aparición y utilización del concepto de PGD, modernamente hablando, ocurre históricamente cuando se presentan los fenómenos de codificación. La Codificación, como resume magistralmente el profesor Prieto Sanchís, «elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu, nunca un órgano creador de Derecho. Naturalmente, para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias. [...] Pero, a su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso²⁴».

La codificación ofrecía seguridad jurídica, pues el Derecho se reducía a lo que aparecía expreso y definido literalmente en la ley. Por ende, los sujetos del Derecho tenían plena libertad de ejecutar todo aquello que no estaba expresamente prohibido, y como consecuencia debían abstenerse de realizar aquello que sí lo estaba. Sin embargo, el ideal de plenitud defendido por la codificación se estrellaba con la realidad de los fenómenos sociales y la vida práctica. La actividad económica y el devenir de los pueblos superaban el marco referencial del texto escrito, el cual se quedaba atrás frente a la evolución y el modernismo.

Otro argumento opuesto al ideal de la codificación se encontraba en el hecho de que el legislador, consciente o inconscientemente, podía haber guardado silencio sobre un determinado punto de Derecho, o haberlo resuelto de manera mediocre o ambigua, dejando un manto de oscuridad o indeterminación²⁵. Amén de esta realidad inmodificable, el juzgador se enfrentaba a la exigencia perentoria de resolver el caso puesto a su consideración con el material normativo existente, fuere este coherente y suficiente, o carente de aplicación al caso puesto a su consideración.

El juzgador en términos de los pensadores clásicos, y fundamentalmente del más insigne de ellos, Aristóteles, debía actuar con equidad y justicia, y esto sólo lo podía hacer cumpliendo la ley; pero si no existía ley aplicable al caso, debería actuar como lo haría el legislador y, por ende, estaba en la obligación de crear la norma que resolviera el caso particular:

(...) Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de

24 PRIETO SANCHIS, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. MacGraw Hill Interamericana de España S. A. Madrid, 1997. Pág. 335.

25 GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*. Editado por Editorial Reus S. A. Segunda Edición. Vol. XC, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Madrid, 1925. Págs. 66 y siguientes.



esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena: la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide²⁶.

Todo este debate conceptual no fue ajeno al Derecho colombiano. Ya desde la Constitución de 1886 se planteaba la necesidad de resolver el problema que generaba el tránsito de un sistema de Derecho basado en códigos estatales, propio de una organización política administrativa federal, que fue remplazado por un sistema centralizado con un código único para la república unitaria. La solución fue la expedición de la Ley 153 de 1887. En este sentido se pronuncia el Artículo 8º de la Ley 153 de 1887:

(...) Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de Derecho. (El subrayado es nuestro)²⁷.

II. ¿QUE SON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO?

El antecedente remoto de la noción de PGD se halla en los filósofos clásicos antiguos, fundamentalmente Aristóteles, que al referirse a ellos en la *Ética a Nicómaco* sienta las bases de lo que en la modernidad será entendido como Principio de la Equidad, el que más adelante, se demostrará, resulta fundamental para aplicar los PGD y particularmente el principio *Rebus Sic Stantibus*.

Otros filósofos griegos –Tales, Anaximandro, Anaxímenes, Heráclito – hablaban del arché como el elemento último de toda la existencia, como la causa de la multiplicidad en la unidad, el elemento primordial del cual se desprendía el cosmos. Concebían dicho elemento como material: agua, fuego, aire, tierra. De esta concepción física se pasó a una más abstracta: cantidad o número, homeomerías en términos de Anaxágoras.

26 ARISTOTELES. *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo X. Traducción de Mariano de Azcárate. México, 1922.

27 La regla casi literalmente, es acogida por la Constitución Política de 1991 al establecer en su Artículo 230: "(...) Los jueces, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley". Pero a renglón seguido afirma el constituyente: "(...) La equidad la jurisprudencia los Principios Generales del Derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".



Para Aristóteles el concepto de Principio es metafísico o de metalenguaje, eminentemente teleológico, como el umbral de las causas finales que se encuentra en la naturaleza de las cosas, pero que no es un concepto puramente mecánico, sino que involucra la creencia de un perpetuo y laborioso contraste entre dos principios, uno se esfuerza por someter al otro. La forma frente a la materia. De aquí que el Principio no sea enteramente material. No es por lo tanto puramente natural, sino que se refiere a aquello que corresponde completamente a la intuición de la naturaleza, o bien se halla adecuadamente conformado a su propio fin²⁸.

En términos de Aristóteles, se entiende por principio «el punto desde donde una cosa empieza a ser cognoscible²⁹».

La manifestación de los principios de la filosofía griega se traslada al derecho romano. Dentro de la concepción clásica de los principios ocupa especial preeminencia los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) en que el Derecho romano y el natural confluyen. «La tradición ius-filosófica nos aporta una serie de principios jurídicos: los *tria praecepta iuris*, donde la propia palabra *praecepta* nos aparece como semánticamente idéntica al plural *principia*³⁰». Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogidos posteriormente en el *Corpus iuris civilis* (D. I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 —«*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»—) y en España son recogidos por Raimundo de Peñafort en su *Summa iuris* y en el Código de las Siete Partidas (3ª, Título I, ley 3ª) que llega hasta el siglo XIX por vía de trasplante a los regímenes jurídicos coloniales en América. Al respecto plantea Escribano:

Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres principios generales que nacen como de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1º. Vivir honestamente, «*honeste vivere*»; 2º. No hacer mal a otro, «*neminem laedere*»; 3º. Dar a cada uno lo suyo, «*suum cuique tribuere*» El objeto del primero dicen, es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción. El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: “*Non omne quod licet, honestum est*”. El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, “*sive in bonis, sive in fama, sive in corpore*”, de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y,

28 Véase DEL VECCHIO, Giorgio. *Concepción de la naturaleza y principio del Derecho*. Hijos de Reus Editores, Madrid. 1916. Pág. 23.

29 Véase ARISTOTELES. *Metafísica*. Editorial Gredos. Madrid. Pág. 180.

30 Véase SANCHEZ DE LA TORRE, Angel. “Los principios generales del Derecho como objeto de investigación jurídica”. En *Los principios generales del Derecho*. Seminario de la sección de filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Actas S. L. Madrid, 1993. Pág. 20.



generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones³¹ (*resaltado fuera de texto*).

Ante el origen de los PGD (y prescindiendo de las concepciones que niegan su existencia) pronto se tomaron dos posturas claramente enfrentadas, cosa que se repite en tantos y tantos aspectos de la filosofía jurídica contemporánea. Así, Legaz y Lacambra hace referencia a la:

dualidad doctrinal que escinde a los científicos del Derecho en dos campos, en relación con esta materia: el de los que consideran que los principios generales del Derecho son sencillamente aquellos que informan un ordenamiento jurídico dado y el de los que, por el contrario, piensan que se trata de principios filosóficos a priori, o sea, de una normatividad iusnaturalista³².

Esta dualidad de la que habla Legaz y Lacambra trasciende al campo de la Teoría General del Derecho que asume dos posiciones claramente antagónicas, que se exponen a continuación:

A. POSICION HISTORICISTA –O POSITIVISTA–

Según esta teoría, si los PGD fueran principios de Derecho natural la vaguedad de estos principios propiciaría el arbitrio judicial y, por lo tanto, se produciría una falta de seguridad y certeza jurídicas (uno de los fines de la Codificación), de forma tal, que los PGD solo pueden tener un origen legal sustentado en el reconocimiento expreso por parte del sistema jurídico. Es por ello que para los positivistas los PGD son principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía (analogía iuris). Las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema si, en defecto de ley y costumbre aplicables al caso, se acude a la analogía.

Los positivistas distinguen tres clases de PGD, a saber:

1. Los «principios expresos» o «principios explícitos»³³.

Encuentran su valor jurídico o respaldo en la Constitución, en la ley o en el precedente judicial, es decir, no se trata de normas jurídicas autónomas, si no que dependen del sistema mismo en que operan. Se recogen precisamente en alguna disposición legislativa, de la que constituyen su significado.

En el régimen colombiano, sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 su número es amplísimo, podemos citar a título meramente ejemplificativo el principio de legalidad (Artículo 4 de la C. N.); la soberanía nacional y la autodeterminación de los pueblos (Artículo 9 de la C. N.); la inviolabilidad de la vida (Artículo 11 de la C. N.); la libertad e igualdad frente a la Ley (Artículo 13 de la C. N.); el libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la C. N.); la libertad de cultos (Artículo 19 de la C. N.), etc. Fuera de la Constitución se pueden igualmente hallar principios generales de

31 ESCRICHE. *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, Tomo III. 2ª edición. Madrid, 1845. Citado por REINOSO BARBERO, Fernando. *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del tribunal supremo*. Editorial Dykinson S. L. Madrid, 1987. Págs.51 y 52.

32 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. "Los Principios Generales del Derecho". En *Revista del Instituto de Derecho Comparado*. 19 de julio-diciembre 1962. Madrid. Pág. 51.

33 Véase PRIETO SANCHIS, Luis *Sobre principios y normas, problemas del razonamiento jurídico*. Ob. cit. Pág. 21

rango legal, así por ejemplo: la obligatoriedad de la ley (Artículo 9 del C. C.); la equidad (Artículo 32 del C. C.); la buena fe (Artículo 768 del C. C. y los artículos 834, 835, 863 y 871 del C. de Com.); Abuso del Derecho (Artículo 830 del C. de Com.); autonomía de la voluntad (Artículos 1602 del C. C. y 871 del C. de Com.), etc.

2. Los «principios implícitos»

Surgen por vía de un razonamiento jurídico acabado, pues se trata de comprobar si es posible obtener una norma a partir de otras normas, o sea, una regla nueva que es considerada premisa o consecuencia de otras normas vigentes. Se trata de una norma que no puede ser considerada como el significado de determinada disposición normativa, sino que se obtiene a partir de una o varias disposiciones que se supone constituyen casos de aplicación o especificación de dicho principio. El procedimiento que da vida a los principios implícitos es el propio de la analogía que implica generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación de un principio general a partir de reglas particulares explícitas del sistema.

3. Los principios extrasistemáticos

Como lo expresa claramente Prieto Sanchís³⁴, “la frontera entre los principios implícitos y los extrasistemáticos no resulta en verdad nítida, pues desde el momento en que se reconoce que la obtención de los primeros no responde a un método estrictamente lógico, sino que descansa en elecciones u opciones valorativas, se está reconociendo también que, en mayor o menor medida, presentan ingredientes extrasistemáticos, es decir, decisiones creadoras y no meros actos cognoscitivos”. Se trata de principios generales que se deducen de doctrinas morales o políticas que se supone subyacen al orden jurídico. O como principios políticos que son la esencia misma de la Constitución o regla de reconocimiento, pues representan la fuente primera del derecho estatal. Su origen es doctrinal y no normativo o legal. Son el fruto de una argumentación política o moral bastante elaborada que no es usual en la motivación de las decisiones judiciales, pero que termina permeando el aparato judicial. En la medida en que sean aplicados por los jueces pueden considerarse normas existentes, inválidas para los positivistas, pero existentes frente al sistema. No son válidos, frente a un juicio normativo, pues no están sustentados en una norma preexistente que las reconozca, pero son eficaces en la medida en que resultan relevantes en la actuación de un operador jurídico. Como es obvio, para los positivistas, estos principios generales son inadmisibles. Sin embargo, terminan por reconocerlos como una realidad material subyacente a la aplicación judicial, pero inaceptable desde el punto de vista dogmático y formal del sistema.

B. POSICION FILOSOFICA –O IUS-NATURALISTA–³⁵

Al contrario de la posición positivista, la concepción ius-naturalista remarca la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo y la necesidad de acudir a los principios del Derecho natural, para reducir la arbitrariedad judicial al mínimo. Los PGD solo han de ser aplicados en defecto de la Ley y de la analogía y con respeto a los expresados en el ordenamiento jurídico. Los PGD no cuentan con un apoyo institucional, pues su aplicación está respaldada por criterios axiológicos y de política jurídica, y son el resultado de la aplicación por parte de los tribunales de valores o normas no jurídicas.

34 Véase PRIETO SANCHIS, Ob. cit., Pág. 146.

35 Sobre estas denominaciones véase RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. *Métodos para el conocimiento del Derecho*. Universidad Complutense de Madrid, 1987. Pág. 58.



En este sentido, y en la práctica, solo se emplean para restringir la aplicación de ciertas reglas jurídicas. «Corrigen» usos de reglas que se consideran que bajo ciertas circunstancias específicas pueden resultar claramente injustas, irrazonables o inaceptables, desde ciertos puntos de vista ideológicos comúnmente aceptados. De aquí que algunos autores los denominen «principios jurídicos ideológicos³⁶». Operan en el contexto de una revisión judicial limitada. Solo cuando la regla jurídica entre claramente en conflicto con un principio moral o político generalmente aceptado entonces dejará de lado la regla y se aplicará el principio no-jurídico en la forma de un –recién formulado–. Principio General del Derecho.

C. LOS CONTRAPRINCIPIOS DEL DERECHO PRIVADO EN LA TEORETICA DE FRANÇOIS GÉNY

Gény con la publicación en 1899 del *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* obra traducida y publicada al castellano en 1925³⁷, se convierte en la figura más eminente en la estructura de la teoría antiformalista del Derecho durante la primera mitad del siglo XX. Es quizá el precursor de la moderna teórica de los principios del derecho como fuente de interpretación para llenar los vacíos de la ley. La obra de Gény constituye el crisol de importantes escuelas jurídicas que le precedieron; el conceptualismo alemán con Savigny a la cabeza y, posteriormente, la teórica expuesta por la jurisprudencia de intereses (*Begriffsjurisprudez*) de Philipp Heck y Ihering en Alemania, que sirvieron de base a la Interpretación Científica del Derecho propuesta por Françoise Gény en Francia.

Todas estas escuelas presentan un elemento común: predicán la necesidad de una hermenéutica racional y lógica que se aleja del texto de la ley y está mucho más cercana de la realidad material de la sociedad en la que se aplica la norma. Propugnan por un descreimiento y pérdida de confianza en las soluciones jurídicas basadas exclusivamente en la ley. De aquí que su propuesta metodológica y las normas jurídicas que mediante el mismo se hallan, sean denominadas por la teoría posmoderna del Derecho como Contraprincipios³⁸.

Gény propugna la creación y aplicación de un método de búsqueda y redefinición de principios internos al Derecho, tales como la justicia, la eficiencia, la igualdad, la equidad, la solidaridad, etc. Este método está llamado a reemplazar el tradicional silogismo lógico, que la escuela de la exégesis vendió como panacea para lograr la certeza y la seguridad jurídica, pero además como la única herramienta infalible para resolver las cuestiones de Derecho. Para Gény, el método toma como punto de partida reconocer la insuficiencia de la ley para resolver los problemas jurídicos que regula. Gény busca romper el fetichismo de la ley como fuente única del Derecho³⁹, y en contraposición afirma la existencia de otras fuentes principales que ofrecen soluciones valiosas para los llamados «casos difíciles⁴⁰». Cita Gény entre otras

36 Véase VAN HOECKE, Marck. "El uso de Principios Jurídicos no escritos por los tribunales". Doxa: 421 - 33.

37 GENY, Ob. cit.

38 Véase, LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Editado por Legis Editores S. A. 1ª. Edición, Universidad de Los Andes y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D. C., 2004. Pág. 287-288.

39 Afirma Gény: "Debo primero impugnar ese fetichismo de la ley escrita y codificada, que constituye el primer rango y el más saliente del método tradicional" GENY, Ob. cit. Pág. 66.

40 El concepto de «casos difíciles» fue expuesto por Ronald Dworkin quien utiliza la expresión «hard.case», entendiéndolo por tal, casos no regulados expresamente por el Derecho, lagunas del ordenamiento jurídico, pero igualmente aquellos casos en donde el juez debe superar el lenguaje de las reglas existentes y formuladas con el fin de buscar el resultado moralmente más conveniente para resolver el asunto controvertido. Véase. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4ª reimpresión. Traducción de Marta Gustavino. Editorial Planeta-Agostini. Barcelona, 1999. Págs. 148 y siguientes.

muchas fuentes, la costumbre, la doctrina y, fundamentalmente, los PGD. La noción de principios propuesta por Geny va más allá de la noción de regla jurídica:

El principio, tal como yo lo entiendo, se separa claramente de la concepción, en cuanto él es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir, de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del Derecho (resaltado fuera de texto)⁴¹.

Gény supera la propuesta constructivista y conceptualista alemana, pues imagina el Derecho Civil como una estructura elaborada de forma más prolija y compleja que la noción de reglas y conceptos jurídicos, En el sistema jurídico que es enmarañado y cambiante, aparecen unidades de integración moral que sistematizan las reglas jurídicas. Estas unidades teóricas no son otra cosa que los PGD. Estos principios se infieren inductivamente de la misma forma que los conceptos jurídicos propuestos por la escuela conceptualista alemana, pero difieren de los conceptos en tanto y en cuanto los principios se inducen de las “consideraciones morales, políticas, sociales y económicas” de la época; mientras que los conceptos surgen exclusivamente de las reglas positivas de Derecho.

Adicionalmente los principios por su origen tienen un tono y un contenido eminentemente político y moral, mientras que los conceptos se formulan como nociones lógicas y sistemáticas producto de la razón, que surgen por vía de inducción de las reglas jurídicas expresas. En la medida en que el contenido de los principios es político y moral, expresan “argumentos de conveniencia” o de “política pública⁴²” que cumplen como finalidad adecuar el Derecho a la realidad del momento y del lugar en que las reglas jurídicas se aplican. Los principios se distinguen de otras estructuras normativas del Derecho por su generalidad y la fuente cognitiva de la que proceden. Se aplican básicamente para resolver “casos difíciles” en los que la ley resulta insuficiente o incapaz para ofrecer respuestas coherentes y justas a un problema de Derecho. Por su naturaleza, los principios no pueden ser hallados utilizando el método de interpretación tradicional, es decir, el silogismo jurídico formal o lógico. De aquí que Gény proponga un método con visos de cientificismo revolucionario para su tiempo, que denomina científico del derecho, pues proviene de la razón y la conciencia del jurista. Así, una naturaleza superior a las cosas, constituida por principios racionales y por entidades morales inmutables, a las cuales se llega a través de una serie de recursos racionales, entre los que menciona la analogía legis, la analogía juris⁴³, los “elementos de

41 GENY, Francisco. Obra citada, Pág. 570.

42 Véase, LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Ob. Citd. Pág. 76.

43 Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta particularidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada. La analogía, en la teoría de Gény, se debe considerar una técnica de la libre investigación científica, no un simple desdoblamiento de los principios inmanentes contenidos en el Derecho Positivo, y es así, porque Gény, concibe la analogía como latente además de los materiales jurídicos existentes en la realidad, los fines y los argumentos de políticas públicas. Se sitúa por ende entre la indagación en los textos y la indagación por encima o por fuera de los mismos. Véase LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Ob. cit. Pág. 282.



nuestra civilización actual”⁴⁴ y “las directrices entresacadas de las ciencias sociales”⁴⁵.

Los principios generales hallados con el método científico del Derecho son clasificados por Gény en diferentes planos de generalidad y provenientes unos de la razón o la conciencia y otros de la libre investigación científica positiva.

En un primer plano se encuentran los “principios generales de justicia objetiva” que se intuyen, no se deducen, y están dados por la “razón y la conciencia”. Su fuente es cognitiva y tienden a constituir un acervo normativo universal, de aquí que se les caracterice como universales e inmutables. Por su generalidad funcionan exclusivamente como fuentes mediatas o indirectas de la argumentación jurídica. Ofrecen exclusivamente una dirección o guía, pero no ofrecen soluciones definitivas. Se trata en últimas de principios-fines. López Medina los clasifica así⁴⁶:

PRINCIPIOS TOMADOS DE LA RAZON O LA CONCIENCIA	
Principios de alta generalidad	Justicia y equidad
Objetividad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho absoluto a desplegar y realizar las facultades propias de acuerdo a su naturaleza, y a la luz de su fin, con la condición de respetar derecho idéntico de los demás. 2. Principio de conservación social. 3. Prevalencia del interés social o común sobre el interés particular. 4. Principio de igualdad entre las personas.
Principios de baja generalidad y objetividad	<ol style="list-style-type: none"> 1. El pago de la deuda como consecuencia de una promesa u oferta libremente aceptada 2. La regla de estar obligado a reparar los perjuicios ocasionados por la propia culpa..

44 Esta expresión utilizada por Gény resulta ambigua y demasiado etérea, pero es de la mayor importancia en el método propuesto por él, pues se trata del reconocimiento que por primera vez hace un teórico del Derecho de la necesidad de recurrir a otras ciencias ajenas al Derecho para auxiliarse en la interpretación jurídica. Entre ellas, quizá la más importante, la sociología aplicada al campo del Derecho. De aquí que el concepto de “elementos de nuestra civilización actual”.deba obtenerse de la sociología y no del Derecho. Para Gény, estos elementos incorporan la religión, la organización política, el espíritu público, la organización económica, la familia, etc., a tal punto que le llevan a afirmar: “A la par de estos firmes puntos de apoyo [la ley y la analogía] la interpretación encontrará direcciones frecuentemente menos claras y menos enérgicas, pero no despreciables; sin embargo, en otros elementos de nuestra civilización, que contribuyen, por su parte, a componer el equilibrio social que constituye la atmósfera necesaria de toda la vida jurídica en un medio dado (...) se presenta una fuerza social traducida objetivamente en los hechos, y de la cual la reacción se hace sentir en nuestras instituciones de derecho privado”. Véase GENY, Ob. cit. Págs. 582-583.

45 Gény hace referencia a las que él llama “ciencias de la vida social” que entiende como ciencias morales y políticas, que serán utilizadas por el intérprete jurídico como medios de investigación para encontrar en la vida jurídica experimental, es decir, empíricamente en los hechos sociales, los elementos de la armonía que el derecho positivo tiene por misión realizar. Estas ciencias son teóricas y empíricas. Las primeras corresponden a la filosofía general, la psicología, la ética y la economía política. Las segundas se refieren a la historia, la estadística, la legislación comparada y la jurisprudencia comparada. Véase GENY, Ob. cit. Págs. 586-594.

46 LOPEZ MEDINA, Ob. cit. Pág. 281.

De otra parte, los principios del derecho también provienen de la “libre investigación científica positiva”. Esta denota en Gény, de nuevo, amplia libertad del juez frente a los textos, pero con la exclusión de la arbitrariedad: la decisión sigue siendo objetiva porque está basada en elementos “positivos” o reales extraídos del sistema social (se incluye aquí materiales jurídicos positivos aun si hay ausencia de reglas concretas), y que han sido extraídos por medio de métodos “científicos”.

La importancia de Gény, como enfáticamente lo plantea López Medina, “...radica en que proporcionó a este movimiento antiformalista una teoría general que explicó sus bases metodológicas. De esta forma, dio una explicación de conjunto al masivo cambio dogmático en el derecho civil que, en otros autores, no fue percibido con igual coherencia o integridad⁴⁷”.

D. EL DEBATE HART VS. DWORKIN FRENTE A LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS

En la teoría del Derecho contemporáneo la discusión acerca de los PGD tiene su germen en un artículo publicado por Ronald Dworkin en 1967 titulado «¿Es el Derecho un sistema de reglas?» que luego se incorporó en el famoso texto «Los Derechos en serio», capítulo segundo intitulado «El modelo de las normas»⁴⁸ en el que Dworkin, de manera precisa, ataca la que él denomina «la versión más poderosa del positivismo jurídico» propuesta por H. L. A. Hart⁴⁹, según la cual el Derecho está formado exclusivamente por reglas.

Dworkin sostiene que, cuando los jueces resuelven los problemas jurídicos a su cargo, los abogados argumentan y en general los actores jurídicos interpretan el Derecho, utilizan otro tipo de normas que difieren substancialmente de las reglas. Estas normas son los principios y las directrices políticas –policy–⁵⁰.

Para Dworkin, en el Derecho, además de las reglas, aparecen otro tipo de normas, que si bien están orientadas a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, operan de forma diferente.. Su origen “no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo⁵¹”. En el Derecho no solo hay normas, sino también algo lógicamente distinto, «los principios». Descubrir que un «principio» es un principio jurídico no es un ejercicio que se agote en la constatación sociológica o histórica acerca de los comportamientos observados en una determinada sociedad por parte de sus operadores jurídicos, sino que supone el desarrollo de una argumentación justificadora. En este sentido, los principios operan en el campo de la justificación o argumentación y no en el campo del descubrimiento o descripción del Derecho vigente.

Las reglas se aplican «todo-o-nada», es decir, si se dan los hechos que estipula

47 Véase LOPEZ MEDINA, Ob. cit. Pág. 286.

48 Véase DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 4ª reimpression. Traducción de Marta Gustavino. Editorial Planeta-Agostini. Barcelona, 1999. Pág. 72.

49 HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. Pág. 40.

50 El término *Policy* en inglés genera problemas al ser traducido al español en su expresión plural *policies*, en la medida en que *policy* indica plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural, etc., puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona, en tanto el plural. *policies* traduce políticas en su acepción de ciencia y arte de gobernar que es incorrecto y equívoco frente a lo que Dworkin quiere expresar, de allí que los traductores prefieran utilizar la expresión «directriz».

51 Véase DWORKIN, Ronald. Ob. cit. Pág. 95.



una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso su respuesta debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no se aplica y queda excluida del sistema jurídico. Los principios en tanto tienen una «dimensión de peso o importancia», lo que implica que frente a un hecho o conjunto de hechos que deben ser regulados, el principio puede o no ser aplicado dependiendo de los criterios de razonabilidad del intérprete. Si decide no aplicar el principio y ponderar la aplicación de otro principio diferente que se le opone, este hecho implica que el principio no desaparece, sino que simplemente es superado por otro principio de mayor fuerza o valencia. Para Dworkin, los principios por sí mismos nunca determinan por completo el contenido de una decisión particular. Deberá preferirse la que sea moralmente más fuerte; una mejor moral supone, pues, una mejor justificación del ordenamiento jurídico. Para Dworkin los principios valen como principios jurídicos porque son principios morales que explican y justifican el conjunto del Derecho, porque son principios morales buenos y justos que resultan coherentes con un Derecho básicamente justo.

Los “principios jurídicos” no exigen, a diferencia de las reglas, una decisión cuando operan, pues su función es apoyar o señalar la decisión, o en otros casos enunciar una razón que puede ser eliminada a favor de otras, pero que los jueces tendrán en cuenta como algo que los inclina a decidir de una manera u otra. En términos de Dworkin:

Los principios jurídicos difieren de las reglas porque tienen una dimensión de “peso” pero no de validez, y es por esta razón que, al entrar en conflicto con otro principio de mayor peso, un principio puede ser descartado y dejar de determinar una decisión⁵².

Los «principios» entendidos en términos de Dworkin son estándares que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La «directriz» o «directriz política» es un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad⁵³. “Todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del Derecho consuetudinario” de forma tal que el Derecho no se reduce a lo que dicen las normas bajo la forma de «reglas», sino que resulta imperioso para comprenderlo hólicamente extender el estudio del fenómeno a las directrices y los principios, nociones que están ubicadas más cerca de la moral que del Derecho. Si esto es así, resulta que plantear, como lo hace el positivismo, que entre Derecho y moral existe una frontera infranqueable, es una tesis que no encuentra sustento en la realidad material del objeto analizado.

Dworkin afirma que al considerar los principios jurídicos como parte de la teoría del Derecho, Hart debe abandonar los criterios suministrados por la regla de reconocimiento, así como el criterio de discrecionalidad predicado a favor de los jueces en los eventos de casos difíciles. Dworkin afirma que la regla de reconocimiento no permite identificar los principios, por tanto debe ser desechada como herramienta para la determinación de los principios jurídicos. En relación con el concepto de discrecionalidad de los jueces frente al evento de casos difíciles, las partes en el proceso tienen el Derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico

52. DWORKIN, Ob. cit., págs. 120 y 121.

53. Véase, DWORKIN, Ob. cit., pág. 72.



preexistente. Dworkin concluye que el Juez no puede estar aplicando en la solución de tales situaciones su criterio personal y, por ende, creando Derecho, sino que por el contrario, frente a problemas como los que plantean los casos difíciles, que tienen que ver con la existencia de reglas jurídicas de textura abierta, el juez recurre a la aplicación de los principios jurídicos que a pesar de no funcionar igual que las reglas, son de carácter obligatorio.

Dworkin concibe un método de decisión en el que un juez, con capacidades extraordinarias, a quien denomina "Hércules", encuentra en cada caso difícil los principios que explican de la mejor manera posible las reglas vigentes y que proveen la mejor justificación moral para la decisión del caso⁵⁴.

Tal y como lo plantean Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero⁵⁵, el ataque de Dworkin yerra en el blanco, pues la concepción de Hart y en general la del positivismo jurídico en general⁵⁶ no niegan en el fondo que el Derecho está integrado, además de reglas, por pautas del tipo de las que Dworkin denomina principios. Mientras que para Hart la existencia de principios reconocidos por el Derecho no invalida su análisis de las reglas jurídicas, sino que, por el contrario, pueden ser reconocidos como principios jurídicos por la Regla de Reconocimiento, la esencia del argumento de Dworkin no es que afirme la existencia de principios como parte del Derecho, sino que sostiene que "ningún test empírico puede aprehender todos los principios que son Derecho y, por tanto, el criterio positivista de la Regla de Reconocimiento debe ser abandonado"⁵⁷. En este sentido, el positivismo jurídico no es incompatible con el uso de «principios», pues la noción de «regla» utilizada por Hart tiene un sentido mucho más amplio que el que Dworkin le atribuye. De entrada Hart reconoce en su teoría que las reglas, incluso las que regulan conductas específicas, poseen una textura abierta o vaguedad en su significado, por ello las reglas tienen excepciones que no pueden ser exhaustivamente especificadas. Adicionalmente, la diferencia «lógica» entre las reglas jurídicas y las pautas a las que Dworkin denomina «principios» no son tan claras como este pretende afirmarlo, incluso hay reglas que no siempre se pueden aplicar «todo o nada», y reglas frente a las cuales la «dimensión de peso» predicada por Dworkin es perfectamente adjudicable.

E. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ENTENDIDOS COMO «MANDATOS DE OPTIMIZACION» EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

Mientras en Hart y Dworkin, el problema de los PGD es esencialmente estructural, es decir, dar respuesta a la pregunta de si estos hacen parte o no del sistema jurídico, en Robert Alexy, el problema es funcional, es decir, dar respuesta a la pregunta para qué sirven y cómo funcionan los PGD.

Robert Alexy defiende la necesidad de un discurso racional aplicado a la argumentación jurídica. Expresa que dicha exigencia es válida no solamente en el plano teórico, sino fundamentalmente en el plano práctico, pues dicho aspecto es el único que garantiza

54 Véase DWORKIN, Ob. cit., pág. 38.

55 Véase, ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan. *Sobre principios y reglas*. Revista Doxa No. 10. Universidad de Alicante, 1991. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1996.

56 Véase CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Notas sobre Derecho y lenguaje. 3ª. Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986.

57 Véase DE PARAMO ARGUELLES, Ob. Cit. Pág. 385.

58 Véase, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.



el carácter científico de la jurisprudencia y la legitimidad de las decisiones judiciales. Dicha teoría de la argumentación se sustenta en la distinción entre reglas y principios, distinción que no pretende develar una clase nueva de normas, los PGD, sino reconocer un tipo de argumentación del Derecho diferente. Quiere ello decir que determinadas normas admiten más que otras el desarrollo de cierta clase de argumentación y por ello ha sido del todo ocioso intentar la morfología de los principios, aun reconociendo que no puede trazarse una frontera rigurosa entre reglas y principios. Al respecto afirma el profesor Alexy: "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización⁵⁹ mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos"⁶⁰.

En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas, sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas, sino también, esencialmente, por los principios opuestos⁶¹. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del Derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces, ordena hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada.⁶² No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del Derecho. De esta manera, el principio que tiene precedencia restringe las posibilidades jurídicas de la satisfacción del principio desplazado. Este último sigue siendo parte del orden jurídico. En otro caso puede invertirse la relación de precedencia. ¿Cuál ha de ser la solución? Depende de los pesos relativos de los principios opuestos. Con esto es claro, al mismo tiempo, que en las colisiones de principios, a diferencia de lo que ocurre en los conflictos de reglas, no se trata de la pertenencia o no al sistema jurídico. Las colisiones de principios no tienen lugar en la dimensión de la validez, dado que solo pueden entrar en colisión principios válidos, sino que se dan dentro del sistema jurídico en la dimensión de la ponderación⁶³. Dentro del marco de una teoría del sistema jurídico la teoría de los

59 El término «mandatos de optimización» utilizado por el profesor Robert Alexy indica que el mandato derivado del principio se caracteriza porque puede ser cumplido en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Atienza y Ruiz Manero no comparten con Alexy, que los principios en sentido estricto puedan ser cumplidos en diversos grados; pues ellos distinguen entre «principios en sentido estricto» y «directrices o normas programáticas». Lo característico de las «directrices o normas programáticas» se halla en que este tipo de pautas configura de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito. En la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución conjunta de todos estos objetivos. Los principios en sentido estricto en cambio configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación aunque su modelo de conducta sea abierto, por ende el término «mandatos de optimización» solo sería válido para «principios en sentido estricto». Véase ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1996. Págs. 9-11.

60 Para un análisis profundo de esta distinción, que conduce a una serie de otras diferenciaciones, cfr. SIECKMANN, J. R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Tesis doctoral. Gotinga, 1987, capítulo 4.

61 Cf. CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª edición. Berlín 1983, Págs. 53. y ss.

62 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 2ª. edición, Londres 1978, Págs. 24 SS. Con respecto al criterio de todo o nada, cfr. ALEXY, Robert. "Zum Begriff des Rechtsprinzips". En *Rechtstheorie Beiheft* 1(1979). Págs. 68 y ss.

63 Cf. DWORKIN. Ob. cit. Págs 26 y ss.

principios es preferible ya que en ella se expresa directamente el carácter de deber ser del Derecho.

Presentado de manera sucinta el problema teórico respecto del los PGD, es importante a continuación observar cómo desde el punto de vista lingüístico el termino principio general del derecho ha tenido diversos usos.

F. DIVERSAS ACEPCIONES DEL TERMINO PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La mayoría de la doctrina reconoce que determinar qué debe entenderse por PGD es una de las cuestiones más debatidas en la literatura jurídica.⁶⁴ Las acepciones más significativas que se encuentran en contextos jurídicos, siguiendo muy de cerca los planteamientos de Atienza y Ruiz Manero,⁶⁵ son las siguientes:

1. «Principio» entendido como Norma general

Entendiendo por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. La generalidad hace relación a la mayor o menor generalidad de las propiedades relevantes del caso que regula, no a la mayor o menor amplitud de los destinatarios de la norma. Por ejemplo, el Artículo 1602 de nuestro Código Civil reza: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales".

2. «Principio» entendido como Norma, redactada en términos particularmente vagos

Se presenta cuando la descripción del caso genérico, o supuesto de hecho, tiene una periferia de textura abierta⁶⁶ que determina que el grueso de los casos ordinarios caen claramente dentro o fuera de la norma, pero existen también supuestos en los que es dudoso si se les aplica o no la norma. Igualmente, se presenta el caso de normas que son ambiguas, por cuanto utilizan conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo buena fe, abuso del Derecho o debida confianza. Podemos citar a modo de ejemplo el artículo 1603 del Código Civil que es del siguiente tenor: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella". O el Artículo 830 del

64 Véase entre otros GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S. A. México. 1990, Pág. 370. CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico. Notas sobre Derecho y lenguaje*. 3ª. Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986. GUASTINI, Ricardo. *Principi del diritto*, en *Dalle fonti alle norme*. Guiapichelli. Torino, 1990. PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre Principios y Normas*. Problemas del razonamiento jurídico. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992. Pág. 19.

65 Véase, ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan. *Sobre principios y reglas*. Revista Doxa No. 10. Universidad de Alicante. 1991. Pág. 101. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S. A. Barcelona, 1996. Pág. 3.

66 El término "textura abierta" fue utilizado por primera vez por el ius-filosofo norteamericano H. L. Hart quien observó que el lenguaje jurídico, como todo lenguaje natural, presenta en su significado un núcleo de certeza y una zona de penumbra o "textura abierta", de manera que cuando pretendemos aplicar una norma se encuentran casos que indubitadamente están comprendidos en ella, pero aparecen también "áreas de conducta en las que mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales... Aquí, en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas". Verse HART, H. L. *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. Págs. 168-9.



Código de Comercio que señala: “El que abuse de sus Derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

3. «Principio» entendido como Norma programática o directriz

Se trata de normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines o metas, que tienen un contenido teleológico claramente fijado por el legislador. Por ejemplo, el Artículo 60 de la Carta Política reza lo siguiente: “El Estado promoverá, de acuerdo con la Ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La Ley reglamentará la materia”. Y el Artículo 2 de la Ley 546 de 1999 o Ley de Vivienda Individual a largo plazo establece: “Objetivos y criterios de la presente ley. El Gobierno Nacional regulará el sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo para fijar las condiciones necesarias para hacer efectivos el Derecho constitucional a la vivienda digna, de conformidad con los siguientes objetivos y criterios: 1. Proteger el patrimonio de las familias representado en vivienda. 2. Proteger y fomentar el ahorro destinado a la financiación y a la construcción de vivienda, manteniendo la confianza del público en los instrumentos de captación y en los establecimientos de crédito emisores de los mismos. 3. Proteger a los usuarios de los créditos de vivienda. 4. Propender por el desarrollo de mecanismos eficientes de financiación de vivienda a largo plazo. 5. Velar para que el otorgamiento de los créditos y su atención consulten la capacidad de pago de los deudores. 6. Facilitar el acceso a la vivienda en condiciones de equidad y transparencia. 7. Promover la construcción de vivienda en condiciones financieras que hagan asequible la vivienda a un mayor número de familias. 8. Priorizar los programas y soluciones de vivienda de las zonas afectadas por desastres naturales y actos terroristas”.

4. «Principio» entendido como Norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico

Es decir, las normas que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo ordenamiento jurídico, de una institución, etc. Por ejemplo, el artículo 10 de la Carta fundamental del siguiente tenor: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

5. «Principio» entendido como Norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho

Se trata de normas que señalan, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable a un caso y su forma de interpretarla, etc. Por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 es del siguiente tenor “Artículo 10. –Derogado. L. 57/887, artículo 45. Subrogado. L. 57/887, Artículo 5º-. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella. Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. 2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial,

Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.

6. «Principio» entendido como Principio en el sentido de «regula iuris»

Esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector de este.

Por ejemplo, el Artículo 4 de la Constitución Nacional es del siguiente tenor: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. O el caso del Artículo 2 de la Ley 153 de 1887 que establece: “La ley posterior prevalece sobre la anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”.

III. ¿DONDE SE ENCUENTRAN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO?

La respuesta a este interrogante no resulta sencilla si consideramos que, en apariencia, dependerá de asumir como válida cualquiera de las tesis que hemos atrás expuesto para explicar ontológicamente los principios del Derecho. Tal postura implica caer en un relativismo que es lo mismo que no dar respuesta a la pregunta. Sin embargo, al analizar cada una de las teorías que explican la naturaleza de los PGD encontramos que todas ellas hacen relación, en últimas, a zonas o sectores determinados del sistema jurídico, en donde por inducción se obtienen normas generales de carácter abstracto, de textura abierta, indeterminadas pero determinables frente a casos particulares, que si bien exigen un trabajo mucho más fino y concienzudo del intérprete, pueden llegar a ofrecer certeza y seguridad jurídica al sistema.

El método es quizá el que cambia, pues se exige una hermenéutica y una teoría de la interpretación mucho más sesudas, pues demanda la aplicación de instancias axiológicas, deontológicas, interdisciplinarias y tópicas de la aplicación del Derecho, que a su vez presupone jueces, abogados, legisladores mucho mejor preparados, sólidamente formados desde el punto de vista dogmático, pero fundamentalmente desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, de la filosofía del Derecho, de la hermenéutica jurídica, de la sociología jurídica y, en general, del Derecho como ciencia.

Al mismo tiempo, establecer que los PGD son estándares que deben ser obedecidos porque son la exigencia de un deber moral, nos enfrenta a la paradoja de entender que las fronteras entre el positivismo y el ius-naturalismo, entre la moral y el Derecho, cada día son más sutiles, más frágiles, menos ciertas. Derecho y moral son, entonces, nociones que se manifiestan en la vida diaria de las personas, y que el Derecho está llamado a regular. En estas actividades consuetudinarias se encuentran las nociones de moral y Derecho, pero allí mismo se topa el lugar en donde hemos de hallar las reglas y los principios de Derecho.

Tanto reglas como principios hacen parte de un todo integral que denominamos sistema jurídico, y las diversas teorías y posiciones que se plantean no son más que pura retórica que, esconden bajo cuestiones de forma, el Derecho es la vida misma, sujeto a una concepción moral universal, si se quiere una moral colectiva,



que influye, afecta y determina, por vía de los PGD, la definición y aplicación de las reglas jurídicas.⁶⁷

IV. ¿COMO SE APLICAN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO?

Al referirnos a la aplicación de los PGD, hacemos mención a una hermenéutica de principios contrastada con una hermenéutica de reglas. Cada una maneja un método diferente. Hace referencia a precisar la naturaleza de los argumentos esgrimidos, y principalmente determinar si ellos construyen una argumentación de tipo lógico formal o deductiva, o si por el contrario se trata de una argumentación inductiva o por abducción.

A. LA HERMENEUTICA DE REGLAS

Basada en la exégesis, en la aplicación a ultranza del silogismo lógico, esta teoría defiende la fidelidad ciega a la ley como fundamento en apariencia democrático, y se sustenta en el formalismo, en la creencia dogmática en la seguridad jurídica per se que ofrece el sistema, entendiendo que los vacíos y lagunas se han de llenar a través de la analogía legis. Es la defensa del método cartesiano y la “matematización” del conocimiento. Estaríamos frente a un silogismo judicial típico, caracterizado por la existencia de una premisa inicial, que enuncia una norma general y abstracta en la que un supuesto de hecho aparece como condición para una consecuencia jurídica que, en general, debe seguirse cuando se realiza el supuesto de hecho.⁶⁸ La relación se sustenta en el carácter necesario de las premisas utilizadas.

B. LA HERMENEUTICA DE PRINCIPIOS

En este caso predomina el uso del razonamiento dialéctico y la retórica, propugnando así por posturas antiformalistas. Esta hermenéutica fundamentalmente tiene como método esencial la tópica, redescubierta por Viehweg⁶⁹ y posteriormente desarrollada por Bachof, García Enterría, Hesse, Perelman y, fundamentalmente, Alexy y Dworkin. Corresponde a la aplicación de las llamadas lógicas no monotónicas,⁷⁰ que aplican el llamado silogismo práctico, caracterizado porque en este tipo de argumentación el paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente. Se trata de un «argumento original», en el sentido de que con él surge una idea nueva. Aplica otro tipo de metodología que puede valerse de la tópica jurídica de Viehweg, utilizar la nueva retórica de Perelman, la teoría argumentativa de Toulmin o las teorías integradoras mejor conocidas como teorías estándar de la argumentación jurídica expuestas por MacCormick y Alexy.

67 Se trata de un método de descubrimiento planteado inicialmente por Charles Sanders Peirce (*Escritos Lógicos*, 1867) y desarrollado posteriormente, entre otros por Norwood Russell Hanson (*Patrones de descubrimiento*, 1958), modernamente acogido por Félix Gustavo Shuster (*El método en las Ciencias Sociales*, 1992). El aspecto más relevante de este método consiste en que con el mismo se puede abarcar la actividad generadora de nuevos conocimientos, comúnmente ubicada en el denominado «contexto de descubrimiento» que permitiría ampliar el marco de racionalidad, acotado generalmente al «contexto de justificación». Su objeto de estudio son fundamentalmente los hechos, y su estructura se puede formular en términos de Shuster así: “Un (sorprendente) fenómeno F aparece. La hipótesis H permite explicar adecuada y corrientemente a F. Por consiguiente, hay buenas razones para suponer que la hipótesis H es verdadera”..

68 Véase ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Págs. 39 y siguientes.

69 VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Taurus Editores. Madrid, 1984.

70 La lógica deductiva es monotónica, porque si de las premisas $p \rightarrow q$ se infiere q , entonces esa misma conclusión se sigue infiriendo por mucho que añadamos nuevas premisas. Véase ATIENZA, Manuel. Ob. cit. Pág. 42.



1. La tópica

El término *tópica* hace parte de la familia de palabras derivada del griego *topos* que quiere decir lugar o parte, como en topografía, topología, ectopia, etc. Rodolfo Arango la define como:

(...) la alternativa de buscar una respuesta no partiendo de las normas mismas sino del problema que se pretende resolver, desde las múltiples perspectivas del mismo. Este método inductivo permite estructurar las proposiciones y premisas normativas a aplicar a partir de la problemática fáctica y valorativa del caso, en busca de un «tercer camino» en el que se concilien el Derecho y la justicia.⁷¹

Para Viehweg la tópica constituye una parte de la retórica⁷², utiliza argumentos apodícticos o demostrativos. Es desde el punto de vista de su objeto, una técnica del pensamiento problemático. El instrumento con que opera se vale de los topoi o lugares comunes, que consisten en la búsqueda y examen de premisas basadas en hechos. Los tópicos o premisas no están entre sí jerarquizados, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabe utilizar tópicos distintos que pueden llevar a resultados igualmente diferentes. Es en consecuencia un método relativo, pues no parte de verdades absolutas. El objeto de solución es un problema que respecto del Derecho corresponde a los llamados casos difíciles, es decir, toda aquella cuestión que admite más de una respuesta correcta. El método es inductivo y consiste en valerse de la jurisprudencia, mediante tres presupuestos:

- a. Determinar desde el problema qué es lo justo aquí y ahora.
- b. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidos desde él.
- c. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia solo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema.

Robert Alexy, al delimitar la tópica como método propuesto para desarrollar racionalmente una teoría de la interpretación jurídica, afirma que se debe contestar a la pregunta, ¿cómo relacionar la tópica jurídica con la tesis propuesta por Viehweg de que la Jurisprudencia debe entenderse como tópica? La conclusión a la que llega reconoce los defectos de la tópica particularmente en lo que tiene que ver con el hecho de que la teoría esbozada por la tópica sobre el uso de premisas en la fundamentación de juicios singulares resulta problemática, en la medida en que es indeterminada y no define qué punto de vista debe prevalecer. Sin embargo, pese a ello, Alexy concluye

71 ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. "El valor de los principios fundamentales en la interpretación Constitucional". En *Revista de Derecho Público* N° 5, Universidad de Los Andes. Bogotá, Noviembre de 1994, Pág. 56.

72. La Retórica, en su sentido más amplio, hace referencia a la teoría y práctica de la elocuencia, sea hablada o escrita. La retórica hablada es la oratoria. La retórica define las reglas que rigen toda composición o discurso en prosa que se propone influir en la opinión o en los sentimientos de la gente y, en tal sentido, es una forma de la propaganda. Se ocupa, pues, de todos los asuntos relacionados con la belleza o vigor del estilo. En un sentido más estricto, la retórica se ocupa de los principios fundamentales que tienen que ver con la composición y enunciación del discurso oratorio: *inventio* (del verbo *invenire*, encontrar o definir el tema del que se va a hablar); *dispositio* (disposición de las partes); *elocutio* (elección de las palabras, ligada con el ornato y las figuras); memoria (memorización) y *actio* (relacionada con el acto de emisión del discurso, próxima a la representación teatral). Las tres primeras son las fundamentales desde el punto de vista de la obra escrita. Enciclopedia Electrónica Microsoft Encarta 2004. © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.



que estos defectos consisten en la infravaloración de la importancia de la ley, de la dogmática jurídica, y del precedente, en la insuficiente penetración en la estructura profunda de los argumentos, así como en la insuficiente precisión del concepto de discusión. A pesar de todo ello, sostiene que debe mantenerse la tesis de la tópica de que incluso, donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a decisiones irracionales.⁷³

Lo destacable aquí es que la tópica jurídica sustentada como herramienta básica para los jueces y magistrados a partir de la actividad jurisprudencial permite, en términos más o menos racionales, deducir del sistema los PGD en él existentes y aplicarlos y entenderlos con un margen de racionalidad que garantice fallos argumentados y justos.

2. La retórica

Perelman⁷⁴ propone como método de interpretación la retórica: distingue entre razonamientos analíticos o lógico-formales y razonamientos dialécticos o retóricos. Los primeros utilizan una lógica formal basada en el silogismo, que matematiza o formaliza los argumentos, dependientes cada uno del anterior, de forma tal que el resultado es siempre necesario. El razonamiento retórico por el contrario, se mueve en el terreno de lo simplemente plausible o probable. Los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino demostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión. Perelman considera que la estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido: la solidez de este es muy superior a la de cada hilo que constituye la trama. El método consiste en persuadir y convencer, y esto dependerá del auditorio a quien se dirige el discurso, el cual no es objetivo sino imparcial. Se parte del acuerdo, es decir, de los puntos en que el orador está en coincidencia con el auditorio, luego se pasa a la elección y luego sí se presentan las premisas, mediante un discurso retórico que tiene como fin, no solo conseguir la adhesión del auditorio, sino también acrecentarla.

3. La nueva lógica

Toulmin⁷⁵ pretende desplazar la teoría lógica a la práctica lógica, es decir, una lógica operativa o aplicada. Esta se halla en la fuerza de los argumentos. Un buen argumento es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable. Por ello, es importante distinguir entre argumentación y razonamiento. Se argumenta cuando se plantean pretensiones y se ponen en cuestión, siendo respaldadas mediante razones. El razonamiento, en cambio, se usa en un sentido más restringido, para referirse a la actividad de presentar razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión. Un argumento está formado por cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. Este tipo de argumento es práctico y no lógico, pues el paso a la conclusión desde los argumentos no es necesario, ya que opera sobre respaldos cualificadores modales tales como "presumiblemente", "probablemente", "con toda probabilidad",

73 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, Págs. 39-43.

74 El profesor Chaim Perelman fue filósofo y jurista, nació en Varsovia y se dedicó durante la mayor parte de su vida a la docencia en Bruselas. Su bibliografía está casi toda escrita en idioma alemán. En español se destacan. *La nueva retórica y los valores*. Editorial Civitas. Madrid, 1979, y *El razonamiento jurídico*. Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Cuaderno Nº 5. Maracaibo, 1973.

75 TOULMIN, St. E. *El puesto de la razón en la ética*. Traducción de I. F. Ariza. Alianza Editores. Madrid, 1979. *The Uses of Argument*. Cambridge, 1958.

“plausiblemente”, “según parece”, etc. El sistema jurídico es un escenario ideal para la práctica y el análisis del razonamiento, pues proporciona un foro intenso para argumentar acerca de distintas versiones de los hechos implicados en un conflicto que no han podido solucionarse ni recurriendo a la mediación ni a la conciliación. Los tribunales de apelación brindan la oportunidad de revisar los argumentos, pero ya no desde la óptica de los hechos, sino del análisis de las cuestiones de Derecho.

4. La teoría estándar de la argumentación

Para MacCormick⁷⁶ la argumentación es práctica, en general, y jurídica, en particular, cumple una función de justificación. La argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión. Justificar una decisión jurídica quiere decir dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho. Justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema, es decir, que respete los principios de consistencia y coherencia, análisis que sólo se puede efectuar desde el mismo sistema, que parte del sistema jurídico existente, desde las normas vigentes.

Aunque los argumentos consecuencialistas sean decisivos para justificar una decisión frente a un caso difícil, no son sin embargo concluyentes, de forma tal que no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta. El razonamiento jurídico, en definitiva, es, como el razonamiento moral, una forma de la racionalidad práctica. Es simplemente un razonamiento altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral. Para llegar a él, se recurre a la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica,⁷⁷ específicamente el planteamiento expuesto por Neil MacCormick en *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, en donde se predica como base de la argumentación jurídica la función de justificación de los fallos; entendida dicha justificación, como un mecanismo para dar razones que muestren que la decisión judicial asegura «la justicia de acuerdo con el Derecho». Análisis que se efectúa en el contexto de justificación y no en el contexto de descubrimiento.⁷⁸

La cadena argumentativa no resulta aquí del producto de un razonamiento lógico, sino que obedece a criterios de orden subjetivo del juzgador, no necesariamente emocionales, sino que son el producto de la honesta y razonable búsqueda del juzgador por hacer justicia, sustentándose en justificaciones de carácter deductivo. Para ello, el juzgador parte de las reglas existentes en el sistema, es decir, del Derecho válido; pero una vez fijadas dichas reglas, efectúa una justificación de carácter interno, que se respalda en razones subyacentes, tales como la consistencia y la coherencia

76 MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, 1978. “Legal Reasoning and Practical Reason”. En *Midwest Studies in Philosophy* nº 7 Oxford, 1982.

77. Véase ATIENZA, Manuel. Ob. cit. Págs 132 y siguientes.

78. Una buena parte de la doctrina ius-filosófica entiende que el método jurídico no hace parte del llamado «contexto de descubrimiento», es decir, aquel en que se desarrolla la ciencia propiamente dicha, caracterizado por la formulación de teorías y la producción de descubrimientos científicos, sino que por el contrario corresponde al llamado «contexto de justificación» propio de las llamadas ciencias humanísticas o ciencias sociales, caracterizado por la actividad de validar o justificar una teoría o un descubrimiento científico, comportamiento que no admite un análisis en términos lógicos. El método jurídico será, entonces, un «protocolo» para la justificación o validación de una solución jurídica dada.



del fallo en relación con el mundo, que en el presente caso se sustentan a partir de argumentos basados en principios, es decir, normas generales, de textura abierta –en términos de MacCormick– una norma relativamente general que, desde el punto de vista de la persona, lo acepta como principio; es también contemplado como una norma general a la que es deseable adherirse y que tiene de este modo fuerza explicativa y justificadora en relación con determinada decisión..

5. La teoría del discurso como diálogo

Robert Alexy⁷⁹ utiliza la teoría del discurso de Habermas⁸⁰, que es esencialmente una teoría procedimental. Plantea un discurso jurídico y normativo, pero a diferencia de los planteamientos de MacCormick encuentra su punto de partida en la moral y no en el Derecho. Consiste en una teoría del discurso como diálogo, orientado a un acuerdo racional entre las partes, basado en argumentos de convencimiento. Utiliza el discurso práctico para concluir que un enunciado normativo es correcto si y solo si puede ser el resultado de un procedimiento P. La teoría del discurso se caracteriza porque en el procedimiento puede participar un número ilimitado de individuos en la situación en que realmente existen. Las exigencias de los argumentos se pueden formular como condiciones o como reglas. Finalmente, el proceso de decisión puede incluir o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos, existentes al comienzo del procedimiento.

Las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica, ni tampoco que, en caso de que se alcance dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo. Esto obedece a dos fenómenos: bien por que el acuerdo solo puede cumplirse de manera aproximada, o bien porque entre la formación del juicio y la formación de la voluntad exista una discrepancia, entendida en el sentido de que saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido.

El ideal es llegar al consenso, pero el que no se alcance no implica necesariamente un fracaso, pues el proceso de acuerdo, por sí mismo, ya es una razón suficiente. Alexy, a diferencia de MacCormick, sustenta su método en un discurso esencialmente jurídico y normativo, no apoya su teorética en el armazón normativo, usualmente utilizado por los jueces como punto de partida para hallar las respuestas al caso en cuestión; sino que por el contrario efectúa su aproximación desde un discurso moral esencialmente práctico, que busca la verdad en cuanto referida a los actos que se realizan al decir algo. Es esencialmente una teoría del discurso como diálogo, orientado a un acuerdo racional basado en argumentos de convencimiento, que no pretende sostener que una determinada proposición es sin más racional, sino que puede ser fundamentada racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Alexy, por lo tanto, utiliza las reglas y formas del discurso práctico general, pero igualmente se vale de las reglas y formas del discurso jurídico que se expresan en la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática válida y racionalmente aceptada dentro del sistema.

79 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

80 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Editorial Trotta. Segunda Edición. Madrid, 2000. *Teoría de la acción comunicativa*. Dos volúmenes. Editorial Trotta. Madrid, 1987. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Editorial Trotta. Madrid, 1989.



V. CONCLUSIONES

Cualquiera sea el método que se use al hacer interpretación jurídica, el método demanda que se diferencien con claridad las particularidades de reglas y principios y que, por ende, cuando trabajemos con una u otra clase de normas, adecuemos en su interpretación el método pertinente. La distinción real entre principios y reglas se determina más fácilmente en virtud de las direcciones explícitas o implícitas que acompañan al estándar, indicando cuál es su función..

La distinción propuesta por Dworkin entre principios y reglas, a más de otorgar la seguridad jurídica que él predica, al abandonar la discrecionalidad del Juez al momento de fallar en los casos difíciles, implica, por otra parte, la adecuación del Derecho en forma constante e inmediata a los cambios sociales. Implica, además, la toma de decisiones "al por mayor", porque el contenido normativo de los principios generales es plural y no singular. Otra consecuencia derivada de la distinción propuesta por Dworkin es la de proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, para ser un instrumento de unificación y sistematización del Derecho que logre su organización y coherencia, al establecer objetivos de reforma social que hagan del Derecho un verdadero instrumento de cambio. En últimas, y quizá la consecuencia más importante es la delegación a los jueces del poder de determinar el contenido del Derecho.

La distinción entre reglas y principios no es una cuestión de poca monta o intrascendente cuando hacemos hermenéutica jurídica, pues como ha quedado expuesto, esta distinción resulta culminante al momento de enfrentarnos a un caso concreto.

Para desarrollar más gráficamente esta idea, a continuación se presenta un cuadro comparativo que detalla las diferencias puntuales entre la utilización de reglas y la utilización de principios en un sistema legal:

UTILIZACION DE REGLAS	UTILIZACION DE PRINCIPIOS
Asumir un caso como fácil	Asumir un caso como difícil
Aplicación de lógica formal	Aplicación de lógica práctica
Utilización preponderante de normas positivas y analogías <i>legis</i>	Utilización preponderante de normas extrasistémicas y analogía <i>iuris</i>
Restricción del juzgador a los límites de la Ley	Amplitud del poder del juzgador para decidir con base en criterios de moralidad y política judicial
Prevalencia de concepciones conservadora, formal y dogmática del Derecho	Concepción del Derecho relativa, no dogmática y susceptible al cambio

Para corroborar la distinción atrás expuesta, es oportuno que como conclusión del esfuerzo de exposición del presente artículo, nos remitamos a las diferencias puntuales halladas por Dworkin⁸¹:

- A La diferencia entre principios jurídicos y reglas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, los principios son enunciativos, indican una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.
- B. Las reglas, en la medida en que exigen una aplicación disyuntiva, determinan un juicio de validez que Dworkin denomina «de todo o nada», y cuando dos reglas chocan entre sí, una de ellas prevalece mientras que la otra es eliminada del

81 DWORKIN, Ob. cit., Págs. 72-80.

sistema. En el caso de los principios, al ser estos meramente enunciativos, si dos principios entran en contradicción, el conflicto se resuelve ponderando uno en relación con el otro y, por lo tanto, privilegiándolo, sin que el principio valorado como inferior desaparezca del sistema y sea calificado como inválido. Ambos principios mantienen su estatus de valor, pero en el caso concreto al que se aplican un principio privilegia al otro. Puede perfectamente ocurrir que en circunstancias fácticas diferentes, el principio originalmente subyugado se valore y entre a primar.

- C. Las reglas, al tener una estructura de todo o nada, tienen una dimensión de valor, mientras que los principios al tener una estructura enunciativa, tienen una dimensión de peso o importancia. Las reglas se miden y una es eliminada en beneficio de la otra. Los principios se pesan el más importante es privilegiado sobre el menos importante.
- D. Las reglas operan generalmente en los casos fáciles, frente a normas de textura cerrada en donde la interpretación se reduce a una aplicación literal del texto. Los principios, en tanto, operan en los casos difíciles, pues al ser estándares generales permiten funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso al momento de argumentar y hallar la solución correcta.
- E. Las reglas tienden a ser particulares, estáticas, fijas y usualmente rígidas. Los principios son generales y universales, móviles, cambiantes y adaptables.

Martínez Muñoz⁸², desde una óptica ius-naturalista de la cuestión y apoyándose igualmente en Dworkin, propugna la tesis de que los principios son irreductibles a normas y deduce estas diferencias adicionales:

- A. Una diferencia estructural: los principios tienen una estructura más compleja, pues como elementos ontológicos del Derecho son su fundamento originario mismo y no presuponen nada jurídico previo, al contrario que las normas. Como elementos cognoscitivos son independientes y no se derivan unos de otros, a diferencia de lo que sucede con las normas. Por último, «en la realización del Derecho los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas», ofrecen «soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia».
- B. Una diferencia funcional: las normas funcionan como medida (nomos) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales. Los principios, por su parte, determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo.
- C. Unas diferencias genéticas: las normas proceden de la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido. Los principios, en cambio, tienen su origen en la propia naturaleza del Derecho y obtienen su contenido de de las relaciones humanas en las que el Derecho aparece.
- D. Unas diferencias aplicativas: mientras que las normas se aplican o no se aplican –«las normas son aplicables a la manera de disyuntivas»– y si se aplican

82 MARTINEZ MUÑOZ, Juan Antonio. "Principios del Derecho y normas jurídicas". En *Los Principios Generales del Derecho*. Seminario de la sección de filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Editorial Actas S. L. Madrid, 1993. Págs. 92 y ss.



se puede hacer de forma inmediata. Los principios a su vez pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan concretarse a un caso específico.

- E. Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación: mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar estas. «Llamo "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad».
- F. Una diferencia de validez: un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que sí ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra.
- G. Una diferencia justificativa: pues las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

Las diferencias expuestas se tabulan de la siguiente manera:

REGLAS	PRINCIPIOS
Disyuntivas	Enunciativos
Juicio de validez "todo o nada"	Juicio de ponderación
Dimensión de valor	Dimensión de peso
Operan en los "casos fáciles"	Operan en los "casos difíciles"
Son particulares, estáticas, fijas y rígidas	Son generales y universales, móviles, cambiantes y adaptables
Dependen para su validez de otras reglas	No dependen de otras normas, pues son originales e independientes
Son medida de lo justo aquí y ahora	Son instrumentos para llegar a un ideal de justicia, el deber ser
Se originan en una autoridad que las emite	Tienen su origen en la propia naturaleza del Derecho
Obligan para garantizar situaciones políticas, económicas o sociales	Obligan en cuanto son imperativos de justicia
Pierden su validez cuando se encuentran con una norma de mayor jerarquía	No pierden su validez cuando se enfrentan con otro principio que les es contrario

Tras esta exposición no se puede concluir con un concepto definitivo de los «PGD». Solo es claro que no son ni ley ni costumbre, pues se aplican en defecto de éstas. En el campo teórico y desde una postura ius-naturalista podrían ser normas de Derecho natural. Desde una postura ius-positivista, que no admitiría más normas que no fueran la ley o la costumbre, sólo podrían ser normas implícitas obtenidas (v. gr. por analogía *iuris*) de normas explícitas (legales y consuetudinarias).

No obstante, el silencio legislativo y la variopinta doctrina no se puede obviar que al apoyarse, para dar un concepto, en los principios recogidos por la jurisprudencia nacional, en su inmensa mayoría se trata de principios de Derecho romano o de la tradición jurídica nacional —inspirada en su mayor parte por el Derecho romano. Pero es indudable que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, estos principios están mucho más cercanos a la noción de regla moral, pues como lo plantea Dworkin, "su origen como principios jurídicos no se establece mediante

alguna decisión particular de alguna legislatura o tribunal, sino que se encuentra en una apreciación de su conveniencia desarrollada por los operadores jurídicos y los ciudadanos del tiempo”⁸³.

Por otra parte, admitir que el jurista es quien obtiene los Principios Generales (normas implícitas) de las normas explícitas es reconocer una actividad creadora por parte del mismo y no meramente cognoscitiva o descriptiva. Sería entonces la doctrina científica fuente del Derecho a través de los PGD.

Si se analiza cada una de las características que se han predicado de los principios, la conclusión obvia implica que este tipo de normas refleja de manera mucho más cercana los presupuestos de la institucionalidad y de la vida social; por ende las reglas en clave de principios están mucho más cercanas del ideal de justicia que pretende el Derecho. Son un instrumento de solución de los conflictos sociales más dinámico, actualizado, si se quiere contemporáneo frente a la vertiginosa y cambiante realidad que se afronta. Constituye por ende un imperativo revalorizar la aplicación de normas por vía de los principios, que se afronte con la seriedad que demanda una tópica jurídica orientada a una hermenéutica principialista; pero fundamentalmente es oportuno que se cambie el pensamiento conservador y anacrónico que reduce el Derecho a la ley, y se entienda que la noción de Derecho pasa por las realidades empíricas y está mucho más cerca de una visión problematizante del Derecho que de una visión dogmática.



83 DWORKIN, Ob. cit. Pág. 40.

BIBLIOGRAFIA

Aguiló Regla, Joseph (2000). Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico). Barcelona: Editorial Ariel S. A.

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales (1997, marzo). (Ernesto Garzón Valdés, Trad.). Colección El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 34. Madrid.

_____ (1997). Teoría de la argumentación jurídica. (Manuel Atienza e Isabel Espejo, Trads.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aquino, Santo Tomás de (1986). Summa Teológica. Bogotá, D. C.: Universidad Santo Tomás.

Arango Rivadeneira, Rodolfo (1999). ¿Hay respuestas correctas en el Derecho? Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre Editores.

Arce y Flores-Valdés, Joaquín (1990). Los Principios Generales del Derecho y la formulación constitucional. Madrid: Editorial Civitas.

Aristóteles. (1922). Etica a Nicómaco. Libro V, Cap. X. (Mariano de Azcarate, Trad.). México D. C.

_____ (1940). Metafísica. Madrid: Editorial Gredos.

Atienza, Manuel. (1984). Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus Editores.

_____ (1993). Las razones del Derecho. (1ª Edición 1991) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

_____ (1997). Derecho y argumentación. Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho. (1ª Edición). Universidad Externado de Colombia. Vol. 6. Bogotá, D. C.,

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996). Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. (1ª Edición). Barcelona: Editorial Ariel S. A.

Austin, Jhon (2002). El objeto de la jurisprudencia. (Juan Ramón de Páramo Argüelles, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bobbio, Norberto (1987). Teoría General del Derecho. (Jorge Guerrero, Trad.). Bogotá, D. C.: Editorial Temis S. A.

Bonnetcase, Julien (1931). Introducción al estudio del Derecho. (2ª Edición). Librairie du Recueil Sirey. (Jorge Guerrero, Trad.). Bogotá D. C.: Editorial Temis S. A., 2000.

Cabanellas, Guillermo (2003). Diccionario enciclopédico de derecho usual. (28ª edición revisada actualizada y ampliada por Luis Alcalá y Zamora y Castillo). Buenos Aires: Editorial Heliasta, Vols. VII, VIII.

Canaris, C. W. (1983). Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. (2ª Edición). Berlín.

Carnelutti, Francisco (1955). Teoría general del Derecho. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Carrio, Genaro R. (1986). Principios jurídicos y positivismo jurídico. Notas sobre derecho y lenguaje. (3ª Edición). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Cueto Rúa, Julio (1982). Fuentes del Derecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

De Páramo Argüelles, Juan Ramón (1984). H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho. El Derecho y la justicia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.



- Del Vecchio, Giorgio (1916). Concepción de la naturaleza y principio del Derecho. (Mariano Castaño, Trad.). Madrid: Hijos de Reus Editores.
- _____ (1945). Principios generales del Derecho. Barcelona: Editorial Bosch.
- _____ (1946). Filosofía Del Derecho. México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- Diez-Picazo, Luis (1998). Sistema de Derecho Civil. (6ª Edición). Madrid: Editorial Tecnos S. A. Vol. Tomo I.
- Dworkin, Ronald (1999). Los derechos en serio. Taking Rights Seriously. (4ª Reimpresión). (Martha Gustavino, Trad.). Barcelona: Editorial Ariel S. A.
- _____ (1992). El imperio de la justicia. (2ª Edición). (Claudia Ferrari, Trad.). Barcelona: Gedisa Editorial S. A.
- García de Enterría, Eduardo (1984). Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho. Madrid: Editorial Civitas S. A.
- García Maynez, Eduardo (1940). Introducción al estudio del Derecho. (41ª Edición). México D. F.: Editorial Porrúa S. A., 1990.
- García Villegas, Mauricio (2001). Sociología jurídica teoría y sociología del Derecho en Estados Unidos. Bogotá, D. C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Geny, Francisco (1925). Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo. (2ª Edición). Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros Vol. XC. Madrid Editorial Reus S. A.
- Goldschmidt, James (1944). Problemas generales del Derecho. Buenos Aires: Editorial de Palma.
- Hart, H. L. A. (1965). El concepto de Derecho (The Concept of Law). (Trad. Genaro R. Carrio). Buenos Aires: Abeledo- Perrot S. A.
- Heck, Philipp (1933). La jurisprudencia de intereses. Madrid: Editorial Reus.
- _____ (1961). El problema de la creación del Derecho. Barcelona: Ediciones Ariel S. A.
- Hernández Marín, Rafael (1998). Introducción a la teoría de la norma jurídica. Barcelona: Marcial-Pons Ediciones Jurídicas.
- Jiménez Cano, Roberto Marino (1999). Sobre los Principios del Derecho, especial consideración en Derecho español. Madrid. St. Cugat del Valles, 2004.
- Josserand, Louis (1946). El Espíritu de los derechos y su relatividad teología jurídica. Vol. XVII. (Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., Trads.) Puebla: Porrúa Hermanos y Cía. Editorial José M. Cajica.
- _____ (1977). Curso de Derecho Civil Positivo francés. Vol. I. Medellín: Impresiones La Pluma de Oro.
- _____ (1999). Del Abuso de los Derechos y otros ensayos. Monografías Jurídicas N.º 24 Bogotá, D. C.: Editorial Temis S. A.
- Kelsen, Hans (1953). Teoría pura del Derecho. (12ª Edición). (Moisés Nilve, Trad.). Editions de la Baconnière, Neuchatel. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- _____ (1994) Teoría general de las normas. (1ª Edición). (Hugo Carlos Delory Jacobs, Trad.). México D. F.: Editorial Trillas S. A.



Larenz, Karl (1956). Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos. (Carlos Fernández Rodríguez, Trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

_____ (1993). Derecho justo. Fundamentos de Etica jurídica. (Luis Diez-Picazo, Trad.). Madrid: Editorial Civitas S. A.

Legaz y Lacambra, Luis (1979). Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch Editores.

López Medina, Diego Eduardo (2000). El Derecho de los jueces. (1ª Edición). Ediciones Uniandes Serie Lex Nova. Bogotá, D. C.: Legis Editores S. A.

_____ (2001). The formation of legal classicism. Reception and uses of exégèse and conceptualism in particular jurisprudence. Mimeógrafo,

_____ (2004). Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. (1ª Edición). Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D. C.: Legis Editores S. A.

Martínez Muñoz, Juan Antonio (1993). Principios del Derecho y normas jurídicas. Seminario de la sección de filosofía del Derecho de la Real Academia de jurisprudencia y legislación. Madrid: Editorial Actas S. L.

Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Consuelo (1993). Concepto y contenido de los Principios Generales del Derecho. Seminario de la sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Editorial Actas S. L.

Monatteri, G. P. (s.f.) Gayo negro. Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. Mimeógrafo. Londres.

Oderigo, M. N. (1957). Sinopsis de Derecho Romano. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.

Prieto Sanchis, L. (1992). Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico. Cuadernos y Debates. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Prieto Sanchis, L. y otros (1997). Lecciones de teoría del Derecho. Madrid: McGraw-Hill.

Rawls, Jhon (1999). Materiales para una teoría de la justicia. M. A. Rodilla, Trad. y presentación). Madrid: Editorial Tecnos S. A.

_____ (2006). Teoría de la justicia. (6ª reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica.

Real Academia Española (1992). Diccionario de la lengua española. (21 Edición). Madrid: Editorial Espasa Calpe S. A. Vol. II.

Reinoso Barbero, Fernando (1987). Los Principios Generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid: Editorial Dykinson S. L.

Ross, Alf (2007). Teoría de las fuentes del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Roubier, Paul (1951). Théorie Générale du Droit. París: Ed. Recueil Sirey.

Sieckmann, J. R. (1987). Regelmodelle Und Prinzipienmodelle Des Rechtssystems.

_____ (1970). Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires.

Stein, Peter G. (2001). El Derecho Romano en la historia europea. (1ª Edición en Inglés 1996). (1ª Edición en Alemán 1996). (Hornero Méndez César y Romanos Rodríguez Armando, Trad.). Argentina: Siglo XXI Editores; Madrid: Siglo XXI Editores S. A.



Valencia Restrepo, Hernán (1993). Nomoárquica, principalística jurídica o los Principios Generales del Derecho. Bogotá, D. C.: Editorial Temis S. A.

Valencia Zea, Arturo (1981). Derecho Civil. Parte general y personas. Vol. Tomo I. Bogotá, D. C.: Editorial Temis S. A.

Viehweg, Theodor (1984). Tópica y Jurisprudencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Von Ihering, Rudolf (1987). Bromas y veras en la ciencia jurídica. (Tomás A. Banzhaf, Trad.). Madrid: Editorial Civitas S. A.

_____ (1997). Abreviatura del espíritu del Derecho Romano. (Fernando Vela, Trad.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

Artículos de revistas

Arango Rivadeneira, Rodolfo (1994). El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional. Revista de Derecho Público N.º 5, Universidad de los Andes.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1991). Sobre Principios y Reglas. Doxa No. 10.

_____ (1992) Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchis. Doxa 12: 333 - 52.

Camanducci, Paolo (1998). Principios jurídicos e interpretación del Derecho. Doxa 21-II : 89 -104.

Peczenik, Aleksander (1992). Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Doxa 12: 327 - 31.

Perillo, Joseph M. (1997). Force Mayoure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Journal of International and Comparative Law 5 Tul. J. Int'l & Comp. L. 5.

Rengifo Gardeazábal, Mauricio Javier (1993). Los Principios Generales del Derecho. Temas Jurídicos N.º 6. Revista de investigación y análisis del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 0121-3083

Van Hoecke, Marck. El uso de Principios Jurídicos no escritos por los tribunales. Doxa: 421 - 33.

Jurisprudencias

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (1987, junio 16). Sentencia Expediente No. 1028 de. Jaime Abella Zárate. Sección Cuarta.

_____ (1989, abril 18). Sentencia Expediente No. 5426 de Carlos Betancour Jaramillo. Sección Tercera.

_____ (1991, junio 27). Sentencia Expediente No. 3600 de. Julio César Uribe Acosta. Sección Tercera.

_____ (1996, mayo 9). Sentencia Expediente 10151 de. Daniel Suárez Hernández. Sección Tercera.

_____ (1999, abril 29). Sentencia Expediente 14855 de. Daniel Suárez Hernández. Sección Tercera



Colombia. Corte Suprema de Justicia (1936). Sentencia de 29 octubre. Liborio Escallón.

_____ (1937). Sentencia de 25 de febrero. Juan Francisco Mujica.

_____ (1938). Sentencia de 23 de mayo. Arturo Tapias Pilonieta.

_____ (1983). Sentencia de 24 de marzo. Alberto Ospina Botero.

Colombia. Corte Constitucional (1992). Sentencia T-406. Ciro Angarita Barón.

_____ (1993). Sentencia C-131. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____ (1994). Sentencia C-009. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

_____ (1995). Sentencia C-083. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

_____ (1995). Sentencia T-102. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____ (1997). Sentencia T-175. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

_____ (1998). Sentencia C-252. M. P. Carmenza Izasa de Gómez.

_____ (1998). Sentencia SU-640. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ (1998). Sentencia T-123. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____ (2000). Sentencia C-037. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____ (2000). Sentencia T-267. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

_____ (2000). Sentencia T-439. M. P. Alejandro. Martínez Caballero.

_____ (2000). Sentencia T-540. M. P. Fabio Morón Díaz.

_____ (2001). Sentencia C-1050. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____ (2001). Sentencia C-836. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

_____ (2002). Auto 027. M. S. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____ (2002). Sentencia T-046. M. P. Manuel José. Cepeda Espinosa.

