

# LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO

CÉSAR AUGUSTO ROJAS ROJAS\*

## RESUMEN

La interpretación constitucional contemporánea se ocupa de cierto tipo de normas a las que se ha designado con el nombre de principios, básicamente para llamar la atención acerca de la diferenciación que debe establecerse con otra categoría de normas denominadas reglas. El presente artículo, en primer lugar, hace una revisión histórica sobre lo que se ha entendido por principios, especialmente en el contexto del debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y, en segundo lugar, aborda algunas de las dificultades que enfrenta la distinción entre reglas y principios.

**PALABRAS CLAVE:** Principios, Reglas, Juicio de Proporcionalidad, interpretación jurídica, constitucionalismo, derechos.

La práctica jurídica actual, en particular la que se desarrolla en el ámbito constitucional, trajina habitualmente con un tipo de normas que hace unos años resultaban extrañas en los procesos de aplicación del derecho, por lo menos en lo que tiene que ver con los países de tradición jurídica continental europea. Se trata específicamente de normas cuyo contenido se refieren, en esencia, aunque no exclusivamente, a los derechos consagrados constitucionalmente.

El carácter vinculante que se ha conferido a los derechos fundamentales no sólo ha producido un remezón en términos de legitimidad de los sistemas jurídicos, sino que además ha creado la necesidad de aplicar normas jurídicas que tienen características especiales si se las compara con las que tradicionalmente se aplicaban. Las constituciones contienen disposiciones cuyo contenido, no preciso, resulta difícil de aplicar, sobre todo si se tiene en cuenta que no se especifica cuál debe ser la solución a casos en donde intervienen derechos o normas que entran en conflicto.

El recurso más acreditado en la teoría jurídica para resolver este problema ha sido el de sostener la distinción entre reglas y principios, conforme a la cual, las primeras son mandatos que deben ser cumplidos en términos de todo o nada, mientras que los segundos son mandatos que deben ser cumplidos en la mayor medida posible. En este escrito se va a sostener que: a) la discusión actual de los principios debe diferenciarse del debate planteado entre iusnaturalismo y positivismo, b) la concepción actual de los principios es la forma más adecuada para entender la aplicación de las normas constitucionales, y su método de aplicación es el que explica con mayor alcance la práctica jurídica, pues no existe otro modelo alternativo apropiado para tal efecto y c) la diferenciación entre reglas y principios no deja de ser problemática y no elimina totalmente la indeterminación de las normas jurídicas. En conclusión, la virtud de la comprensión

\* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia.

de algunas normas constitucionales como principios es que tiene una mayor capacidad explicativa de la forma como ellas se aplican, si se la contrasta con otras teorías que pretende sustituirla.

Cuando pensamos en normas lo primero que se nos viene a la mente es una proposición que prescribe la realización de una conducta o la prohibición de llevarla a cabo. Sin embargo, en la estructura jurídica convencional en la que se deben manifestar las normas se halla un hecho al que se le atribuyen consecuencias jurídicas<sup>1</sup>. Siempre se prevé entonces un resultado ante determinada conducta, así concebimos el ideal de las normas para tener expectativas fiables. A pesar de esto, es muy difícil encontrar en el derecho la expresión de todas las regulaciones jurídicas de esa manera, razón por la cual, en la mayoría de los casos es necesario una labor integradora de las disposiciones jurídicas de las cuales extraemos la regla en la forma antes mencionada. La operatividad jurídica depende de este resultado.

La extracción de la norma nos debe dar como resultado la estructura mencionada de un hecho jurídico al cual se le imputa una consecuencia jurídica, con el fin de ser aplicable al caso que se controvierte. Este trabajo se facilita con las normas que tienen un alto grado de especificidad, en donde el hecho y la consecuencia están plenamente descritos. Sin embargo, no todas las normas se muestran en esa presentación, es decir, su grado de identificación no es tan preciso, bien porque designe una muy amplia gama de hechos o consecuencias jurídicas, o porque la consecuencia jurídica no está designada. La dificultad, entonces, se presenta en el alto grado de indeterminación que presenta la norma extraída de las disposiciones legales.

Precisamente, uno de los tipos de normas que presenta dificultades de extracción específica de presupuestos de hecho y de consecuencias jurídicas para el caso en concreto está conformado por los denominados principios jurídicos. Los principios han jugado en el derecho un papel ampliamente discutido<sup>2</sup>. Primero, por su entidad o consistencia; segundo, por su capacidad regulativa de conductas; tercero, por su adscripción en el derecho como norma, es decir, por su capacidad vinculante, y, finalmente, por la forma en la que deben ser aplicados.

Lo primero que hay que hacer notar es que en el ámbito jurídico la expresión principios no es unívoca. Con ella se hace referencia a muy variados aspectos de un sistema

<sup>1</sup> Esto no significa necesariamente que el derecho sólo se componga de enunciados normativos. En él también se encuentran un sinnúmero de enunciados a los cuales no les podríamos negar el carácter jurídico, aún cuando no prescriban conductas, sino que se encarguen de definir conceptos. Las definiciones tienen la función primordial de identificar el derecho. Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Definiciones y Normas", en *El Lenguaje del Derecho (Homenaje a Genaro Carrió)*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, pp. 17-42. Sin embargo, para los fines de este artículo nos referiremos únicamente a los enunciados prescriptivos que tienen la estructura mencionada.

<sup>2</sup> Cfr. García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1979, p. 370.

de derecho. Así, por ejemplo, podemos designar como principio<sup>3</sup>: a) a una norma muy general, b) a un concepto jurídico indeterminado, c) a un valor superior del ordenamiento jurídico, d) a una norma especialmente importante, e) a una norma de elevada jerarquía, f) a un parámetro de interpretación, g) a una máxima jurídica, f) a una fuente normativa, entre otros. La discusión acerca del valor de los principios jurídicos entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo se enmarca en algunos de estos campos de uso de este término, específicamente, se trata a los principio como fuentes normativas y como máximas que permiten sistematizar y organizar el sistema jurídico.

No es coincidencia por tanto que el argumento principal de Ronald Dworkin contra el positivismo en la versión de H. L. A. Hart sea que la regla de reconocimiento, por medio de la cual se identifican las normas pertenecientes a un sistema jurídico, es incapaz de sustentar la existencia de los principios jurídicos, a pesar de lo cual, son vinculantes como derecho para las personas<sup>4</sup>, por lo que se hace indispensable acudir a la moralidad política de la comunidad que permite identificar lo que es obligatorio como principio<sup>5</sup>.

Pero al respecto hay que precisar, primero, que la frecuencia en que se presenta o tiene que actuar los principios que no pasan la prueba de la regla de reconocimiento, de acuerdo con Dworkin, no son, como él trata de mostrarlo, algo absolutamente reiterado<sup>6</sup>, de tal manera que esa circunstancia sirva de argumento suficiente para crear una gran fisura al positivismo jurídico. En segundo lugar hay que notar que la regla de reconocimiento no deja de actuar para la identificación de estos principios como parte del derecho, bien porque han sido positivizados, como los que se encuentran en las constituciones o en las partes generales de los códigos de las distintas ramas del derecho, bien porque se han introducido al derecho por medio de la reiterada aplicación por parte de los tribunales de manera tal que son "reconocidos" como parámetros de actuación vinculantes. En efecto, para que un principio tenga relevancia jurídica debe mediar su incorporación al sistema, ya sea por su introducción en la ley o constitución o por la adscripción de que ha sido objeto por los tribunales, identificándolo como parte del orden jurídico.

Como bien lo ha escrito Esser "debemos distinguir entre los principios que son de Derecho vigente, y aquellos que sólo adquieren tal condición para un determinado círculo de casos gracias a una jurisprudencia concordante dentro del marco de las normas formuladas judicialmente. Muchas cosas pueden ser válidas lógicamente, sin ser por ello derecho positivo. Tampoco la prioridad ontológica de un principio implica su validez, la positividad ontológica depende de la incorporación histórica en el corpus iuris"<sup>7</sup> y más adelante se pregunta "¿a partir de qué momento poseen los prin-

3 Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, No. 10, Madrid, 1991, pp. 104 y ss.

4 Ídem, pp. 80 y ss.

5 Ídem.

6 "Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos". Ídem, p. 80.

7 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona: Bosch, 1961, p. 54.

opios el carácter de derechos positivos? Contestación desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica<sup>8</sup>. Alexy, quien propone el modelo más acabado de distinción entre normas y principios, reconoce que es necesario que los principios estén sujetos a la práctica jurídica para ser adscritos al sistema<sup>9</sup>. El mismo Dworkin propone un modelo de institucionalización jurídica de los principios, que en todo caso deben ser identificados como haciendo parte del derecho.

## IUSNATURALISMO VS. POSITIVISMO EN TORNO A LOS PRINCIPIOS

En una primera etapa la controversia sobre los principios fue el escenario propicio para la confrontación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico<sup>10</sup>. Con ocasión de la inclusión en las codificaciones civiles de la norma conforme a la cual, de no existir ley aplicable al caso controvertido, se debía recurrir, después de la costumbre y la analogía, a los principios generales del derecho<sup>11</sup>, estas escuelas los concibieron como parte del sistema que cada una de ellas propugnaba.

La discusión giraba en torno a la extracción o ubicación de los principios, en dónde se hallaban y cuál era su consistencia. Para la corriente iusnaturalista constituían la muestra fehaciente de que en el derecho había verdades inmutables y que a ellas se debía recurrir para obtener respuesta a los vacíos que la ley dejaba. La disposición que determina recurrir a los principios "claramente se refería a las verdades supremas del derechos *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos"<sup>12</sup>.

En cambio, para la tendencia positivista los principios no eran más que normas obtenidas de la generalización de las reglas vigentes, lo que daba lugar a que un mayor número de casos fuera regulado por el derecho. Joaquín Arce y Flórez-Valdez expone muy bien esta concepción al decir que "los principios generales del derecho equivalen a los principios que informa el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho"<sup>13</sup>. En esta percepción positivista de los principios es manifiesta la idea de que ellos subyacen, en el

8 Ídem, p. 169.

9 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México: Distribuciones Fontamara, 1998, p. 31.

10 Para una detallada relación de este enfrentamiento en la ciencia jurídica véase: Gardela, Lorenzo A., "Los principios generales del derecho", en *Enciclopedia Jurídica Arceba*, Buenos Aires: Orneba, 1967, tomo 23, pp. 128-159.

11 En Colombia la disposición correspondiente es el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que dice: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materia semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho".

12 Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 1948, p. 49.

13 Cit. en Corte Constitucional, Sentencia C-085 de 1995.

ordenamiento jurídico, a las reglas y las impregnan de su contenido. La reveladora frase de Calamandrei según la cual los principios "están dentro del Derecho como el alcohol está dentro del vino; representan el espíritu de la ley" refleja de manera sintética esta actitud. Aplicar un principio, entonces, no es más que aplicar la ley, porque de ella se ha extraído la sabia vital que le da vida y se ha conjeturado a partir de ahí una norma que permite abarcar regulativamente un mayor número de casos.

Esto es una mirada panorámica de la confrontación primera que provocó el concepto de principio en el campo jurídico. Pero la discusión tenía varios matices y el papel de los principios en alguna medida fue pasado por alto por la práctica judicial y sólo la teoría se ocupaba de ellos, en algunos casos, llegando a afirmar que eran el pilar de la unidad del sistema jurídico<sup>14</sup>.

Los diversos puntos de vista acerca de los principios plantean el interrogante de lo que puedan llegar a ser. ¿Son los principios normas jurídicas?, y, si lo son, ¿en qué se diferencian de las otras normas del sistema? En resumen, ¿se justifica que distingamos entre principios y otros tipos de normas, específicamente las reglas, porque constituyen algo diferente dentro del derecho y por tanto debe dárseles un tratamiento especial? Sobre esta cuestión, la misma discusión entre iusnaturalismo y positivismo da sus frutos. Mientras que para el primero son postulados ajenos al derecho positivo y por eso son distintos al común de las normas, para el positivismo los principios simplemente son diferentes a las reglas en el grado de generalidad que presentan aquellos frente a éstas.

## **EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN EL CONSTITUCIONALISMO ACTUAL**

La confrontación entre positivismo y iusnaturalismo sirve de precedente a la reflexión actual sobre los principios, la cual se ha visto alimentada por la consagración de los tribunales constitucionales en las constituciones de la posguerra, tribunales que tienen que aplicar un tipo de normas diferentes a las que los órganos judiciales ordinarios aplica: en esencia, los derechos fundamentales.

No obstante, es preciso señalar que el núcleo central de la reflexión actual sobre los principios no gira en torno a los aspectos antes señalados, sino a la posibilidad de aplicación de las normas constitucionales. Es decir, no se trata de si los principios son fuente de derecho o si organizan y sistematizan un sector del ordenamiento jurídico, sino de cómo se aplican a casos concretos estas normas. Tampoco se trata de identificar si los principios son una fuente extranormativa de moralidad, pues los derechos constitucionales ya han sido reconocidos en el ordenamiento jurídico.

También es indiferente que sean representación impoluta de los valores, pues su capacidad normativa dependerá del potencial de aplicabilidad<sup>15</sup>. Además, nada obsta para

14 Canaris, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1988, pp. 55 y ss.

15 Esser, ob. cit., p. 54.

apreciar en las reglas jurídicas un contenido valorativo. En síntesis que los principios sean o no pautas valorativas no es condición determinante que los distinga de las reglas jurídicas, pues éstas también pueden representar la consagración de un valor.

El argumento de mayor peso para diferenciar los principios de reglas jurídicas está radicado en el plano de aplicación de cada uno de este tipo de preceptos. Según la teoría que defiende con más ahínco esta distinción, las reglas son aplicables en razón de todo o nada, mientras que los principios son aplicables de acuerdo con su peso, es decir, de acuerdo al grado de pertinencia y relevancia que obtengan en el caso concreto<sup>16</sup>. Estos contornos se ven claramente reflejados en el conflicto entre, por un lado, las reglas, y, por el otro, los principios: mientras que en el primero se define la validez o invalidez de alguna regla, en el segundo, aunque un principio prevalezca no implica la invalidez del otro.

El modelo anterior esbozado por Dworkin ha sido acogido por Alexy quien lo ha tratado de perfeccionar y de hacerlo práctico en la fundamentación argumentativa<sup>17</sup>. El aporte de Alexy comienza por reconsiderar las reglas como mandatos de determinación y los principios como mandatos de optimización. Que una norma sea mandato de optimización quiere decir que debe realizarse en la mayor medida posible y un mandato de determinación, al contrario, implica que la norma debe cumplirse totalmente. Por eso el conflicto entre dos principios permite la supervivencia del que no ha sido aplicado, mientras que la colisión entre reglas implica la invalidez de alguna de las dos.

Pero afirmar que los principios son mandatos de optimización y que si se enfrentan de todas formas continúan siendo vigentes hace surgir el interrogante de cómo se armonizan esos principios contradictorios a la hora de aplicarlos. En este campo es precisamente en que la contribución de la jurisprudencia y doctrina alemanas muestran los mayores avances.

La incorporación del juicio de proporcionalidad a la interpretación de los derechos constitucionales, en tanto estos se consideran como principios, complementa la presentación que permite identificar cómo operan aquellos denominados mandatos de optimización. En primer lugar, al no poderse implantar un orden jerárquico fuerte respecto de los principios, que determine *a priori* qué principio prevalecerá sobre otro, Alexy plantea un orden débil<sup>18</sup>, que debe dar solución a la colisión entre principios teniendo en cuenta tres fases que componen ese orden. La primera la llama estructura de principios *prima facie*, en donde sin llegar a los extremos de la jerarquización de un orden fuerte, se establecen preponderancias de unos principios sobre otros, imponiendo cargas de argumentación<sup>19</sup>. En la segunda, denominada estructura de condiciones de preferencia, se atiende a las condiciones fácticas relevantes que hacen que un

16 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (tr. de Marta Gustavino), Barcelona: Ariel, 1995, pp. 75 y ss.

17 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., pp. 9 y ss; *El Concepto y la validez del Derecho* (tr. de Jorge Seña), Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 159 y ss.

18 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., p. 16.

19 *Idem*, p. 19.

principio en determinado caso prevalezca sobre otro<sup>20</sup>. Por último, se adapta un sistema de estructuras de ponderación por medio de las cuales los principios se realizan en la mayor medida posible tanto fáctica como jurídicamente. Este sistema de estructura consta de tres reglas, a saber: la regla de adecuación, la de necesidad y la de proporcionalidad en sentido estricto<sup>21</sup>. La primera nos dice que la decisión por medio de la cual se aplica un principio debe ser adecuada para su obtención; en consecuencia, si la decisión infringe otro principio y con ella no se consigue el principio perseguido, eso indica que el principio no ha sido balanceado correctamente. Con la regla de necesidad se indica que la decisión que se tome debe ser la necesaria para conseguir la realización de un principio a costa de otro. Y, por último, la regla de proporcionalidad en sentido estricto afirma que "cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o aplicación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del otro"<sup>22</sup>.

De todo ello resulta que los principios y el juicio de proporcionalidad son consustanciales, esto es, la existencia de un principio implica el juicio de proporcionalidad y el juicio de proporcionalidad implica la existencia de un principio<sup>23</sup>.

La incorporación del juicio de proporcionalidad a la interpretación de los derechos fundamentales y, en general, de las normas constitucionales tiene una gran capacidad explicativa del funcionamiento jurídico de estas normas y ha sido acogido con gran entusiasmo por la jurisprudencia de los países que tienen como modelo la Constitución alemana.

En la actualidad no es posible comprender y explicar la interpretación constitucional sin la referencia al juicio de proporcionalidad, método que supera en gran medida las posturas alternativas de interpretación. Así, es muy fácil encontrar en la jurisprudencia ejercicios de ponderación para resolver colisiones entre normas constitucionales.

La práctica judicial muestra que a pesar de diversas observaciones que pueden realizarse, el juicio de proporcionalidad continúa ofreciendo una explicación plausible del proceso de concreción de las normas constitucionales. Un caso especial puede ser citado para comprobar las virtudes del juicio de proporcionalidad en la solución de casos difíciles. Se trata de la tutela del derecho a la vida solicitada por habitantes de poblaciones que tienen serios riesgos de ser atacadas por grupos armados al margen de la ley. En varios casos, afectados de distintos poblados solicitaron la reubicación de los puestos de policía que quedaban dentro del casco urbano frente al riesgo que corrían sus vidas, pues era claro que las incursiones a los municipios tenían como objetivo militar las edificaciones en donde se encontraba la fuerza pública. En un fallo bastante sugestivo<sup>24</sup>, la Corte mostró cómo se deberían ponderar los bienes que estaban en conflicto, es decir, el derecho a la vida de los habitantes aledaños a las estaciones y la obligación de brindar seguridad al conjunto de

20 Ídem, p. 17.

21 Ídem, p. 32.

22 Ídem, p. 33.

23 Alexy, R., "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 101.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2001.

personas que habitan en la población. Según la Corte, si las instalaciones vecinas a la estación de policía son colegios, ancianatos u hospitales, existe un riesgo excepcional para la vida de las personas que concurren regularmente a estos centros, pues se trata de niños, mayores adultos y personas enfermas, que no tienen capacidad de reacción; por lo tanto, en esos casos prevalece el derecho a la vida y la estación debe ser trasladada. No obstante, agrega el fallo, el traslado no debe hacerse cuando implique el sacrificio de bienes de igual o superior importancia constitucional, esto es, "cuando el retiro de una estación de policía constituye una desmejora significativa y comprobada en la eficacia del servicio, o cuando implica su establecimiento en otro lugar, y ello a su vez compete un riesgo para la vida o la integridad de otro grupo humano en situación de igual o mayor indefensión"<sup>25</sup>.

Como puede apreciarse, el fallo hace un ejercicio en el que cada uno de los principios logra su aplicación máxima posible, en una confrontación en el que ninguno de los dos se presenta como absoluto. El principio de seguridad subsiste cuando los lugares aledaños a la estación de policía no son centros de concentración de personas que no se pueden evacuar ante un ataque y cuando su traslado implique un deterioro importante de la capacidad de servicio de la fuerza pública. El derecho a la vida subsiste en los casos en donde exista un riesgo desproporcionado para las personas.

### LIMITACIONES DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE REGLA Y PRINCIPIO

La corriente que ha desarrollado con mayor sofisticación la teoría de los principios para aplicarla a la interpretación de normas constitucionales sostiene una separación radical entre principios y normas. De acuerdo con Alexy para considerar la estructura de los derechos fundamentales hay que adelantar numerosas distinciones estructurales:

"Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante de todas es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto. Con su ayuda, es posible hacer más transparentes problemas tales como el efecto en terceros y la división de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. La distinción entre reglas y principios constituye, además, 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 fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares de los derechos fundamentales"<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81.

Sin duda el papel relevante que juega la distinción entre reglas y principios indica la idea de una diferencia fundamental entre ambos tipos de normas<sup>27</sup>. Sin embargo, es posible plantear que una diferenciación tal no puede llegar a ser radical, y para ello es bueno tener en cuenta algunas posiciones críticas.

Klaus Günter ha hecho explícito que la división formulada por Alexy es equívoca porque mientras que para las reglas maneja conflictos de validez, para los principios utiliza colisiones en el campo de aplicación<sup>28</sup>. De esta manera resulta evidente que para el caso de aquellas se determinará cuál es inválida, y para el caso de éstos lo que se determina es cuál es el aplicable. Con todo, es posible entonces encontrar colisiones entre reglas que no impliquen necesariamente la invalidez de una de ellas. Por ejemplo, en fallo de constitucionalidad<sup>29</sup> la Corte Constitucional determinó que existía una antinomia entre dos disposiciones de la Constitución. Según el artículo 42 los hijos matrimoniales o extramatrimoniales o los adoptados tienen iguales derechos. Sin embargo, el artículo 33, que desarrolla el principio de no auto-incriminación, establece que nadie podrá ser obligado a declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. De esta forma, se establece una diferenciación entre los hijos adoptados y los hijos consanguíneos. Mientras que éstos últimos no están obligados a declarar contra sus padres, abuelos, tíos o primos, para los hijos adoptados esta facultad sólo se limita a no estar obligados a declarar contra sus padres.

En este caso la Corte tenía que resolver la constitucionalidad de una disposición del Código de Procedimiento Penal que reproducía literalmente lo consignado en el artículo 33, es decir, mantenía la diferenciación del alcance del principio de no auto-incriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por un lado, y por el otro, los hijos adoptados. Por supuesto, la Corte no podría declarar inconstitucional el mencionado texto legal, pues ello implicaría al mismo tiempo la inexecutableidad del texto constitucional del artículo 33. La solución que la Corte ofrece entonces no se da en el plano de la validez de las normas, sino en el plano de interpretación de las mismas. Según este tribunal, "el problema jurídico que se plantea en la presente oportunidad no es un problema de inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, porque reproducen el artículo 33 de la Carta, sino de integración sistemática de las normas constitucionales implicadas en el momento de su aplicación"<sup>30</sup>. Entonces, la sentencia declara la constitucionalidad de la norma, pero al mismo tiempo establece que en la aplicación de la norma legal demandada debe tenerse en cuenta el principio de igualdad y, por tanto, "los hijos adoptivos deben ser llamados a declarar contra sus parientes más próximos en las mismas condiciones en que son llamadas las demás categorías de hijos". En conclusión, la colisión de las reglas no supuso la invalidez de alguna de ellas, pues se trataba de normas del mismo rango.

27 Véase también Borowsky, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 47 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss.

28 Günter, Klaus, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, No. 17-18, 1995, pp. 281 y ss.

29 Corte Constitucional, Sentencia 1287 de 2001.

30 Ídem.

Por consiguiente, no hay razón suficiente para negar que dentro de las reglas pueden existir colisiones en el campo de la aplicación y que a pesar de ello la regla que no sea aplicada mantenga su validez dentro del sistema jurídico<sup>31</sup>.

Al mismo tiempo afirmar que las reglas sean pautas determinadas en cierto grado no quiere decir que su aplicación es autoevidente. Se ha llegado a afirmar, en una posición extrema de la tesis de la diferenciación que si "el derecho sólo estuviere compuesto de reglas no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos daría la respuesta" y que estos personajes "tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho en el supuesto abstracto de la norma"<sup>32</sup>, proposiciones que implican dar al traste con todos los esfuerzos de mucha de la literatura jurídica del siglo XX para demostrar que el juez al aplicar el derecho no actúa como mero instrumento de lógica formal<sup>33</sup>.

Lo que resulta de los ejemplos que trae Alexy es que al confrontarse dos principios termina por imponerse el uno frente al otro, es decir, se aplica uno dejándose de aplicar el otro, al igual que cuando las reglas son aplicadas en sentido de todo o nada. Precisamente Alexy formula al respecto una ley de colisión en los siguientes términos: "las condiciones bajo las cuales un principio prevalece sobre el otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente"<sup>34</sup>. Nada sucederá y será una definición certera si la expresión "principios" en aquella frase se sustituye por el término general "norma".

Otro ejemplo extraído de la jurisprudencia constitucional sirve para mostrar lo anterior: según la Constitución (artículo 26) la persona que ha sido detenida preventivamente tiene que ser puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes. Pues bien, en un fallo de constitucionalidad la Corte sostuvo que esta prescripción, que aparentemente tiene una estructura clara de regla, debe matizarse en los casos en los que el traslado de las personas implica riesgo para su vida o su integridad, o cuando por razones de extensión del territorio no existe una autoridad judicial disponible dentro del radio temporal de las 36 horas<sup>35</sup>. El hecho de que la regla colisione con principios no implica en estos casos que la norma deje de tener validez. Su fuerza normativa está limitada.

Las normas se presentan en diferentes grados de definición y ello nos muestra que teóricamente podemos discriminar entre distintos grados de definición normativa. Aarnio ha

31 Hart, H. L. A. "Postscriptum", en Rodríguez, Cesar (estudio preliminar), *La Decisión Judicial: el Debate Hart - Dworkin*, Bogotá: siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 121.

32 Zagreblesky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*, 2ª ed., Madrid: Trotta, 1997, p. 111.

33 Cfr. Recasens Siches, Luis, *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3ª ed., México: Porrúa, 1980, pp. 33 y ss.

34 Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., p. 16.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 2002.

establecido una escala normativa<sup>36</sup>, ya intuitas por Dworkin<sup>37</sup>, de acuerdo con la cual existirían cuatro niveles de normas que van de las reglas a los principios, siendo las otras dos variantes las "reglas que actúan como principios" y los "principios que actúan como reglas". La diferencia sustancial radica en que las reglas y los principios que actúan como reglas tienen un grado de inequívocidad, es decir, una zona de candidatos positivos para ser aplicados, mientras que los principios y las reglas que actúan como principios son generalmente ambiguos. Esto nos llevaría a concluir que la real fuerza normativa la poseen las reglas y los principios que actúan como reglas, mientras que las reglas-principios serían aspirantes a ser normas de acuerdo a su grado posible de determinación y los principios no serían una verdadera norma jurídica por su escasa densidad regulativa, lo que sólo le daría el papel de parámetro justificante de una decisión<sup>38</sup>.

La aplicación de los principios sería, por tanto, similar a la de las reglas, en cuanto su estructura permita esbozar un hecho y una consecuencia jurídica y habrá zonas claras en donde sea inequívocamente aplicable. Pero la zona de penumbra de un principio-regla puede ser mayor por su pretensión de poseer un ámbito más amplio de regulación, y en este caso al igual que en el caso de las reglas tendrá que competir para su aplicación y dependiendo de su mayor o menor densidad se aplicará o no (y no en la mayor medida posible). Por eso es común que los principios cedan en zonas reguladas por reglas que tienen una mayor densidad. Su campo de aplicación claro será la zona que no esté regulada por la regla, y entonces los principios deben ser normas que en algún campo específico tienen una fuerte densidad, pues su aplicación en todos los casos sería conflictiva y hasta desechada. Esto es especialmente referido a los derechos fundamentales, los cuales preferentemente deben tener zonas claras de definición para que sea posible su defensa. Estos derechos no se aplican en la mayor medida posible, si no que deben aplicarse en forma de todo o nada y en aquellas zonas en las que su aplicación es evidente y clara.

Para que un principio sea norma requiere una característica que Canaris alcanzó a advertir: que sea capaz de sugerirnos inteligiblemente alguna consecuencia jurídica para que sea aplicable. En un principio como el de que *nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*, la consecuencia jurídica está inmersa dentro del sistema jurídico dando lugar a la responsabilidad por medio de esa fuente. El principio nos indica claramente que contra quien se ha enriquecido de esta forma puede dirigirse una acción de repetición por parte de quien ha sufrido menoscabo en su patrimonio. Pero un principio como el de *justicia* no nos indica qué potencial de aplicación pueda llegar a tener y lo que le sucede a quien actúa injustamente. El potencial regulador de esta norma es inocuo y puede resultar siendo cualquier cosa. Sobre este supuesto, o la justicia designa, de acuerdo con la doctrina elaborada, algo circunstancialmente específico, o resulta ser un campo en donde el que la aplica tiene plena competencia para decir lo que quiera.

36 Aarnio, Aulis, "Las reglas en serio", en *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 23 y ss.

37 Dworkin, ob. cit., p. 79.

38 Hart, ob. cit. p. 119; Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. de Arantxa Azurza; revisión de Juan Igartua Salaverria), Madrid: Civitas, 1999, p. 113.

De acuerdo con lo dicho, podríamos concluir que para que un precepto jurídico sea principio lo que debe suponer es su tendencia a disputar una capacidad reguladora, y por lo tanto, una regla o un principio no se definen *a priori*, sino de acuerdo con su tendencia a disputar o competir con otra norma de la misma categoría.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, "Las reglas en serio", en *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Definiciones y Normas", en *El Lenguaje del Derecho (Homenaje a Genaro Carrió)*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- Alexy, Robert, "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México: Distribuciones Fontamara, 1998.
- Alexy, Robert, *El Concepto y la validez del Derecho* (tr. de Jorge Seña), Barcelona: Gedisa, 1994.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, No. 10, Madrid, 1991.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- Borowsky, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Canaris, Claus-Wihem, *El sistema en la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1988.
- Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 1948.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (tr. de Marta Gustavino), Barcelona: Ariel, 1995.
- Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona: Bosch, 1961.
- García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México. Porrúa, 1979.
- Gardela, Lorenzo A., "Los principios generales del derecho", en *Enciclopedia Jurídica Ameba*, Buenos Aires: Omeba, 1967.
- Günter, Klaus, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, No. 17-18, 1995.
- Hart, H. L. A. "Postscriptum", en Rodríguez, Cesar (estudio preliminar), *La Decisión Judicial: el Debate Hart - Dworkin*, Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.
- Recasens Siches, Luis, *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 3ª ed., México: Porrúa, 1980.
- Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. de Arantxa Azurza; revisión de Juan Igartua Salaverria), Madrid: Civitas, 1999.
- Zagreblesky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*, 2ª ed., Madrid: Trotta, 1997.