

LA JERARQUÍA ENTRE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: LA HISTORICIDAD Y LA CULTURALIDAD DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA

Andrés Botero Bernal*

Resumen

Este artículo plantea el papel político del discurso principialístico y la manera como éste ha asumido la pregunta por la jerarquía entre principio y regla y entre los propios principios. La respuesta a la pregunta por la jerarquía tiene un fuerte componente político que no puede ser ignorado por el investigador, pero, igualmente, para la solución de dicho interrogante el académico debe dirigirse, de un lado, al reconocimiento histórico de los conceptos culturales y, de otro, a los imaginarios sociales y a las representaciones colectivas, que son los que a fin de cuentas dan una salida a la posibilidad de ser de una jerarquía de los principios fundada en la justicia, dando fin, de esta manera, al monopolio de las escuelas jurídicas, que se han creído, hasta el momento, como las únicas capacitadas para señalar qué es jerárquico o no dentro del derecho.

Palabras claves: Principios jurídicos, justicia, libertad, ponderación, jerarquía de los principios, historicidad, neo-constitucionalismo.

Abstract

This article states the political role of principalistic discourse and the way it has assumed the question about the hierarchy between principle and rule and among principles themselves. The answer to the question about hierarchy has a strong political component, which cannot be ignored by the researcher; but, in the same way, in order

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2005
Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2005

* Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). anbotero@udem.edu.co

to solve this question the academics should address, on one hand, the cultural concepts, and on the other hand, the social imaginary and collective representations, which are eventually the ones that gives a way out to the possibility of being a hierarchy of principles founded on justice, and this way, they put an end to the monopoly of juridical schools that has been considering themselves, until now, as the only ones able to signal what is hierarchical or not in Law.

Key words: Juridical principles, justice, freedom, hierarchy of principles, neo-constitutionalism, historicity.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los principios ha tomado un impulso inusitado en los últimos años, fruto de dilemas políticos y de desarrollos epistémicos que confluyeron justo en el período de crisis de las democracias occidentales durante la primera mitad del siglo XX. Es por ello que toda elaboración académica sobre los principios está llamada a ser leída por los que se preocupan por la nueva estructuración de lo jurídico, así como por los que son conscientes de los cambios que se avecinaron y que aún no terminan en el mundo del derecho.

Pues bien, este trabajo no pretende de modo alguno proporcionar una visión general del principialismo, ni dar una definición de lo qué es principio (que violaría, por cierto, el postulado histórico - cultural¹ que más adelante se defenderá), ni desarrollar un estudio nomoárquico circunscrito exclusivamente al derecho colombiano, sino proponer para la teoría general del derecho una respuesta a un dilema particular (la jerarquía entre principios jurídicos) en un campo específico (lo social, es decir, en el mundo de lo real / cotidiano y no tanto en el mundo teórico). Para responder al dilema de la jerarquía de los principios en el campo planteado es necesario, primeramente, reconocer los efectos políticos de toda postura que se asuma en este sentido (acápites dos de este es-

¹ Si bien la literatura especializada diferencia cultura de sociedad (ECHEVERRI HERNÁNDEZ, José Vitalino, *Cultura y sociedad*. En BOTERO BERNAL (Ed.) (2004), *Naturaleza y cultura: una mirada interdisciplinaria* (p. 15-25), Medellín, Biogénesis, por efectos expositivos se considerará en este trabajo que apuntan al mismo núcleo duro de significado.

crito). En consecuencia, se retomarán estudios iniciados anteriormente² para aclararle al lector por qué el discurso jurídico (asumido desde las escuelas jurídicas, en especial aquello que se llamará en este escrito neoiusnaturalismo principialístico) se vuelca al tema de la jerarquía del principio sobre la regla estatal, pero al momento de entrar a decidir sobre la jerarquía entre los propios principios aquellos que venían unidos toman partido distanciándose unos de otros.

Una vez tenido en cuenta el discurso político que atraviesa el neoiusnaturalismo principialístico y su jerarquía con respecto a la regla, se estudiarán las diversas respuestas que en el campo teórico se han dado a la pregunta por la jerarquía entre los mismos principios (acápites tres). Algunos defenderán una jerarquía de la justicia, otros el de la libertad y como posición mayoritaria están los que sostienen que no hay jerarquía alguna ora porque en caso de haberla se violaría la pluralidad (valor democrático por excelencia según esta corriente), ora porque la justicia no es un principio sino sólo un valor. Se analizará cada una de estas posturas señalando sus debilidades, hasta llegar a la propuesta que mueve este escrito en el contexto propuesto (que es lo posible dentro de un esquema social, donde la academia es uno de los muchos elementos que interactúan en él, por lo cual debemos ir más allá de las escuelas generales del Derecho para dilucidar en el plano práctico una posible salida al dilema ya planteado): defender la supremacía de la justicia a partir de la historicidad de los conceptos jurídicos y teniendo en cuenta el imaginario social³ y la representación colectiva⁴ que al respecto se ha tenido en la cultura occidental, que ha observado cómo la justicia es el núcleo axiológico del derecho.

Se finalizará este trabajo con las respectivas conclusiones, que darán un sucinto recuento de lo dicho hasta ese momento, y reafirmará la postura antes mencionada: la jerarquía de la justicia en el contexto social (donde las posturas teóricas son un elemento más).

² Ponencia en el Primer Seminario Internacional de Teoría General del Derecho: Principios Jurídicos, denominada «El discurso principialístico como discurso político en el Estado Social y Democrático de Derecho», Universidad de Medellín, Medellín, 24 de octubre de 2003.

³ Existe considerable bibliografía sobre este concepto, sin embargo es particular la visión de Díaz, para quien el imaginario social supone una interacción con las individualidades y las prácticas sociales (DÍAZ, Esther, ¿Qué es el imaginario social? En E. DÍAZ (Ed.) (1998). *La ciencia y el imaginario social* (p. 13-21). Buenos Aires.

⁴ Un excelente análisis de este concepto en: BERLAIN, Josexo (1990). *Representaciones colectivas y proyecto de modernidad*. Barcelona, Anthropos.

Por último es importante señalar que este artículo es fruto de un proyecto de investigación denominado «Jerarquía entre principios jurídicos a la luz de la teoría general del derecho», financiado por la Universidad de Medellín, cuyo investigador principal fue el autor de este artículo, coinvestigador, el abogado Sergio Iván Estrada Vélez, y como auxiliares de investigación los egresados del programa de Derecho de la Universidad de Medellín: Adriana del Pilar Henao Ochoa, John Jairo Ríos Henao, William Taborda Giraldo y María Adelaida Jaramillo Pérez.

2. EL DISCURSO POLÍTICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: LA JERARQUÍA DE LOS PRINCIPIOS

Antes que nada es importante señalar que el tema de los principios es un asunto que escapa de lo meramente jurídico. Allí se juega el primer dilema que debe ser resuelto: ¿los principios son tema jurídico? Sí, pero no sólo jurídico, es la respuesta que puede brindarse. Un segundo dilema es el relativo a dilucidar las relaciones que los principios tienen con el poder, y es posible ver que en la contemporaneidad el tema de los principios emerge como una alternativa democrática de contención de la actividad estatal. Es decir, la democracia supone por parte de los súbditos⁵ un apego que va más allá de lo racional y se torna, además, en un prejuicio afectivo; hoy día hay que ser demócrata aunque no se sepa con exactitud qué es eso. En nombre de la democracia se ha intentado justificar todo tipo de vejámenes e irresponsabilidades. ¿Eso es

⁵ ¿Quiénes son los súbditos de una democracia? Inicialmente eran los ciudadanos, concepto jurídicamente más restringido que el de nacionales. Ahora el debate gira en torno a la «ciudadanía global» en tanto se considera que los derechos del ciudadano (estrechamente vinculados a concepciones estatistas fuertes) impiden la concreción histórica de los derechos universales (BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi, 1990). Igualmente, una crítica al concepto de derechos derivados de la ciudadanía, en tanto supone una restricción de derechos con ocasión del monopolio de lo jurídico por parte del Estado nacional moderno, en GROSSI, Paolo (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta. GROSSI, Paolo (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma – Bari, Laterza. Ahora bien, es Foucault quien recuerda que el hombre moderno es tan súbdito –sujeto– como el de cualquier otra época histórico - política, a partir de mecanismos de control totalizantes (panópticos), pero más imperceptibles (FOUCAULT, M. (1992). *Microfísica del poder*, 3ª ed. Madrid, La Piqueta. FOUCAULT, M. (1984). *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Trad. Elsa Cecilia Frost. Barcelona, Planeta-Agostini. FOUCAULT, M. (1996). *Tecnologías del yo*. Trad. Mercedes Allendesalazar. Barcelona, Paidós - I.C.E. FOUCAULT, M. (1999). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino, 18ª ed. México, Siglo XXI.

la democracia? No se desea entrar en este asunto, pues significaría un alejamiento del tema planteado en el título de este trabajo, pero valga la pregunta en tanto permite aseverar que los propios juegos democráticos generaron situaciones paradójicas, como lo es percibir el derecho como fórmula de redención social y paralelamente como instrumento de dominación que supone una desconfianza hacia los poderes públicos⁶ (en especial en América Latina, donde el poder político indagó más por los caprichos de pocos que por las necesidades sociales), en especial hacia aquellos que supuestamente eran receptores de la legitimidad brindada por el modelo democrático liberal entendido como voto: el ejecutivo y el legislativo.

Entonces, ante el estado de cosas ya presentado y ante los peligros que la democracia enfrentó en el siglo XX (estalinismo, nazismo, fascismo, etc.), surgió, como se dijo, una ola de desconfianza frente al Estado y frente a su capacidad normativa, pues se consideró que éste (aunque se autocalificara de «democrático») no necesariamente provocaba el progreso soñado por los demócratas.

Resulta, así, que los modelos planteados por los liberales del XVIII y del XIX para la consecución del ideal democrático se vieron en entredicho en el siglo XX y en lo corrido del XXI. Uno de estos modelos, por ejemplo, es el relativo a la exégesis. Si la democracia daría legitimidad a órganos políticos colegiados en los cuales se redactarían las leyes, el vehículo encauzador democrático no podía ser otro que la exégesis, pues así se garantizaría que el órgano legislativo se atribuyera para sí la competencia restrictiva de crear normas generales (principio de separación de poderes), siendo entonces el juez un mero aplicador de la norma, todo esto en concordancia con el concepto de seguridad jurídica entendida como certeza de la ley –principio de legalidad– (donde era más importante la certeza que el contenido de la decisión judicial, la firmeza de la sentencia frente a las partes que la justicia de la misma). De esta forma, la exégesis termina siendo una herramienta de la democracia para encauzarla. Pero cuando emerge la desconfianza generalizada con respecto a la actividad del Estado, que se autocalifica de demócrata, y a su derecho, aparecen fuertes críticas a la exégesis y a la certeza de la ley, en tanto éstas no garantizaban de modo alguno el ideal democrático en tanto amarran la fuente normativa a cuerpos colegiados que no siempre

⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2003). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. En *Precedente: Anuario jurídico* (p. 97-98). Universidad Icesi.

han mostrado lealtad a dicho ideal y mecanizan (e insensibilizan) la labor del operador judicial y del sistema jurídico mismo.

En consecuencia, el «derecho por el derecho»⁷, premisa propia de la exégesis, llevada a su extremo por el formalismo-formulismo jurídico latinoamericano, dejó de ser una garantía de contención estatal y, por ende, no benefició la actividad liberal. El Estado y el sistema jurídico formalista-formulista, entendido éste como un entramado que se intentó autojustificar, pasan a ser criticados por los efectos perversos que generaron, como la pretendida autonomía absoluta del saber jurídico, concebida como independencia absoluta del *sollen* (deber ser) frente al *sein* (ser). Así las cosas, ¿cómo proponer límites contenedores o encauzadores⁸ del Estado y del sistema jurídico que permita una refundación del ideal racional - afectivo de la democracia? Serían varias las salidas que pueden plantearse, unas por fuera y otras por dentro del propio Derecho.

De esta manera, surgió una opción discursiva extrajurídica, pero intraestatal: que la contención del Estado surja de ejercicios políticos dentro del Estado, es decir, actividades políticas responsables y de autolimitación. Allí cobraría especial valor teorías de la ética de la responsabilidad, teniendo como fin de la legislación entrar en razón a la vida colectiva⁹. Por tanto, una ley dictada por órganos responsables sería el factor clave dentro del modelo jurídico propuesto. Sin embargo, esta opción discursiva no es más que la misma estructura democrática del XIX sumado a una defensa a su interior de la responsabilidad como criterio de guía de la acción, y supondría una nueva valoración de la acción del Estado liberal, un volver a tomar confianza en sus órganos, algo difícil en el estado de cosas actual. Así, ante la dificultad acabada de expresar,

⁷ Una crítica a la concepción autojustificativa del Derecho, en BOTERO BERNAL, Andrés (2003). *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos* (p. 13-127). Medellín, Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis.

⁸ Sobre la propuesta de entender el derecho como aparato encauzador de los conflictos, más que solucionador, véase: BOTERO BERNAL, Andrés (2002). *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro* (p. 199-220). Medellín, Editorial USB; BOTERO BERNAL, Andrés (2002). La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología. *Revista de Derecho Penal*, N° 32 (agosto - septiembre), p. 53 - 57.

⁹ Sobre el concepto de visión responsable y sus implicaciones políticas, en BOTERO BERNAL, *El papel...*, *op. cit.*; JONAS, H. (1994). *El principio de responsabilidad*. Barcelona, Círculo de lectores; BIRULÉS, Fina (1999). Responsabilidad política. Reflexiones en torno a la acción y la memoria. En M. CRUZ y R. R. ARAMAYO (coordinadores). *El reparto de la acción: ensayos en torno a la responsabilidad* (p. 141-152). Madrid, Trotta.

en el sentido de que la majestad de la razón-responsabilidad no siempre puede con la fuerza de los acontecimientos humanos, se requirió al sentir de varios doctrinantes (que en adelante denominaré neoiusnaturalistas principialísticos) un camino más expedito: la jerarquía de los principios sobre la regla (que no es más que una opción intrajurídica al dilema planteado anteriormente)¹⁰.

Pero, ¿en qué consiste esta respuesta discursiva intrajurídica? Tradicionalmente se ha señalado como fuentes formales del derecho las siguientes: ley, costumbre, doctrina, jurisprudencia y principios. Así, recurriendo a las fuentes, se halló una propuesta contenedora de la actividad estatal: los principios generales del derecho a partir de un proceso de constitucionalización de los mismos¹¹ y del sistema jurídico en general¹². Esta obtención de un nuevo canal encauzador era obvia si se tiene en cuenta que las fuentes del derecho pueden ser típicamente estatales (ley y jurisprudencia) o no estatales (doctrina, costumbre y principios). Entonces, ¿cómo apelar a fuentes estatales para encauzar al Estado en una vía democrática, justo cuando este intento propio de los modelos liberales y exegéticos mostró su fracaso en este intento? Quedaban pues las fuentes no estatales, pero la doctrina no es fuente formal hoy día (salvo las viejas escuelas doctrinales en el derecho islámico¹³⁻¹⁴).

¹⁰ El neoiusnaturalismo principialístico no es tal sólo por pretender una vinculación moral - derecho, puesto que las tesis del iuspositivismo suave igualmente aceptan dicha relación (siendo un ejemplo de ello Carlos Santiago Nino), sino por el rol que éstos les establece a los principios y a las categorías fuertes (a veces absolutas) que imponen a las formas o a los contenidos axiológicos.

¹¹ De esta manera pueden entenderse las siguientes palabras: «Por ello distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la constitución de la ley». PLAZAS VEGA, Mauricio (1988). *Del realismo al trialismo jurídico* (p. 45). Bogotá, Temis. Igual Bidart: «Por fin, llegó el tiempo en que el constitucionalismo se hizo cargo de los valores y principios superiores o externos a su propio ordenamiento... La primacía de la persona humana cobra presencia vigorosa, y un sistema de valores condigno nutre a la constitución del Estado democrático». BIDART CAMPOS, Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (p. 142). Buenos Aires, Editora comercial, industrial y financiera.

¹² GUASTINI, Riccardo (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. CARBONELL (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (p. 49-73). Madrid, Trotta.

¹³ BOTERO BERNAL, Andrés. Breve recuento iushistórico de Al-Andalus (en castellano con resumen en árabe y en francés) [En línea]. *Revista Iuri Euro Arab*, N° 1 (2004); <http://www.iraggate.net/lawgate/index.htm>

¹⁴ La doctrina ha sido considerada fuente formal por criterios históricos (remisión al Derecho romano). Sin embargo, ha sido desechada como fuente formal del derecho en la contemporaneidad ignorando el peso real que tiene no sólo sobre el operador judicial sino incluso sobre el rumbo que toma la norma en un sistema social concreto. Esta

Queda de esta manera en el tintero la costumbre y los principios. Pero para elaboraciones doctrinales tendientes a encauzar la actividad estatal y jurídica, la costumbre no se presta mucho para ese cometido, primero porque las costumbres sufrieron un ataque devastador por parte de los procesos de positivización del sistema jurídico, lo que la ha debilitado en cuanto su aplicabilidad por sí mismas, y en segundo lugar porque un doctrinante poco podrá decir qué es costumbre sino está respaldada tal afirmación en un estudio de campo, cosa para lo cual no está muy dispuesto el abogado, pues, entre otras cosas, ha considerado que este tipo de trabajos es propio más de otras esferas del saber (fruto de la univocidad metodológica de la disciplina jurídica). Además, nada garantiza que la costumbre, una vez encontrada, sea un verdadero control al Estado, pues bien podría hablarse en contextos concretos (la costumbre no permite un discurso universalizante, en tanto las prácticas son efectivas en escenarios locales y regionales, lo cual marcaría tintes diferenciadores entre un lugar y otro) de conductas u omisiones obligatorias consuetudinarias que respalden manifestaciones políticas que son justo las que se quieren contener en la propuesta democrática ideal. Restan entonces los principios generales del derecho, lo cual no debe asustarnos, pues es la última alternativa intrajurídica de reconducción del Estado y del sistema jurídico dentro del ideal democrático.

En consecuencia, si sumamos lo acabado de señalar con la crisis del concepto tradicional de seguridad jurídica¹⁵ y el surgimiento del neoconstitucionalismo¹⁶, se tiene que el tema de los principios termina siendo una respuesta surgida del propio derecho para encauzar de nuevo al sistema jurídico en el dilema y la paradoja en que se ha ubicado a sí mismo; aunque tampoco puede negarse que el discurso de los principios busque además afrontar otros aspectos del derecho contemporáneo, como por ejemplo el síndrome normativo¹⁷, cuestión que ya

relación entre doctrina - sistema normativo y judicial será analizada en la investigación «La cultura jurídica en la Antioquia del siglo XIX», que apenas inicia en la Universidad de Medellín, bajo la coordinación del autor de este artículo.

¹⁵ Un análisis de esta crisis, aunque desde una óptica muy a favor del neousnaturalismo principialístico, en ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (2003). Seguridad jurídica y discrecionalidad. En A. BOTERO BERNAL y S.I. ESTRADA VÉLEZ (comp.) (2003). *Temas de Filosofía del Derecho: homenaje a Alberto Vélez Rodríguez* (p. 55-76). Medellín, Señal editora y Universidad de Medellín.

¹⁶ Sobre esta estrecha relación entre los principios y el neoconstitucionalismo, véase CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 286.

¹⁷ Consiste en la proliferación de normas pretendiendo así enfrentar un problema social o político. Véase BOTERO BERNAL, *Diagnóstico...*, op. cit., p. 19-32.

había puesto sobre la mesa el dominico Tomás de Mercado, adscrito a la segunda escolástica, quien defiende que los confesores de mercaderes deben conocer más los principios generales que las normas especiales, «porque el derecho de todos estos contratos, en muy pocas reglas se encierra: mas son tan universales, y la materia tan amplia, que se aplican de dos mil modos»¹⁸. Considera así el dominico que quien conozca los principios podrá conceptuar acerca de gran cantidad de contratos, al ser éstos fuente del derecho que los regula.

De esta manera se propone por una buena parte de la doctrina jurídica (el neoiusnaturalismo principialístico) la supremacía del principio sobre el derecho estatal (el principio jerárquicamente superior a la regla), sin que esto implique una contradicción en lo que respecta a los principios de legalidad y de separación de poderes ampliamente reconocidos en la democracia decimonónica. Resulta que, tal como se dijo antes, la democracia liberal parte en su estructuración jurídica de los principios de legalidad y de separación de poderes, por lo que alguien podría creer que hay una contradicción en las corrientes principialísticas actuales al reivindicar la importancia del principio cuando éste siempre ha existido, pero es de reconocerse que en fin de cuentas la norma en el XIX era asimilada en cuanto su efectividad judicial con la ley, perdiendo los principios cualquier motivación jerárquica e incluso cualquier atisbo de aplicación judicial efectiva, salvo en las situaciones contempladas por la propia ley (interpretación en casos difíciles e integración del derecho en el evento de vacíos normativos); entonces, los principios en el modelo exegeta sí existían pero con funciones secundarias en comparación con la ley misma, siendo sólo esquemas de origen (dan lugar a normas escritas e inspiran propuestas políticas, pero una vez creados –las normas o las concepciones políticas– éstos cobran autonomía de la fuente), interpretativos e integradores. No puede creerse, entonces, que la mirada propuesta por el neoiusnaturalismo principialístico ya existía en la exégesis por el hecho de que esta última ya reconocía a su interior los principios, en especial el de legalidad y el de separación de poderes.

Ahora bien, para que los neoiusnaturalistas principialísticos, en un contexto teórico, afirmen la función encauzadora del principio es necesario defender una supremacía ontológica de los mismos, pues si se señala que el principio tiene origen en el seno de organismos deli-

¹⁸ De MERCADO, Tomás (1975). *Suma de Tratos y Contratos* (parágrafo 132, p. 152). Madrid, Editora Nacional.

berativos como el Congreso, ¿cuál sería la diferencia ontológica con la norma legislada? Entonces, algunos recurrirán a una justificación teológica¹⁹, otros a una moral (para muchos absoluta en cuanto su forma o su contenido) y no faltan los que acuden a la razón, entre las respuestas más comunes.

Es por lo acabado de explicar, sumado a otros factores, por lo que el tema de los principios (en el campo de los juristas principialísticos) está saturado de referencias salvíficas que pueden ser catalogadas como políticas. Y como lo político ha estado asociado no pocas veces a lo mágico²⁰, el tema de los principios se teje alrededor de sí mismo (bajo la mirada feliz de muchos doctrinantes y la pasividad de otros), una aureola metafísica, y se habla entonces de los principios como nuevo eje fundamentador de un mundo feliz (parafraseando la novela de Aldous Huxley), como lo fue en su momento la voluntad divina para el medieval cristiano o la Fortuna para el renacentista.

Lo bello de este escenario es cómo se pretendió articular el tema de la democracia con la implantación de nuevas jerarquías al interior del derecho: se señaló así que los principios son superiores a la regla para que ellos pudieran cumplir una labor de contención frente al Estado y al derecho estatal, pero inmediatamente algunos señalaron, como se verá más adelante en este trabajo, que los principios entre sí son de igual peso, quedando el problema sobre las pautas de resolución del enfrentamiento entre los principios en un caso concreto (pues sería absurdo para esta teoría proponer choques de principios *a priori*), proponiendo entonces la ponderación (que implica un juicio de proporcionalidad²¹)

¹⁹ Valencia, quien es el pensador colombiano que más ha estudiado el tema de los principios, sugiere que los principios están inscritos por Dios en el corazón humano [VALENCIA RESTREPO, Hernán (1999). *Nomodrquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho* (p. 401 y 430), 2ª ed. Bogotá, Temis], y que son descubiertos gracias al sentido común, retomando las enseñanzas que al respecto nos legó Hume, entre otros. Pero queda así una pregunta: ¿cómo captar los principios en su bilateralidad y sociabilidad –asuntos de fondo de los principios según el propio Valencia– a partir del método emotivo y del sentido común, teniendo en cuenta que Dios dejó en el corazón humano dichos criterios ideales?

²⁰ BOTERO BERNAL, *El papel...*, *op. cit.*, p. 37-52.

²¹ PRIETO SÁNCHEZ, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 143. Es de anotar que la proporcionalidad se remonta al contractualismo iusnaturalista (*op. cit.*), pero es en el Estado Social y Democrático de Derecho que adquiere un fuerte rol al vincularse con la ponderación. BERNALPULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

y los *test* de igualdad y razonabilidad²² como las vías de resolución del conflicto de principios *a posteriori*. Claro está que las vías de resolución del conflicto no aplican, según esta posición, si el choque es entre una norma legislada y un principio, aceptándose así, aunque sea de modo excepcional, la posibilidad de principios *contra legem*²³. Sin embargo, no toda la doctrina jurídica defiende la no jerarquía de los principios entre sí, por lo que es importante analizar las propuestas escritas hasta el momento en este sentido.

3. JERARQUÍA ENTRE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Entonces, siguiendo una metáfora espacial ya conocida, se defiende en el neiusnaturalismo principialístico la existencia de una pirámide, pero en vez de hablar de un vértice jerárquico se habla de varios: los principios, pero al indagarse por cuáles son queda el lector como en el inicio kelseniano: la incertidumbre²⁴ y el sabor de que se está a merced de cosas inatrapables; es decir, ¿cuáles son los principios? Muchos autores traen listados enunciativos, por lo cual el ciudadano se encuentra sometido a postulados normativos aun no identificados y precisados (puesto que parten de que la lista, por ser una mera enunciación, no está completa). ¿Esto es democrático? Para evitar esta crítica, algunos, en forma aventurada, hacen listados taxativos; otros, en cambio, defienden

²² ESTRADA VÉLEZ, *Seguridad jurídica...*, op. cit., p. 63.

²³ La existencia de principios con capacidad derogatoria o por lo menos suspensoria de reglas que le contradicen, es necesaria si se alega su imperatividad y su fundamentalidad. Pero traen consigo el siguiente interrogante: ¿cómo puede afirmarse que hay principios *contra legem* si éstos fundamentan, crean, integran e interpretan el derecho? En teoría sería imposible, pero la práctica nos enseña que sí hay normas que contrarían las disposiciones principiales, tal como éstas son entendidas por los neiusnaturalistas principialísticos.

Además, el asunto no es nada fácil de resolver, pues implicaría reconocer pugnas internas, con fuertes repercusiones políticas, en el derecho. El propio Valencia critica la función negativa de los principios [VALENCIA, *Nomódrquica...*, op. cit., p. 80] defendida por K. Larenz, para terminar aceptando que, excepcionalmente, es posible predicar la existencia de principios *contra legem* [*Ibid.*, p. 443].

Igual puede predicarse de la obra de Estrada [ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (2000). *La excepción de principialidad*. Bogotá, Temis], pues ¿cómo defender la posibilidad de entablar una «excepción de principialidad» sin alegar la supremacía del principio y, por ende, su función negativa (por lo menos suspensoria) frente a la regla?

Es más, si el principio se entabla como encauzador del Estado, para el cumplimiento del fin democrático, ¿cómo hacerlo, por lo menos en un inicio, sin defender la posibilidad derogatoria o suspensoria del principio frente a la norma legislada?

²⁴ Recuérdese que una crítica recurrente a Kelsen era la incertidumbre de la norma hipotética fundamental.

que un principio es el superior y que los demás están subordinados (con lo cual la identificación precisa de todos los principios queda relegada a un segundo plano), lo cual es menos difuso que defender la no jerarquía entre principios, pero de todas maneras seguimos en el dilema frente a estas teorías: ¿cuál es la base del edificio jurídico? La justicia dirán algunos, pero... ¿qué es la justicia si se intenta definir de manera absoluta y abstracta? Caemos pues en la misma inatrapabilidad de la que padecía la tan criticada norma hipotética en tanto indemostrable y supuestamente sólo cognoscible como estructura formal pero con contenido más que incierto. Seguimos pues bajo el mandato de quien no conocemos, de aquello que hemos logrado volver «mágico», o acaso nada más preocupante que someter el derecho (como lo dice un autor colombiano en defensa de los principios) a los «criterios ideales que han sido creados por Dios, por Él escritos en el corazón humano y re-creados por la comunidad a través del proceso principal»²⁵.

Por supuesto que este nuevo paradigma teórico sí logra de alguna medida encauzar y contener al Estado y revitalizar el derecho, poniendo como agente de contención al juez (revaluándose así el concepto de seguridad jurídica, tomando un gran valor el concepto de precedente judicial²⁶), quien termina revalorando su tarea e incluso poniendo en entredicho la tesis liberal de la tridivisión de poderes, llegando el juzgador a ejecutar por su cuenta mandatos, ser ordenador del gasto público, etc.²⁷ Pero este mismo discurso terminará minando su propia

²⁵ VALENCIA, *Nomadrúquica...*, op. cit., p. 401.

²⁶ Un análisis al respecto en BOTERO BERNAL, Andrés (2003). La eficacia jurídica, la seguridad jurídica y la Corte Constitucional colombiana. En A. BOTERO BERNAL y S.I. ESTRADA VÉLEZ (comp.). *Temas de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 31-54.

²⁷ «La concepción del nuevo marco jurídico que surge a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, es un fenómeno social que sobrepasa el propósito de una simple enunciación formal; la decisión de adoptar la forma del Estado Social de Derecho, trasciende los terrenos de la huera teoría para llenar de contenido y significado cada una de las acciones en el seno de la sociedad. En efecto, el concepto tradicional de Estado, cuya legitimidad descansa en la función desarrollada por tres ramas independientes que mecánicamente cumplen funciones asignadas por la ley... es radicalmente reformado por el Constituyente del 91, que ve en la realidad, antes que en los códigos, la justificación del sistema normativo que identificamos como derecho, y en general, de la organización política estatal. Las ideas de justicia y equidad que han alentado el propósito de todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia ya no descansan en la interpretación rígida de normas que inflexiblemente se enfrentan a ciertos hechos, sino en la articulación razonada de las distintas facetas de nuestra compleja realidad que esperan del derecho y sus instrumentos no una simple manera de hacer las cosas, sino una eficaz forma para resolver los conflictos y proteger los derechos de cada cual... Así, los cambios producidos por la adopción de la idea de un Estado Social de Derecho «han producido

legitimidad si avanza de manera incontrolada a partir de planteamientos mágicos (salvíficos) y si no se vincula a criterios más sólidos en el plano del «mundo de la vida» (como la historicidad de los conceptos jurídicos y las representaciones colectivas en torno a la justicia) que la mera ideología política de la escuela jurídica, del jurista o del juez²⁸. Entonces, no se trata de que el derecho se desencantó, parafraseando a Weber²⁹, sino que el encantamiento cambió de forma en el mundo del derecho (pasando del encantamiento de la exégesis al encantamiento del principio, pero encantamiento al fin y al cabo, a menos de que se tome en serio la historia y los imaginarios sociales³⁰).

en el ordenamiento no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos... Cfr. Sentencia T-406 de 1992» (Corte Constitucional, sentencia 389 de 1999).

²⁸ Toda escuela y operador jurídico tienen el derecho/deber de ser propositivo y esta propuesta puede tener gran capacidad de influencia en el sistema (en tanto que la escuela y el operador hacen parte de lo social), como la tiene hoy día el iusnaturalismo principialístico, pero esto no debe preocupar, sino el que la propuesta sea construida sólo sobre la ideología del académico o del operador jurídico, lo cual generará un «desencanto» rápido del propio discurso principialístico. Deben buscarse entonces fundamentos más fuertes y concretos del discurso principal, por fuera de la mera intencionalidad política del operador, tales como la cultura y la historia, siendo esto la propuesta del presente escrito. Ver nota de pie de página N° 49.

²⁹ *Desencantamiento o descentramiento*. Términos acuñados por Weber como consecuencia de la «racionalización cultural de las representaciones colectivas que acontece en Occidente», racionalización que implica el desmoronamiento de las cosmovisiones metafísico-religiosas, haciendo añicos un mundo con unidad de significado. Es la destrucción de esta unidad de significado lo que obliga al individuo a recomponer desesperadamente los fragmentos de un mundo que ha sido estallado a partir de la racionalización de los sistemas simbólicos bajo un estándar abstracto de valor (como la verdad, la rectitud normativa, la belleza, la autenticidad, el progreso, etc.). BERLAIN, *Representaciones...*, op. cit., p. 21.

³⁰ Sea menester aclarar que el imaginario social no es un concepto voluntarista ni tampoco puede ser asimilado a lo útil socialmente. Es por ello que las críticas que hace Radbruch, entre otros, a las tesis que consideran que sólo es Derecho lo útil, o que creen que sólo es Derecho la expresión de voluntad del pueblo (o del gobernante) no son aplicables a nuestra posición de que existe un imaginario social y una historicidad del concepto justicia, puesto que el contenido del imaginario social no necesariamente es lo útil bajo una visión en concreto, y que éste no se construye a partir de una intención cognitiva y/o volitiva en tal sentido por parte de un gobernante o de la masa. Cfr. RADBRUCH, Gustav (1992). *Relativismo y derecho* (p. 71-74). Trad. Luis Villar Borda. Bogotá, Temis.

Para demostrar esta premisa es importante analizar los dos puntos del debate: de un lado están los que afirman que la contención de los principios es obligatoria y necesaria en el actual estado de cosas. Estos, en lo que respecta al señalamiento de las nuevas pautas jerárquicas, se dividen, a su vez, en dos: los que defienden la jerarquía de uno o pocos principios y los que hablan de un imperio general de todos los principios. Los primeros reportan una ventaja frente a los segundos: la posibilidad de mayor determinación frente a la pauta jerarquizadora. Decir, pues, que los principios son majestuosos pero que no es posible hacer un listado (es decir, poner en evidencia cierta) de los mismos, ni siquiera para una cultura determinada en un tiempo concreto, es someterlos a fuerzas desconocidas pero afirmando su imperio (lo cual es una petición de principio). Sin embargo, la mayor determinación de los primeros no significa una concreción libre de dudas, por el contrario, están lejos de generar consensos entre los académicos. ¿Pero es posible hablar de una concreción de uno o pocos principios que efectivamente puedan contener el ejercicio estatal y jurídico, para evitar que estos últimos vuelvan a tomarse como procesos autojustificativos? Esto se retomará más adelante.

Bueno, pero entre los que niegan la jerarquía de los principios (por lo menos, los no lógicos³¹) sobre la regla estatal encontramos las tesis iuspositivistas en general, algunas que minimizan la labor de los principios, otras que las niegan, y otras que las reconocen como reglas válidas y sujetas a la acción del sistema—como Hart en su *postscriptum*—. Igualmente, cuando el marxismo reduce el derecho occidental al Estado burgués, termina por negar la existencia de los principios como encauzadores de la actividad estatal, puesto que éstos no podían ser concebidos bajo su percepción de que el derecho es una manifestación de dominación sobre el proletariado³². Algo similar ocurre con toda concepción que intenta reducir el derecho a la actividad estatal, pues si esto fuera cierto no sería posible defender una jerarquía de algún componente jurídico sobre la actividad estatal, de manera tal que pudiera reconducirlo hacia algún fin. Esto da pie para aseverar que el derecho no se agota en el

³¹ No choca con muchas posturas positivistas la defensa de la jerarquía de los principios lógicos sobre el derecho estatal.

³² El marxismo reduce el Derecho al Estado. Un análisis de las consecuencias jurídicas y políticas de tal afirmación en CARRILLO GARÍA, Yoel y MONDELO GARCÍA, Walter, *EL PAN CONTRA EL ESPÍRITU: Una lectura del pensamiento jurídico cubano*. En A. BOTERO BERNAL y S.I. ESTRADA VÉLEZ (comp.). *Temas de Filosofía del Derecho: homenaje a Alberto Vélez Rodríguez, op. cit.* (capítulo 11, p. 299-334).

Estado, aunque este último haya sido el motor jurídico más importante durante la modernidad, lo que le permitió a los neoiusnaturalistas principialísticos recurrir, tal como se explicó con anterioridad, a las fuentes del derecho no estatales en la tarea de buscar canales encauzadores al Estado democrático encerrado en sus propios juegos.

Pero no se centrará esta intervención en estas posturas, sino, más bien, se desea llegar a las teorías que hablan de una jerarquía de los principios sobre el Estado y su derecho (cuestión importante para poder alegar la función encauzadora de los mismos hacia el ideal democrático³³), entre las cuales hay dos tendencias claramente verificables: los que hablan de principios jerárquicos, pero todos por igual en tanto se está inmerso en una sociedad democrática (Hartmann, Zagrebelsky, Atienza, Alexy³⁴, etc.), y los que señalan, siendo ya pocos los que así lo hacen, que hay jerarquía dentro de los propios principios (Valencia Restrepo, por ejemplo). En este último caso cabe la pregunta: ¿cuál es el principio superior? Esto depende mucho de la postura política del doctrinante que así lo propone: los deudores de una propuesta liberal clásica dirán que la libertad es el principio superior (con su consecuente carga teórica en intentar definir la libertad y justificarla luego de la caída de las tesis teológico-medievales que partían de un libre albedrío entendido como un absoluto³⁵), pero

³³ Aquí subyace un dilema de fondo: la necesidad de reconducir al Estado a partir de los principios no implica de suyo que los principios son superiores frente al Derecho emanado del Estado. Pero sin esta segunda característica sería difícil pregonar la posibilidad de una reconducción. Por esto muchos neoiusnaturalistas principialísticos intentarán descubrir el fundamento ontológico y, por ende, diferenciador entre el principio y la regla para poder así sustentar la supremacía de uno sobre el otro (este asunto ya fue tratado con anterioridad).

³⁴ Robert Alexy [ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (p.154-155). Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales] denuncia la tiranía del valor (es decir, critica la concepción que habla de valores superiores y, por ende, de principios supremos). Sin embargo, defiende la existencia de seis principios básicos de la Ley Fundamental alemana (que son los mismos, *mutatis mutandis*, para todas las constituciones de los estados democráticos contemporáneos), con lo cual está legitimando una jerarquía entre los principios [ALEXY, Robert (1984). *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos* (p.81). Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa; una exposición de estos seis principios fruto de los «máximos valores imperantes en la comunidad» en VALENCIA, *Nomodrquica..., op. cit.*, p. 243].

³⁵ Una buena definición de libertad en el campo jurídico fue escuchada de boca de un gran amigo argentino: lo que en Derecho llamamos libertad es la exigencia que atribuimos a otro de lo que él puede soportar. De esta manera, decimos que un individuo no es libre cuando entrega la billetera al asaltante armado (aunque él escogió obrar conforme a la exigencia del asaltante y no la muerte, por lo cual sí hubo una decisión frente al acto).

los latinistas en conmemoración de sus estudios señalan que el principio superior es la justicia (sin que ello no baste para calificarlo igualmente como un valor superior). Existirán seguramente otras posiciones, pero lo importante es estudiar estas dos en tanto han sido las de mayor trascendencia en el campo jurídico: jerarquía de la libertad, de un lado, y la de la justicia, por el otro. Los defensores de la jerarquía del primero la harán en conmemoración del ideal ilustrado moderno, los segundos, tal como se dijo, en conmemoración de la historicidad y la fundamentación grecorromana del derecho occidental.

Lo que es importante reseñar (aunque no sea el objetivo central de este trabajo) es que este debate entra con fuerza a Colombia fundamentalmente por la Corte Constitucional que, en un ejercicio propio de una americanización del Derecho³⁶, empieza marcando con sus sentencias iniciales un hito en la configuración del fenómeno político (dentro de la línea del precedente judicial). Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, mediante una de las sentencias hito, la T - 406 de 1992³⁷, importa –en un ejercicio que merecería una investigación especial– una bibliografía, la cual ya fue de comentario en este escrito, pero imprimiendo contextos propios del magistrado citante, reafirmando así que el que lee recrea el texto leído.

Pues bien, la Corte Constitucional colombiana en sus sentencias hito, como la T - 406 de 1992, reconoce como paradigmas una serie de escritos de autores internacionales, encabezados por R. Alexy y R. Dworkin. Entonces debe comprenderse a la Corte, por lo menos en lo tocante a los principios, a partir de estos autores, sin negar, tal como se

³⁶ Sobre la americanización del Derecho ver AL NASIR, Samer, La producción normativa-constitucional en la americanización del ordenamiento jurídico español. En *Portal jurídico de Iraq*, edición N° V / 03, <http://www.iraqgate.net/lawgate/same12033.doc>; AL NASIR, Samer (2003). *Échange Radical au Système Juridique espagnol*, documentos de investigación de la Academia Europea de Teoría del Derecho; AL NASIR, Samer (200). *Radical Change in Spanish Legal System*, contribución al XXI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. Lund (Suecia); AL NASIR, Samer, «A radical change in Spanish legal system». En NERGELIUS *et. al.*, *Form and Substance in Contemporary Constitutionalism*. Tomo segundo, «For a Law Without Borders, Lund (Suecia).

³⁷ Esta es una de las sentencias más citadas por la propia Corporación, siendo parte integral de las líneas jurisprudenciales existentes en Colombia en temas como: el reconocimiento de los derechos fundamentales (T-530 de 1997, T-579 de 2004, T-259 de 2003, T-173 de 2003), su relación con los valores y los principios constitucionales (T-526 de 1997), el rol interpretador de los principios constitucionales (T-406 de 1992, C-546 de 1992, T-079 de 1995, C-445 de 1999, C-690 de 1996, C-126 de 1998, C-292 de 2003 y C-125 de 2003) y el papel de la jurisprudencia de tutela (SU - 1184 de 2001), entre otros.

dijo anteriormente, la capacidad de re-crear propia de la corporación y del magistrado ponente.

Entonces, remitiéndose a los autores que son re-creados para el ordenamiento jurídico colombiano³⁸, se encuentra una profunda diferencia entre éstos. Dworkin se funda en la moral pública y en los estándares, que son pautas políticas que pretenden determinar objetivamente la decisión del juez en aquellos eventos de apertura del ordenamiento. Alexy, por su parte, cambia la noción del elemento político y considera como el esencial lo axiológico; en consecuencia, el principio es una concreción de valores, pero teniendo presente que hay una diferencia entre valor y principio, en el sentido que el primero pertenece al mundo de la moral y por tanto es incoercible, y el principio adquiere la virtud deontológica, la naturaleza de norma jurídica, convirtiéndose así en coercible e imperativo. Por consiguiente, para Alexy, los principios son la frontera entre el derecho y la moral.

Pero retomando la sentencia hito a la que se aludió anteriormente, es menester señalar que este fallo re-crea los fundamentos bibliográficos allí mismo utilizados. Sin embargo, termina reconociendo, siendo consecuente con una postura neoconstitucionalista, que la diferencia entre los principios y los valores es el presupuesto para diferenciar principios y reglas. Además, ya en relación con la pregunta de cómo aplicar un principio, Alexy indicará que no se puede aplicar directamente por su abstracción y carencia de mandato definitivo³⁹ (es decir, están supeditados a las posibilidades fácticas y jurídicas, así como a la ponderación, en tanto mandatos de optimización⁴⁰), pero la Corte va más allá de este autor al señalar que no se puede interpretar el *principio cardinal* del Estado Social y Democrático de Derecho de espaldas a los valores y a los principios jurídicos, por lo que éstos adquieren una ejecutividad propia y de mayor eficacia que los valores⁴¹. De esta manera, la Corte Constitucional

³⁸ Sobre las formas de recepción de las teorías jurídicas, es importante la lectura de LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2004). *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional.

³⁹ ALEXY, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 98-99.

⁴⁰ ALEXY, *El concepto...*, *op. cit.*, p. 75.

⁴¹ La sentencia T - 772 de 2003 de la Corte Constitucional colombiana considera el Estado Social y Democrático de Derecho como *principio cardinal* que imprime sentido y unidad al ordenamiento constitucional, lo cual introduce nuevos problemas teóricos como los siguientes: ¿Se trata de un principio jurídico y no tanto de un modelo de organización jurídico - política? Y si es un principio, ¿es prevalente *a priori* frente a los

termina acudiendo a criterios propios del realismo jurídico, a pesar de fundarse en autores considerados como neoiusnaturalistas⁴², vinculando la validez de una norma principal a la eficacia, al decir que la diferencia entre valores y principios radica en la eficacia de los últimos⁴³. Además, la Corte llega a considerar los valores propuestas normativas⁴⁴, por lo cual, para este tribunal, los valores tienen una eficacia interpretativa y son fines jurídicos para el futuro.

Igualmente esta sentencia, en contravía de los autores citados, predica que los principios se aplican de manera silogística, acudiendo así a la herramienta conceptual de la exégesis: el silogismo como modo de

demás principios? La misma sentencia no es clara, en tanto se refiere igualmente al Estado Social y Democrático de Derecho como modelo de organización estatal.

⁴² La consideración de Dworkin y Alexy como (neo) iusnaturalistas (o por lo menos como no positivistas) está presente en varios autores. Arango los considera iusnaturalistas y califica de negativa la incidencia del iusnaturalismo en el constitucionalismo moderno (ARANGO, Rodolfo (2003). *Incidencia del iusnaturalismo en el derecho constitucional moderno*. En N.A. GIL (Comp.). *Filosofía del derecho y filosofía social: memorias del Primer Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (p. 115-126). Medellín, Señal editora. Prieto, por su parte, sostiene que si se entiende que la teoría del derecho lleva implícita una tesis conceptual acerca de la naturaleza del derecho mismo y, por ende, de su vinculación con la moral, entonces el neoconstitucionalismo de estos dos autores parece mayoritariamente iusnaturalista o no positivista. Claro está que Prieto manifiesta su alejamiento de esta postura neoconstitucional iusnaturalista. PRIETO, *Neoconstitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 123-158 (es importante señalar que esta interpretación fue refrendada por el propio autor español mediante comunicación electrónica). Con respecto a Dworkin existe un trabajo de López que señala que dicho autor no puede ser adscrito a las posturas tradicionales (ni fuerte ni débil) del iusnaturalismo [LÓPEZ RUF, Pablo (2002). ¿Puede calificarse de iusnaturalista la teoría de Dworkin? *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Año II, N° 2, p. 223-233], pero esto no es óbice para que varios lo entiendan como precursor de una nueva faceta iusnaturalista.

⁴³ «Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto» (Sentencia T-406 de 1992, Corte Constitucional).

⁴⁴ «Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia» (Sentencia T-406 de 1992).

aprehensión del mandado legal⁴⁵. Las críticas contra esta tesis son claras desde el propio neoconstitucionalismo: Si los principios son de textura abierta, ¿cómo aplicarlos por subsunción silogística?⁴⁶ Seguramente la defensa de la aplicación del principio por la vía silogística es un efecto de una ideología política del juzgador constitucional, pero igualmente la imposibilidad de realizar el silogismo por la vaguedad de la premisa mayor está sustentada fundamentalmente en criterios políticos. En fin, aludir a una herramienta de aplicación que se torna imposible, es una forma de legitimar que el juez constitucional termine imponiendo su parecer, fundado –idealmente– en los principios según la visión que de ellos tienen las escuelas jurídicas (en especial el neiusnaturalismo principialístico), lo cual no deja de ser una manifestación de la ideología política, tal como se señaló con anterioridad⁴⁷. Pero esta ideología judicial, que algunos entronizan como la concreción de un ideal democrático y otros como el sacrificio de la democracia liberal, termina siendo encauzada por un modelo de seguridad jurídica, pero ya no atada a la concepción de certeza de la ley (seguridad jurídica para la democracia liberal y, por ende, para el modelo exégeta) sino en cuanto fidelidad al precedente (asunto que permite afirmar una influencia del *common law* en el Derecho colombiano)⁴⁸. Así aparecen nuevos conceptos y los

⁴⁵ «Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística» (Sentencia T-406 de 1992).

⁴⁶ Se lee en las sentencias T-406 de 1992 y T-306 de 2003 que los principios tienen fuerza normativa derivada de la Constitución, es decir, por un criterio topológico-formal, que son de textura abierta, y esto puede afectar su eficacia directa mas no la fuerza normativa: «Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuatro del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y, por lo tanto, una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa».

⁴⁷ Cfr. BOTERO BERNAL, *La eficacia jurídica...*, op. cit., capítulo segundo.

⁴⁸ El lector debe tener presente que los análisis en torno a la ideología judicial están inscritos dentro de los estudios descriptivos de lo jurídico. En consecuencia, la constatación de la existencia de ideologías judiciales no significa *per se* la invalidez de teorías que pretenden controlar racionalmente el proceso judicial. Tampoco implica que las decisiones judiciales sean caprichosas, en tanto el juez está inscrito en dinámicas culturales y sociales que encauzan su acción y limitan de alguna manera las posibilidades de elección. Por tanto, los esfuerzos teóricos de Alexy para establecer controles racionales a la ponderación (ALEXY, *Teoría...*, op. cit., p. 157 y ss.), ponen de manifiesto la posibilidad real de que el

antiguos cambian de sentido. La interpretación constitucional requiere entonces un cambio idiomático fuerte, pues ni siquiera la cosa juzgada constitucional se interpreta de la misma manera que la cosa juzgada en el sistema tradicional continental, pues según la visión tradicional, en la cosa juzgada no habría lugar a revisión de una sentencia, pero según la Corte, un cambio del contexto político y de la propia justificación o fines de la norma permitiría que una norma declarada constitucional luego sea declarada inconstitucional. Es una mirada muy dinámica de la cosa juzgada en lo que toca a la propia Corte, que no opera en relación con los demás operadores judiciales que deben someterse bajo un principio jerárquico a los mandatos de la Corte Constitucional, viendo así en este caso concreto un ejemplo de estaticidad de la cosa juzgada constitucional (principio fundado en el artículo 243 de la constitución política colombiana)⁴⁹.

instrumento de aplicación se torne imposible como categoría racional [una exposición de las pretensiones de control racional a la ponderación en: MORESO, Juan José, Conflictos entre principios constitucionales. En CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 99-121]. Ver nota de pie de página N° 28.

⁴⁹ La discrecionalidad que predica la Corte Constitucional para consigo misma es puesta fuera de circulación teóricamente cuando toca a los demás jueces, ya sea porque fueron pensados estos últimos con modelos propios de seguridad jurídica entendida como «certeza de la ley» o porque la misma Corte Constitucional los atrapa en el concepto de «cosa juzgada constitucional». Esto explica la reiteración de la Corte Constitucional en esta temática. Son decenas las sentencias de esta Corte en el tema de la cosa juzgada constitucional, entre las que se destacan: A.005/92, C-416/92, T-597/92, A. 008/93, C-041/93, C-113/93, C-165/93, C-194/93, C-205/93, C-217/93, C-218/93, C-301/93, C-312/93, C-363/93, C-454/93, C-466/93, C-535/93, C-557/93, C-020/94, C-061/94, C-062/94, C-080/94, C-088/94, C-187/94, C-197/94, C-200/94, C-225/94, C-273/94, C-321/94, C-334/94, C-337/94, C-348/94, C-491/94, C-492/94, C-494/94, A. 043A/95, A. 052/95, C-397/95, C-540/95, C-009/96, C-010/96, C-035/96, C-037/96, C-048/96, C-071/96, C-096/96, C-115/96, C-117/96, C-120/96, C-121/96, C-128/96, C-219/96, C-227/96, C-228/96, C-230/96, C-326/96, C-327/96, C-361/96, C-427/96, C-630/96, C-688/96, A. 013/97, C-040/97, C-067/97, C-079/97, C-087/97, C-090/97, C-109/97, C-156/97, C-184/97, C-208/97, C-213/97, C-240/97, C-254/97, C-291/97, C-356/97, C-358/97, C-411/97, C-425/97, C-488/97, C-511/97, C-537/97, C-542/97, C-542/97, C-550/97, C-569/97, C-585/97, C-586/97, C-589/97, C-590/97, C-600/97, C-601/97, C-602/97, C-603/97, C-015/98, C-058/98, C-059/98, C-061/98, C-091/98, C-111/98, C-156/98, C-190/98, C-193/98, C-234/98, C-276/98, C-319/98, C-339/98, C-342/98, T-362/98, T-393/98, C-496/98, C-538/98, C-575/98, C-593/98, C-599/98, C-744/98, C-767/98, A.008/99, C-052/99, C-085/99, C-115/99, C-131/99, SU.047/99, SU.086/99, etc.

Ahora bien, no deja de mostrarse paradójico, por más que intenten justificarlo corrientes constitucionalistas contemporáneas, que el momento iusnaturalista implanta unos valores que luego vendrán a ser defendidos por medio de herramientas que recuerdan la exégesis. Esto sucede con la Corte Constitucional que, luego de defender la posibilidad de un iusnaturalismo axiológico, señala que sus decisiones son obligatorias

Luego de este breve pero crítico análisis de dicha sentencia, ya se tendría que hacer la pregunta de si la Corte en dicho texto defiende una jerarquía entre principios. En primer lugar, la misma Corte, en la sentencia aludida, deja claro que un principio constitucional expreso no puede ser desconocido por otro principio constitucional implícito o por un principio no constitucional⁵⁰. Con ello se estaría afirmando una prevalencia fundada en la positivización del escrito (el explícito sobre el implícito) o en un asunto topológico (el constitucional sobre el legal).

Con respecto a una prevalencia por un carácter de expreso, esto remite a la disputa de las cláusulas intangibles en la teoría general del derecho⁵¹. Si éstas existen (ya para la teoría general del derecho, ya para

para los demás jueces no sólo en su aspecto resolutivo, arguyendo razones similares a las de la exégesis. Guardando las debidas proporciones, en Colombia se pasó del modelo de subordinación a la ley por la subordinación a la jurisprudencia constitucional, que implica, por seguridad jurídica, la implantación de líneas jurisprudenciales claras, pero tal como lo demuestra una investigación anterior (BOTERO BERNAL, *La eficacia jurídica...*, op. cit., p. 33-54), la línea jurisprudencial constitucional colombiana (que limita la discrecionalidad judicial, en tanto se convierte en elemento ideológico) sólo se ha construido, en términos generales, en temas no relevantes para los medios de comunicación.

⁵⁰ «En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial» (Sentencia T-406 de 1992). Con este criterio topológico (propio de una concepción formal del derecho en tanto juzga a partir de la ubicación del mandato), no debería hablarse de jerarquía sino de prevalencia. Pero dado que esta postura no es compartida, por los motivos que a continuación se esbozarán, se considera válido seguir hablando de jerarquía entre principios.

⁵¹ En Colombia se ha aceptado su existencia en los términos que siguen: «Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP, art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma...» (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-551 de 2003).

un ordenamiento jurídico en concreto) y si son consideradas principios, se tendría que hay postulados normativos que no pueden ser modificados por el constituyente derivado o constituido, estableciéndose éstos en verdaderos jerarcas dentro del ordenamiento jurídico. Lo extraño es ver cómo las constituciones europeas, influenciadas por el ideal de denuncia a una tiranía de valores y de principios, terminan siendo defensoras de una jerarquía tan drástica (la de las cláusulas intangibles) como la que existió hace siglos con respecto al pretendido derecho divino (iusnaturalismo teológico).

En relación con la primacía del principio dependiendo de su ubicación formal, bien podría decirse que el neoconstitucionalismo no duda de que el principio constitucional (expreso o no), por su ubicación en la norma fundamental, tendrá prevalencia en cuanto a su imperatividad. Pero esto remite a una pregunta: ¿qué pasaría con el principio legal? Cabrían dos opciones en el campo teórico: una sería la de señalar que los principios de carácter infraconstitucional no gozan de la prevalencia del constitucional en tanto no son máximas de fundamentación de la comunidad política, con lo cual tendrían una jerarquía menor; pero una segunda opción sería la de considerar todos los principios, en tanto que se consideren fundamentales, como constitucionales, postura que ampliaría de tal manera la Constitución que sería difícil saber su contenido real en un momento concreto. Así, por ejemplo, el profesor Valencia dice: «Siempre he sostenido y lo continuaré haciendo que todos los principios son, cuando no formalmente, al menos materialmente constitucionales y, por ende, amparados por la supremacía constitucional. La apodíctica aseveración halla asidero en las dos definiciones más de principio (como proceso: valor fundamental, bilateral, social...; como resultado del proceso: norma fundamental e imperativa...), por cuanto todo lo fundamental e imperativo es constitucional y todo lo constitucional es fundamental e imperativo»⁵². Pero éstos no son los únicos textos que

⁵² Tomado de un correo electrónico fechado el 26 de septiembre de 2003. Las dos definiciones de principios a las que alude se encuentran en VALENCIA, *Nomodrquica...*, *op. cit.*, p. 246 y siguientes. No obstante, dice el profesor Valencia: «Ha de hacerse mucho hincapié en que los principios, a que se refiere el bloque de constitucionalidad, no son la totalidad de los mismos sino dentro de ellos los constitucionales o fundamentales que, como se verá más adelante (numerales 180 y 198), gozan de hiperimperatividad y conforman los principios generales del derecho por excelencia», *Ibid.*, p. 243. La lectura de este último párrafo indica que no todos los principios son constitucionales, por lo cual queda subsistiendo una jerarquía entre los principios a partir de su naturaleza constitucional o no, la cual es dada por su hiperimperatividad: «Por hiperimperatividad entendamos la superior imperatividad de que están dotados los principios generales de todos los ordenamientos frente a la inferior imperatividad o simplemente imperatividad

defienden, directamente en algunos casos (como Vigo⁵³), o en forma solapada en otros, la jerarquía entre los principios. Sin embargo, a pesar de esta disputa, lo que se juega en el fondo es la toma de una opción política: encauzar desde dentro del derecho al sistema estatal, con el fin de evitar que éste termine amenazando, consciente o inconscientemente, el ideal democrático tal como es entendido por los mismos gestores del discurso principialístico.

Ahora bien, ya aclarado el concepto de la Corte en relación con la jerarquía de los principios (que remite a una jerarquía fundada en la ubicación formal y lo expreso del principio), a partir de una de las sentencias hito, debe pasarse a indagar por otras posturas. Ya se dijo que la postura tradicional identificaba derecho con justicia, con lo cual este último era asimilado como el principio superior o jerarca del ordenamiento, todo lo cual dio lugar a un dogmatismo en la concepción de justicia, que solía atribuir cualidades absolutas y universales a esta virtud. Entre estas visiones dogmáticas se encuentran dos principalmente: el racionalismo y la teología, que no dejan de influir profundamente en la iusfilosofía, en especial en lo atinente al debate en torno a los principios generales del derecho. Resulta que la justicia ha estado asimilada, de tiempo atrás, con el derecho, cosa que queda patente con la lectura de los clásicos griegos (Heráclito con sus fragmentos⁵⁴, Platón en «La república» y «Las leyes», Aristóteles con «La política» y las éticas –fundamentalmente la ética nicomaquea–, Herodoto⁵⁵, entre otros) y latinos (Cicerón y la gran

de los principios generales de un dado ordenamiento, la cual no es más que una participación, derivación o aplicación de la primera» (*Ibid.*, p. 250).

⁵³ VIGO, Rodolfo Luis (2000). *Los principios jurídicos* (p. 87). Buenos Aires, Depalma.

⁵⁴ «El sol no transgredirá sus medidas. Si no las Erinias, auxiliares de Dike, sabrán descubrirlo». Heráclito (en la edición de ARAOS UZQUEDA, Juan, Hacia (desde) una lectura de los fragmentos de Heráclito. En *Yachay*, Cochamba, N° 17, año 10, Universidad Católica Boliviana (1993), p. 105). «Hay que apagar la desmesura más que un incendio» Heráclito (*Ibid.*, p. 100). Un análisis de la importancia de la justicia para Heráclito y la relación que éste hace con el fuego, medida de todas las cosas, en BOTERO BERNAL, Andrés (2000). Apuntes sencillos del fuego en el oscuro de Éfeso. *Revista Holística Jurídica*, Facultad de Derecho USB, N° 1, p. 157-193.

⁵⁵ Este protohistoriador relata la historia de Deyoces, quien se hizo con el poder de los medos, sirviéndose de la justicia en calidad de juez y luego de rey. «Los medos en su mismo pueblo, viendo su modo de proceder, le eligieron juez y él con la idea de apoderarse del mando se manifestó recto y justo. Granjeóse de esta manera no pequeña fama entre sus conciudadanos, de tal modo que, oyendo los de los otros pueblos que solamente Deyoces administraba bien la justicia, acudían a él gustosos de decidir sus pleitos todos los que habían sufrido sentencias injustas, hasta que por fin a ningún otro se confiaron ya los negocios... Al punto propusieron a quién alzar por rey y todos

totalidad de los jurisconsultos), que no dejaron de tener huella en el desarrollo del pensamiento jurídico posterior.

De esta manera, ya en la Alta Edad Media el derecho era asimilado a lo justo.

La Edad Media, en efecto, luchó por el derecho con una intensidad difícilmente comprensible para nuestra mentalidad. Tal intensidad y patetismo se debían a que... el derecho no era concebido como una creación de la voluntad racionalizada que la sociedad pudiera cambiar en función de su utilidad y conveniencia, sino como una realidad concreta que emergía espontáneamente y que era inseparable de la comunidad o de la persona misma. Por tanto, la defensa del derecho –no del derecho abstracto, sino de este derecho– se confundía con la defensa de la existencia de la comunidad o del honor de la persona (honor e ius eran, a veces, en el lenguaje del tiempo, palabras sinónimas); además, el vigor de la lucha por el derecho se acentuaba porque, como también se verá más adelante, no se sentía la oposición entre el derecho y la justicia, en razón de que el derecho tenía, de un lado, fundamento sacro y, de otro, era principalmente consuetudinario y, por tanto, justo si existía desde el tiempo viejo. A estas ideas típicas de la Alta Edad Media se opone desde el siglo XIII una nueva idea jurídica destinada a triunfar en la época moderna: la idea del derecho legal, que ha de justificarse constantemente por su adecuación a la ratio abstracta y a la justicia⁵⁶.

Y la oposición a estas ideas típicas se producen, fundamentalmente, con la idea tomista de *non videtur esse lex quae iusta non fuerit*⁵⁷, que exige una puesta en duda de la norma la cual sería resuelta de una confrontación con la justicia, con lo cual la norma deja de ser, por el mero hecho

proponían y elogiaban a Deyoces, hasta que convinieron en que fuese rey». HERODOTO, *Los nueve libros de la historia* (libro primero, parágrafo 96, p. 53). Antología de Natalia Palomar Pérez (1999). Trad. María Rosa Lida. Barcelona, Folio.

⁵⁶ GARCÍA - PELAYO, Manuel (1968). *Del mito y de la razón en el pensamiento político* (capítulo: «La idea medieval del Derecho», p. 65-66). Madrid, Revista de Occidente. Esta vinculación entre justicia y derecho imponía sobre el príncipe una exigencia en torno a interpretar la ruda equidad como guía de su acción (GROSSI, *L'ordine...*, op. cit., p. 94-98; VALLEJO, Jesús (1992). *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

⁵⁷ Esta sentencia es de San Agustín (I, *De Libero Arbitrio*, 5) y retomada por Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, Pr. XCV, Arts. 2, 4). Sin embargo, el sentido que le da uno y otro es bien diferente, pues para el primero hay identidad entre ley y justicia, mientras que para el segundo se trata de un juicio que debe hacerse sobre la norma para determinar su continuidad o no bajo el principado cristiano.

de su existencia, sinónimo de lo justo, y se acepta, en consecuencia, la posibilidad de una norma injusta pero que por este mismo hecho debe ser excluida del ordenamiento jurídico⁵⁸.

Por tanto, si la justicia era tenida como un valor natural superior dentro del derecho, bien puede decirse que constituye el eje de la estructura jurídica, cosa que no se ponía en duda hasta bien entrada la modernidad con sus pretensiones revolucionarias epistemológicas, de una parte (que impuso a mediano plazo la descalificación del valor dentro de la estructura jurídica, dando lugar al formalismo y al realismo jurídico), o liberales, de otra (que consideraron oportuno reemplazar la justicia como centro del derecho para poner en su lugar la libertad). Esta disputa, tal como se dijo con anterioridad, subsiste en la discusión que todavía se presencia en torno a los principios generales del derecho, y que bien se ha explicado en este trabajo.

Pero no fue unánime la defensa de la libertad como nuevo eje del edificio jurídico durante la Ilustración, puesto que la postura que identifica derecho con justicia y que, por ende, plantea una jerarquía del principio justicia como rector de lo jurídico, continúa en filósofos de la talla de David Hume, a pesar de las críticas que éste hace al dogmatismo. Hume, quien no duda en relacionar derecho con justicia, acorde con la tradición del pensamiento jurídico que llega a su época, sí toma partido en contra de las posturas que consideraban la justicia como algo natural y absoluto, en especial contra el racionalismo (o iusnaturalismo racionalista clásico) y la escolástica (iusnaturalismo teológico tomista) siendo, de esta forma, los blancos fundamentales de las argumentaciones del escocés cuando

⁵⁸ La pregunta por la definición del Derecho fue respondida a partir de la vinculación con la justicia. Esto motivó a Hart (HART, H.L.A. (1998). *El concepto de Derecho* (p. 9-10). Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo-Perrot) a indagar críticamente la relación entre derecho - justicia en su obra *The concept of law* (1961). Igualmente Luhmann se muestra perceptivo ante esta relación: «El derecho es internado en un rígido esquema de justo / injusto, como dos valores mutuamente excluyentes, lo que le permite al derecho generalizar y prever las experiencias de conflicto. El derecho antiguo se restringía a la previsión de conflicto, pero en la modernidad, el derecho se rebasa a sí mismo, para considerar como posibles conflictos circunstancias inéditas en las cuales nadie pensaría si no existiera el derecho, y las expectativas que de allí se siguen son declaradas como derecho» (LUHMANN, Niklas (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general* (p. 338). Barcelona, Anthropos; México, Universidad Iberoamericana; Bogotá, CEJA, Pontificia Universidad Javeriana). El interés de la teoría general del Derecho, así como de la iusfilosofía en torno a la justicia, son argumentos más a tener en cuenta cuando se habla de la importancia del valor justicia en la concepción misma del Derecho.

éste afirma que la justicia es un producto artificial con miras a lograr la utilidad pública, todo lo cual lo articula con la moral⁵⁹.

No obstante la fuerza de la tradición de la justicia (entendida de manera dogmática o artificial), con la irrupción del nuevo régimen se propuso la libertad como el nuevo valor central de lo jurídico, lo que suponía un descentramiento de un valor rector a otro, pero sin negar, en modo alguno, la postura sostenida de tiempo atrás de una jerarquía entre los principios (entre los *arche*). Y es contra esa jerarquía, ocupada por quien fuera, que se perfilan las posturas que reclamaron un proceso encauzador de los principios de la actividad estatal (como el neoconstitucionalismo). ¿Pero en qué consistieron estas críticas?

Como se dijo anteriormente, las críticas con la existencia de una jerarquía se reducen fundamentalmente a tres argumentos: la universalización del valor central (sea justicia o sea libertad), la tiranía del valor jerárquico que va en contra del ideal democrático y la consideración de que la justicia no es un principio sino sólo un valor.

Pero esta disputa jurídica se remonta a la axiología. Fue allí donde se criticó fuertemente una jerarquía de valores, y Hartmann, en su *Ethik*⁶⁰, fue quien denunció un fanatismo de la justicia. Esto lo retoma Zagrebelsky para afirmar la pluralidad de principios en contravía de una absolutización de uno de ellos que haga de los demás simples subsidiarios, lo que impone la necesidad de entender el derecho como una ciencia de la ponderación⁶¹. En pocas palabras, estas posturas lo que

⁵⁹ «De todo esto cabe deducir que no tenemos otro motivo real o universal de observancia de las leyes de la equidad que no sea la equidad misma y el mérito resultante de esa observancia; y como no hay acción que pueda ser justa o meritoria cuando no puede surgir de algún motivo separado, se produce aquí un evidente sofisma en círculo. Por consiguiente, a menos que admitamos que la naturaleza ha puesto como fundamento un sofisma, y lo ha impuesto como necesario e inevitable, deberemos conceder que el sentido de la justicia y la injusticia no se deriva de la naturaleza, sino que surge, de un modo artificial aunque necesario, de la educación y las convenciones humanas». HUME, David (1984). *Tratado de la Naturaleza Humana*, tomo III (p. 707). Trad. Félix Duque. Buenos Aires, Orbis. Igualmente, BOTERO BERNAL, Andrés (2005). Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial. En *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, volumen XVII.

⁶⁰ HARTMANN, N. (1926). *Ethik*. Berlín-Leipzig, W. de Gruyter. Citado por VALENCLIA, *Nomódrquica...*, *op. cit.*, p. 116.

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (p. 124-125). Trad. Marina Gascón. Madrid, Trotta.

señalan es que la democracia, en tanto pluralidad, no puede soportar un valor que se imponga a los demás en lo que tiene que ver con la fundamentación constitucional de la democracia misma, pues de hacerlo se caería en un contrasentido. Igualmente señalan que un valor entendido como mera abstracción formal, y basar en esto la supremacía del mismo, impondría una asimilación del mismo con la muerte y la destrucción (cuestión planteada por el propio Hartmann⁶²), dado que la sociedad había logrado una evolución al reconocimiento del valor con contenido concreto y material y allí radicaba la esencia del nuevo derecho que se impulsaba con posterioridad a la segunda guerra mundial⁶³.

Ahora bien, estas posturas que defienden la no jerarquía entre principios (mas no entre principio y regla) deben ser puestas en sospecha, primero por aquel salto que hacen de la axiología filosófica al campo jurídico, segundo, por la petición de principio que suponen, y tercero, por la negación que hacen de la historicidad de un concepto. Pero antes de entrar a estudiar los puntos de sospecha de estas posiciones principialísticas, es menester conocer la crítica que el ilustre profesor colombiano Valencia Restrepo les hace igualmente. Dice este académico que es posible defender una jerarquía de los principios (en este caso del principio justicia), primero, porque no se defiende una justicia en abstracto sino en concreto, y segundo, porque la justicia es la virtud misma *sic et simpliciter*⁶⁴.

A pesar de que Valencia pretenda defender la jerarquía de la justicia, como este trabajo, sus argumentos no son del todo convincentes, primero, porque responden a la crítica de la no jerarquía de la justicia afirmando la concretización del mismo, no aporta ni quita al tema que nos ocupa:

⁶² Kaufmann igualmente critica la abstracción del valor, y señala que los principios entre más concretos más contingentes. KAUFMANN, Arthur (1999). *Filosofía del Derecho* (2ª ed., p. 338). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

⁶³ Para Alexy, la «tiranía de los valores» sería fruto de establecer órdenes jerárquicos abstractos, y para Zagrebelsky, la abstracción del valor justicia conduciría a una tiranía del mismo en el mundo jurídico, todo lo cual tendría graves consecuencias. VALENCIA, *Nomódrquica...*, op. cit., p. 117.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 117-118. La propia Corte Constitucional colombiana expresa en la Sentencia T - 389 de 1999 que «las ideas de justicia y equidad que han alentado el propósito de todos los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia ya no descansan en la interpretación rígida de normas que inflexiblemente se enfrentan a ciertos hechos, sino en la articulación razonada de las distintas facetas de nuestra compleja realidad que esperan del derecho y sus instrumentos no una simple manera de hacer las cosas, sino una eficaz forma para resolver los conflictos y proteger los derechos de cada cual».

la jerarquía del valor; es más, termina aceptando como válida la crítica de Alexy y Zagrebelsky. Es decir, ontológicamente, la abstracción o la concretización de un valor no es una crítica o un apoyo a la jerarquía de un valor, simplemente lo que hace es poner en espacios - tiempos diferentes el discurso en uno u otro caso (no será la misma la forma como se ejerza la jerarquía si se afirma que para ser superior debe ser un valor abstracto –del mundo suprasensible– o histórico-cultural –más cercano a una propuesta aristotélica–). En segundo lugar, y muy a tono con lo acabado de señalar, indicar que el principio justicia es superior porque ésta es la virtud por excelencia, es poner en entredicho la primera afirmación: si la justicia deriva su jerarquía en su concreticidad, debe aceptarse que la justicia es un ente dinámico, y por ende afirmaciones tan absolutistas y universales como la de la justicia como la virtud por excelencia (que escapan a cualquier referente cultural concreto) serían contradictorias con la premisa. Además, si aceptamos la jerarquía de la justicia basada en la perfección de ésta como virtud, lo único que hace es remitir a una discusión (ésta sí mucho más abstracta) de por qué es la excelencia, la perfección misma.

Volviendo a los autores que denuncian la tiranía del valor justicia, se había dicho que presentan tres dificultades básicas: primero, el salto de la axiología filosófica a lo jurídico no puede hacerse como si una y otro no tuvieran tras de sí una estela histórica, un conocimiento acumulado que se llega a manifestar en las representaciones colectivas que se tienen tanto de la justicia como del derecho. Estos saltos, estas trasposiciones, no pueden ser ligeras, y no sólo porque valor y principio, si bien están conectados, no son lo mismo (cosa que comparte la mayoría del neoius-naturalismo principialístico, pues, entre otras razones, afirmar la identidad absoluta entre uno y otro supondría señalar que todo valor sería principio del derecho, asunto que no puede ser en tanto hay valores que son indiferentes para el derecho), sino, además, porque las cargas y la historicidad de uno y otro hacen que existan diferencias en la forma de observar en el «mundo de la vida» los valores y los principios (o sea, la distancia no es sólo entre los objetos de estudio –valores y principios– sino también en la forma de ser observados por parte de la axiología y del mundo jurídico). Si bien son posibles estos juegos interdisciplinarios, ellos no pueden hacerse desconociendo la historicidad de los conceptos puestos en el debate que atraviesa la frontera disciplinaria, pues de lo contrario, con el nombre de «interdiscipliniedad» lo único que termina haciéndose es unidiscipliniedad (transposición de un concepto en una disciplina en otra, sin diálogo alguno), que es lo que se observa en los que critican la jerarquía entre principios, pues ignoran, de un lado,

cómo el derecho estuvo anclado en torno a concepciones de justicia y, de otro, el desarrollo académico dado de las relaciones entre ambos. Otra deficiencia de este planteamiento es la petición de principio que supone en tanto si se dice que la jerarquía del valor justicia implica un atentado contra la pluralidad de valores en la democracia, lo que se hace es poner el valor de la pluralidad como central y jerárquicamente superior, con lo cual se encontraría el hombre frente a una tiranía del pluralismo (en este caso axiológico) en vez de una tiranía de la justicia. Como tercer aspecto en sospecha está que estas posturas terminan negando la historicidad (no la historia entendida como la descripción de sucesos) y la culturalidad de la justicia y del derecho mismo, con lo cual pretenden una reificación de las teorías (creyendo que éstas son la realidad social, olvidando que son sólo un elemento más en lo cotidiano), asunto que se explicará inmediatamente.

Dado que se comparte que la justicia es un valor que debe ser referido a parámetros socioculturales (lo que supone una defensa de la justicia como valor concreto, en tanto la abstracción del valor lo reduce a su anquilosamiento en tanto se escapa de lo humano⁶⁵), debe indagarse entonces por la fundamentación de la justicia en estos marcos humanos que se construyen con el tiempo, y este fundamento no es otro que la historicidad de la misma. La reivindicación de la realidad de la historicidad al momento de leer el mundo se debe especialmente a Heidegger, quien recuerda la necesidad de considerar el concepto en su dimensión histórica⁶⁶, para que ésta oriente en el camino adecuado de la pregunta

⁶⁵ La crítica a los conceptos absolutos y abstractos, denominados por esta obra como metafísicos, está en BOTERO BERNAL, *El papel...*, *op. cit.*, p. 9-33. Además, al reconocer la historicidad y la socialidad del valor se da respuesta a la siguiente crítica. Se ha dicho que aceptar la concreción (socialidad) de los valores supondría aceptar como válido el Holocausto nazi, pues dicha acción podría ser considerada justa en un momento concreto, pero tal como aquí se afirma, lo concreto no niega la historicidad, por lo que desde el desarrollo histórico de lo justo no podría aceptarse dicha matanza. En conclusión, no se trata solamente de lo que es válido en un aquí y un ahora, sino también de cara a la historicidad (que remite igualmente a las luchas humanas en torno al reconocimiento de ese valor, así como de los derechos humanos: BOBBIO, *L'età...*, *op. cit.*, p. VII-XX), con lo que uno (socialidad) y otro (historicidad) corrigen sus falencias de manera recíproca.

⁶⁶ La historicidad no es hacer historia del pensamiento a partir del prejuicio presente, sino un reconocimiento de la historia hecha acción presente, con su carga original pero dinámica. En consecuencia, «hacer historia del pensamiento no puede ser nunca una forma satisfecha de complicidad con los modos presentes de pensamiento, y convertirse así en mera legitimación de la razón (moderna)». (Tomado de Miguel Morey, en FOUCAULT, *Tecnologías...*, *op. cit.*, p. 10-11).

planteada⁶⁷, asunto que fue respaldado por las dos líneas de pensamiento que se desprenden del filósofo alemán como los neonietzscheanos franceses (Foucault⁶⁸, Derrida, etc.) y los hermenéuticos alemanes (Gadamer, Habermas, entre otros), todo lo cual lleva a afirmar que la definición y la puesta en escena de un objeto histórico (como el derecho y la justicia) sólo puede intentarse bajo la luz de lo que fue, sin que esto implique un determinismo histórico, pues el reconocimiento de la historicidad no supone (por el principio del azar y de la incertidumbre, propio de la teoría de sistemas) un conocimiento inexorable del futuro (aunque sí permitirá juicios probabilísticos)⁶⁹.

La historicidad (un pasado que se vuelve presente, actuante, en culturas concretas) del derecho y de la justicia se entroncan en múltiples oportunidades, y no sólo por el uso del lenguaje (la puesta en el lenguaje de estos conceptos implica procesos de construcción de la palabra que remite al tiempo) sino además por la carga cultural que suponen estos dos. Esto permite aseverar que la justicia (más que la libertad, que no ha logrado tal preeminencia histórica) no sólo rige con jerarquía por costumbre jurídica (cosa que no puede negarse, en tanto se puede dar en concreto una convicción de que lo justo es derecho y una práctica social en tal sentido), sino que la sobrepasa. Es decir, si se sostiene que la justicia es jerárquicamente superior sólo porque en sociedades en concreto (cosa que puede ser verificada fácilmente a lo largo de la

⁶⁷ Ante la pregunta se debe entrar a ella para direccionar un camino que introduzca en el concepto que como tal es histórico. De esta forma, debemos colocar la pregunta en un camino claramente orientado ¿y cuál puede ser? Inicialmente tomando en consideración la historicidad misma del prejuicio con la que se lee la pregunta. Esto lo señaló Heidegger en su famoso ensayo titulado *Qu'est-ce que la philosophie?* (existe una edición en español: HEIDEGGER, M. (2004). *¿Qué es la filosofía?* Trad. Jesús Adrián Escudero. Barcelona, Herder).

⁶⁸ «Mostrar las determinaciones históricas de lo que somos es mostrar lo que hay que hacer»: crear libertad (Foucault, citado por Morey, en FOUCAULT, *Tecnologías...*, *op. cit.*, p. 44).

⁶⁹ La historia en ningún momento rechaza el azar; es más, el azar conforma lo que se tiene por historia. Karl Popper, criticando las posiciones deterministas e historicistas, dedica una de sus obras en estos términos: «En memoria de los incontables hombres y mujeres de todos los credos, naciones o razas que cayeron víctimas de la creencia fascista y comunista en las Leyes Inexorables del Destino Humano». POPPER, Karl (1996). *La miseria del historicismo*. Madrid Alianza Editorial. Además, la historia no está ajena a la contradicción (al igual que los imaginarios sociales). «La contradicción de actuar sobre dos principios opuestos, por mucho que exaspere al alma del filósofo, raramente perturba al hombre vulgar; por el contrario, pocas veces se da cuenta de ello: su fin es actuar, no analizar los motivos de su acción». FRAZER, J.G. (2001). *La rama dorada*. Trad. Elizabeth y Tadeo I. Campuzano. Madrid, Fondo de Cultura Económica.

historia de la sociedad occidental) es una costumbre sería caer en un círculo vicioso: si el fundamento deontológico del derecho es el principio de justicia, y siendo la costumbre una fuente formal del derecho y, por ende, fundamentada por la justicia, ¿cómo puede ser la fundamentada (la costumbre) fundamento de su fundamento? No obstante, la costumbre da fuerza a la juridicidad de la justicia, pero la justicia se perfila en nuestras sociedades como fundamento por algo que va más allá de lo consuetudinario: la historicidad y la culturalidad tanto de este valor como del derecho mismo, en tanto han sido asimilados, comunicados, entroncados constantemente, siendo soporte de imaginarios sociales y representaciones colectivas construidos en espacios de tiempo prolongados⁷⁰. Un principio no gana o pierde jerarquía, ni muchos menos, todos los principios adquieren igual fuerza por el simple dictamen de un pensador o de una escuela jurídica, pues eso sería un reduccionismo impredecible. La jerarquía de un principio o la pluralidad de los mismos debe rastrearse además por fuera de las escuelas, y a esto es lo que se remite con el concepto de historicidad, que supone no sólo una toma en conciencia de la historia de los conceptos en el juego social (justicia y derecho), que no pueden ser desechados por simple ideología del doctrinante, sino también una indagación sociocultural en torno a la construcción de sus imaginarios sociales y representaciones colectivas (que en occidente siguen evidenciando la fuerte relación entre justicia y derecho⁷¹, cosa patente con la similitud que en lenguaje común se tratan ambos conceptos, por citar un solo caso). Allí está la clave para afirmar la jerarquía del principio de justicia en el mundo de la vida jurídico, que supone igualmente un lucha por arrebatarse a la doctrina jurídica el monopolio que ésta ha querido construir en torno suyo de definir qué es y qué no es derecho, de señalar qué debe ser jerárquicamente superior y qué no en lo jurídico (el cambio de encantamiento del que se habló atrás y que lo único que hace es minar la legitimidad misma del discurso principialístico en tanto lo ata a mensajes salvíficos).

Pero una vez hechas estas consideraciones debe dedicarse algún aparte a las críticas que se hacen a la justicia como principio, que antes se había reseñado como una tercera postura que critica una jerarquía de principios, en este caso del principio justicia. Si se señala que la justicia no

⁷⁰ A manera de ejemplo, en una investigación recién finalizada en torno a la concepción de justicia en David Hume, se encontró cómo el *Common Law* del XVIII identifica derecho con justicia. Cfr. BOTERO BERNAL, *Una aproximación...*, op. cit.

⁷¹ *Ibid.*

es un principio sino sólo un valor, mal podría hablarse de una jerarquía del principio de justicia, aunque nada obsta para afirmar una supremacía de la justicia entendida como valor⁷². En este trabajo, en cambio, se sostiene que la justicia además de ser un valor es un principio, con lo que el valor al tocar la esfera jurídica se comporta, por su fuerza histórica y cultural, como mandato del derecho, lo cual encuentra argumentos tanto desde las propuestas funcionalistas como las estructuralistas de la Teoría General del Derecho⁷³. Analizando el derecho desde una postura estructuralista - normativista (que no niegue, claro está, las correcciones hechas por el trialismo jurídico, por ejemplo), el derecho para ser tal requerirá una doble condición: un deber ser lógico, en tanto vigencia formal, y un deber ser axiológico, en cuanto el derecho siempre supondrá una valoración por parte del creador y del aplicador de la norma (siendo esto último también un asunto lógico). En este caso, el deber ser lógico en tanto vigencia formal ha sido asociado por las mismas escuelas normativistas puras al valor justicia (justo es lo expresado mediante norma escrita), postura que debe ser corregida en atención a que existe un deber ser axiológico donde se predica que no siempre la norma vigente es justa, pero que el juicio de justicia en el campo jurídico parte de una presunción de justicia de la norma vigente, presunción que puede ser desmontada según los propios parámetros argumentativos usados por la justicia concreta (histórica y cultural), lográndose así una relativa armonía entre la exigencia de vigencia formal con la jerarquía de la justicia dentro del ordenamiento. Desde esta perspectiva, la justicia en tanto orden axiológico no puede ser confundida con la legalidad

⁷² Por ejemplo, Carlos Cossio considera la justicia el valor supremo y más fundado, antecedido en su orden por: Orden, Seguridad, Paz, Poder, Cooperación, Solidaridad, y por último, como el valor más fundado y supremo. Para el argentino, la Justicia es el valor menos fundante, y el orden es el más fundante en su clasificación. Es decir, sin los demás valores no se podría dar la justicia positiva. COSSIO, Carlos (1954). *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho* (p. 83-97). Buenos Aires, Arayú.

⁷³ Tanto bajo la lógica de conjuntos, así como en la teoría sistémica, es posible hablar de la justicia como valor y principio. En teoría de conjuntos, bien podría decirse que un elemento del conjunto A puede pertenecer al mismo tiempo al conjunto B, sin que ello implique necesariamente que el elemento pierda sus connotaciones que lo vinculan a uno o a otro. Desde la teoría sistémica, es viable la consideración de elementos que participan en la configuración de varios sistemas, aportando / recibiendo en cada uno de ellos las mismas o diferentes propiedades. Obviamente, dos o más conjuntos / sistemas no pierden su identidad por el hecho de compartir elementos, con lo cual no creemos que los principios son iguales a los valores cuando sostenemos que la justicia hace parte de ambos órdenes.

(orden lógico de validez)⁷⁴, con lo que la norma escrita puede entrar en conflicto con la justicia. Con base en este conflicto queda demostrada una manera de injerencia de la justicia en el derecho.

Ya desde una visión realista - funcionalista del derecho (una visión que le interesa el estudio del derecho como hecho, como realidad viviente), la justicia, por su condición histórica y carga cultural (que se manifiestan socialmente), llega a perfilarse como principio cuando toca con lo jurídico en tanto presenta contenidos concretos que prescribe, en tanto norma que es, que el «derecho debe ser justo». Es así como el valor justicia, que existe en tanto concepto histórico con carga cultural, al momento de conectarse con lo jurídico toma además la condición de principio, pues ordena la justicia del sistema. Y de la misma manera como la ineficacia de la ley no supone *ipso facto* la pérdida de vigencia de la misma, el que exista una norma injusta no significa que la justicia no es principio, pues un elemento fundamental de todo lo jurídico es la posibilidad de ser incumplido el mandato. Pero no se puede confundir la afirmación de que el principio de justicia ha sido ineficaz con el señalamiento de que una cultura histórica no ha considerado como obligatorio que su derecho debe ser justo. En el primer caso estamos frente a estudios de vigencia - eficacia que en el caso en concreto sólo pondrían en duda la existencia de la justicia como principio si logran que el fundamento histórico y cultural del mismo desaparezca. En el segundo caso, lo que se señala de entrada es que en una cultura determinada (que está conformada fundamentalmente por su historicidad en movimiento) la justicia no hace parte de lo jurídico, cosa que no puede creerse en lo que atañe a la tradición occidental.

En consecuencia, afirmar que la justicia no es un principio sino sólo un valor, es un discurso sin fundamento lógico (pues la justicia puede tomar forma como norma: «el derecho debe ser justo»), axiológico (el que sea un valor no impide por sí el que sea un principio, máxime que es el valor que histórica y culturalmente ha guiado y guía como idealidad axiológica el derecho mismo), y real (el discurso de la justicia es mucho más real y concreto en nuestras sociedades que el interés político de una escuela jurídica o de un operador judicial –que si bien hacen parte de las sociedades, no tienen el monopolio de lo que es concebido en el

⁷⁴ Enseñanza que viene desde Santo Tomás de Aquino. Igualmente Aftalión, a partir de un estudio de los juicios de Nuremberg a los jefes nazis, recuerda que no puede confundirse justicia con legalidad. AFTALIÓN, Enrique (1975). *Introducción al Derecho. Valoración Jurídica*. La Justicia (2ª ed., p. 493). Buenos Aires, Abeledo Perrot.

«mundo de la vida» por derecho—). Ahora bien, señalar, además, que no puede ser un principio, puesto que por sí sólo no puede resolver un caso concreto, siendo sólo una guía del juez (al fallar) o del legislador (al crear la norma general), es algo que no se comparte en este trabajo, primero, porque sí ha habido casos en la historia y en diversas culturas donde la justicia por sí sola resuelve casos jurídicos, como sería aquél donde el juez se pregunta sólo lo justo y con base en ese baremo fija su posición (jurisdicción en equidad⁷⁵); y segundo, porque el hecho de que un principio llame a otras normas jurídicas para la resolución de un conflicto jurídico no implica que el llamante deje de ser norma, antes bien, esto puede ser lo justo, con lo cual se reafirma la justicia como principio en tanto prescribe y ordena el llamamiento de otras normas que acudiendo dejan en evidencia la jerarquía del primero (y sólo podrían acudir si hay alguna naturaleza compartida, que en este caso es la jurídica).

Ya para finalizar debe indicarse que no ha faltado quien señale que la justicia no es un principio, siendo sólo la equidad el componente jurídico del mismo. En este trabajo se ha tomado la equidad en su sentido tradicional: la concreción de la justicia en el caso concreto, pero el reconocimiento de la equidad como cosa jurídica ¿por qué ha de implicar que la justicia deja de ser un principio? ¿Es que acaso la causa no puede compartir la misma naturaleza jurídica del efecto? La justicia es principio en tanto la historia y la cultura señalan que el derecho debe ser justo. La equidad será un efecto jurídico, al igual que otros, de dicho principio.

CONCLUSIONES

Este escrito no tiene otra intención que poner en evidencia que el discurso principialístico en el mundo jurídico tiene fuertes connotaciones políticas, reemplazando otras herramientas liberales de encauzamiento

⁷⁵ ¿El fallo en equidad es parte del ordenamiento jurídico? Creemos que sí, incluso desde lo teórico - jurídico, siendo éstas las razones que nos motivan a afirmar lo dicho: primero, porque es una opción dada por el propio sistema normativo (art. 38 del Código de Procedimiento Civil), segundo, porque se le atribuyen consecuencias jurídicas (como lo es el de resolver la litis), tercero, porque es obligatorio para quienes así lo acuerden (piénsese en una cláusula compromisoria donde dos contratantes acuerdan someter sus problemas a un fallo en equidad, con lo que su acuerdo fija como obligatorio dicho procedimiento), y cuarto, porque son coercibles (si las partes acuerdan resolver un litigio con esta potestad, no podrán negarse al cumplimiento del fallo alegando que éste no fue en Derecho). Súmese que para el hombre de la calle (el mundo de la vida) dicho fallo, al ser emitido por un juez (quien tiene una fuerte carga representativa del derecho), es algo jurídico.

democrático como lo fue la exégesis. Esta última, generadora por lo menos en América Latina de un formalismo-formulismo extremo, fue el marco conceptual de canalización de la democracia según el ideal liberal del XVIII y del XIX, pero ante las experiencias antidemocráticas vividas en los órganos estatales supuestamente democráticos del siglo XX, surgió la búsqueda de encauzadores tanto del Estado como del derecho, ya sea por medios extra o intrajurídicos. Dentro de las opciones encauzadoras posibles, el recurrir a los principios ofrece múltiples ventajas, por lo cual buena parte del sector doctrinario se abalanzó en considerarlos como los salvadores de lo jurídico, que padece del formalismo-formulismo⁷⁶.

Pero esta misma concepción salvífica y la extremada vaguedad poética con que ahora se alude a los principios puede amenazar con la supervivencia de esta propuesta teórica, en tanto, hay que advertirlo, el tema de la jerarquía de los principios sobre las reglas y de los principios entre sí está lejos de ser claro y real (en el sentido de que un discurso teórico si bien se mueve en la realidad social, pudiendo interferir en ella, no la agota) en tanto se ha apartado de la historicidad (que remite a la concepción social) del derecho y de la justicia misma. Entonces, ¿cómo subordinar (allí el problema de la jerarquía) el derecho a discursos tan inciertos? Esta pregunta, que plantea en su fondo una inquietud por la defensa de la democracia en el siglo XXI, termina siendo el dilema que debe enfrentar el abogado que se autocalifique de principialístico.

Se quiso poner de esta manera en evidencia cómo el tema de los principios es algo que adquiere la forma que el doctrinante que los escribe desea que tengan, lo que termina por accionar discursos de saber-poder-decir qué es el derecho. En consecuencia, ciertos pensadores con

⁷⁶ En una intervención académica en el 2004, un destacado profesor colombiano de Teoría General del Derecho, profundo defensor del iusnaturalismo principialístico, respondió ante esta crítica de la siguiente manera: Sí, nuestro discurso es salvífico, siendo el contexto el que determina el que se tome dicho discurso, pero si el contexto se modifica no tendríamos problema en cambiar el discurso salvífico por algún otro. Esta sentencia pone en entredicho el mismo fundamento del principialismo que dicha escuela ha pretendido construir, pues está subordinando el valor del discurso principial a su eficacia política (a los hechos), con lo cual los principios no tendrían fundamento más allá de la mera contingencia y del mero interés ideológico del académico y del operador. Discursos como éste lo que provocarán será el desmoronamiento del discurso principial para ser reemplazado por otro discurso salvífico, en un círculo vicioso que se acerca más a juegos de moda. El discurso principial debe ser fundado en elemento más concretos, de manera tal que pueda romper el círculo vicioso y, a su vez, permitir ejercicios más reales de seguridad jurídica.

una idea propia de los principios terminan siendo hitos en el transcurrir jurisprudencial colombiano, reafirmando que el dilema de los principios, por la cuestión de fondo que le subyace (defensa de la democracia), es fruto de especulaciones (que se enfrentan en un campo teórico) del autor y luego del lector. De esta forma, Alexy interpretará los principios de una manera particular, suponiendo jerarquías (a pesar de negarlas), y al ser este autor leído por nuestros magistrados es re-creado de manera tal que la concepción de principios en el nuevo derecho constitucional colombiano termina siendo una imagen algo extraña a su fuente original, pero no dejará de ser un asunto que llega al derecho por la fuerza del poder-decir de un magistrado, de una corporación judicial, de un autor reconocido en el mundo académico, etc.

Por ello se afirma aquí que el discurso principialístico está atravesado, desde su inicio hasta el fin, de pretensiones políticas. De un lado, la de aquellos neoiusnaturalistas que lo ven como el encauzador del Estado para la consecución de la tan anhelada democracia, y de otro lado, de la actividad de poder-saber-decir lo que es un principio (por fuera de su historicidad y culturalidad).

Pero como la historia es dinámica, pasará poco tiempo antes de que el discurso principialístico ahistórico y acultural del neoiusnaturalismo principialístico sea revaluado, como lo fue la exégesis, tan alabada en su momento (siendo probable que emerja en ese momento otra propuesta de mero encantamiento, con pretensiones simbólicas encauzadoras)⁷⁷. Sin embargo, la historia misma recordará a próximas generaciones, así como lo recuerda a la actual, que el derecho una vez fue sinónimo de justicia, para algunos, y de libertad, para otros; con lo que podría decirse que lo dinámico del tiempo termina siendo la única garantía de existencia en lo real/cotidiano del discurso del principio supremo (la historicidad y la culturalidad como posible fundamento de una jerarquía dentro del derecho).

⁷⁷ Parafraseando a Montesquieu, podría decirse que las sociedades perecen ~cambian~ por la exageración de sus principios (algo similar expone Cortazar: «Lo peor es ver cómo las grandes ideas –democracia, moral, etcétera; fascismo, poderío, etcétera– no sólo condicionan la circunstancia inmediata del hombre, sino que lo inducen a escamotearla, a sacrificar el pequeño círculo al grande. Cuando se piensa en la Música, malo para las pobres músicas» [CORTAZAR, Julio (2004). *Diario de Andrés Fava* (p. 81). Buenos Aires, Punto de lectura]. Así, la radicalización de una idea (cuando no se está ya dispuesto a seguir sacrificando el pequeño círculo a favor del grande) o la exageración de una propuesta político-jurídica conlleva a su cambio.

Esta idea (la historicidad y la culturalidad como explicación de la jerarquía de la justicia) supone una crítica a las concepciones teóricas que pretenden justificar principios o valores supremos a partir de cuestiones ontológicas ajenas a comprensiones históricas y socioculturales. Si existe un fundamento en el «mundo de la vida» de la justicia como un valor superior, éste se encuentra en la historicidad (históricamente el concepto de justicia ha encauzado lo jurídico, por ejemplo) y en la culturalidad (la representación colectiva asocia justicia y derecho, incluso hoy día), y no en concepciones que pretenden fundar en eternos misterios dicha primacía. Pero el reconocimiento de la historicidad y de la culturalidad del concepto en nada desmiente la tesis que se ha planteado en este escrito en el sentido de ver cómo lo político atraviesa el discurso principialístico en la actualidad. Además, fundar el principio en la historicidad es menos subjetivo (aunque no es del todo objetivo) y vago que las pretendidas afirmaciones que desean ver valores absolutos *a priori*.

Entonces, el discurso principialístico tal como se ha desarrollado hasta el momento (aquél mismo que critica toda jerarquía dentro de los principios) es fundamentalmente una estrategia política de supervivencia del ideal democrático, re-creada por hombres y mujeres con poder-saber-decir qué son estos postulados, quienes juzgan muchas veces por fuera del reconocimiento de la historia y de las construcciones sociales de los conceptos utilizados. Pero este discurso que se vende como nuevo encantamiento del derecho no es, de ninguna manera, la panacea del discurso jurídico, ni la realización del espíritu absoluto de Occidente. Es, como se dijo, un discurso que hoy día se torna en estrategia de control de las escuelas jurídicas sobre su ideal de lo que es y debe ser una democracia.

REFERENCIAS

- AFTALIÓN, Enrique (1975). *Introducción al Derecho. Valoración Jurídica. La Justicia* (2ª ed.). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- ALNASIR, Samer (2003). *Échange Radical au Système Juridique espagnol*, documentos de investigación de la Academia Europea de Teoría del Derecho.
- La producción normativo-constitucional en la americanización del ordenamiento jurídico español. En *Portal jurídico de Iraq*, edición N° V/03, <http://www.iraqgate.net/lawgate/same12033.doc>
- (2003). «Radical Change in Spanish Legal System», contribución al XXI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. Lund (Suecia).
- (2003). «A radical change in Spanish legal system». En NERGELIUS *et al.*, *Form and Substance in Contemporary Constitutionalism*, tomo II, *For a Law Without Borders*. Lund (Suecia).

- Alexy, Robert (1994). *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, Gedisa.
- (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARANGO, Rodolfo (2003). Incidencia del iusnaturalismo en el derecho constitucional moderno. En N.A. Gil (comp.). *Filosofía del derecho y filosofía social: memorias del I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (p. 115-126). Medellín, Señal editora.
- ARAOS UZQUEDA Juan (1993). Hacia (desde) una lectura de los fragmentos de Heráclito. *Yachay*. Cochamba, N° 17, año 10, Universidad Católica Boliviana.
- BERIAIN, Josetxo (1990). *Representaciones colectivas y proyecto de modernidad*. Barcelona, Anthropos.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BIDART CAMPOS Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Editora comercial, industrial y financiera.
- BIRULÉS, Fina (1999). Responsabilidad política. Reflexiones en torno a la acción y la memoria. En M. Cruz y R.R. Aramayo (coords.). *El reparto de la acción: ensayos en torno a la responsabilidad* (p. 141-152). Madrid, Trotta.
- BOBBIO, Norberto (1990). *L'età dei diritti*. Torino, Einaudi.
- BOTERO BERNAL, Andrés (2000). Apuntes sencillos del fuego en el oscuro de Éfeso. *Revista Holística Jurídica*, Facultad de Derecho USB, N° 1, p. 157-193.
- (2004). Breve recuento iushistórico de Al-Andalus (en castellano con resumen en árabe y en francés) [En línea]. *Revista Iuri Euro Arab*, N° 1 <http://www.iraqgate.net/lawgate/index.htm>
- (2003). *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín, Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis.
- (2002). *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro*. Medellín, Editorial USB.
- (2003). La eficacia jurídica, la seguridad jurídica y la Corte Constitucional colombiana. En A. Botero Bernal y S.I. Estrada Vélez (comp.). *Temas de Filosofía del Derecho: homenaje a Alberto Vélez Rodríguez*. Medellín, Señal editora y Universidad de Medellín.
- (2002). La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología. *Revista de Derecho Penal*, N° 32 (agosto – septiembre).
- (2003, 24 de octubre). Ponencia en el Primer Seminario Internacional de Teoría General del Derecho: Principios Jurídicos, denominada «El discurso principialístico como discurso político en el Estado Social y Democrático de Derecho». Medellín, Universidad de Medellín.
- (2005). Una aproximación histórico-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, la propiedad y lo judicial. En *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, volumen XVII.
- CARBONELL, Miguel (ed.) (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.
- CARRILLO GARCÍA, Yoel y MONDELO GARCÍA, Walter (2003). EL PAN CONTRA EL ESPÍRITU: Una lectura del pensamiento jurídico cubano. En A. Botero Bernal y S.I.

- ESTRADA VÉLEZ (comp.). *Temas de Filosofía del Derecho: homenaje a Alberto Vélez Rodríguez*. Medellín, Universidad de Medellín y Señal Editora.
- CORTAZAR, Julio (2004). *Diario de Andrés Fava*. Buenos Aires, Punto de lectura.
- COSSIO, Carlos (1954). *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires, Arayú.
- DÍAZ, Esther (1998) ¿Qué es el imaginario social? En E. DÍAZ (ed.). *La ciencia y el imaginario social* (p. 13-21). Buenos Aires.
- ECHEVERRI HERNÁNDEZ Vitalino, José (2004). Cultura y sociedad. En A. BOTERO BERNAL (ed.). *Naturaleza y cultura: una mirada interdisciplinaria* (p. 15-25). Medellín, Biogénesis.
- ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván (2000). *La excepción de principialidad*. Bogotá, Temis.
- (2003). Seguridad jurídica y discrecionalidad. En A. BOTERO BERNAL y S.I. ESTRADA VÉLEZ (comp.). *Temas de Filosofía del Derecho, op. cit.*
- FOUCAULT, M. (1984). *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. Trad. Elsa Cecilia Frost. Barcelona, Planeta-Agostini.
- (1992). *M. Microfísica del poder* (3ª ed.). Madrid, La Piqueta.
- (1996). *Tecnologías del yo*. Trad. Mercedes Allendesalazar. Barcelona, Paidós-I.C.E.
- (1990). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (18ª ed.). Trad. Aurelio Garzón del Camino. México, Siglo XXI.
- FRAZER, J.G. (2001). *La rama dorada*. Trad. Elizabeth y Tadeo I. Campuzano. Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA - PELAYO, Manuel (1968). *Del mito y de la razón en el pensamiento político*. Madrid, Revista de Occidente.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2003). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. En *Precedente: Anuario jurídico*. Universidad Icesi.
- GROSSI, Paolo (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma - Bari, Laterza.
- (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta.
- GUASTINI, Ricardo (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. CARBONELL (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (p. 49-73). Madrid, Trotta.
- HART, H.L.A. (1998). *El concepto de Derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Abeledo- Perrot.
- HARTMANN, N. (1926). *Ethik*. Berlín-Leipzig, W. de Gruyter.
- HEIDEGGER, M. (2004) *¿Qué es la filosofía?* Trad. Jesús Adrián Escudero. Barcelona, Herder.
- HERODOTO, *Los nueve libros de la historia*. Antología de Natalia Palomar Pérez (1999). Trad. María Rosa Lida. Barcelona, Folio.
- HUME, David (1984). *Tratado de la Naturaleza Humana*. Trad. Félix Duque. Buenos Aires, Orbis.
- JONAS, H. (1994). *El principio de responsabilidad*. Barcelona, Círculo de lectores.
- KAUFMANN, Arthur (1999). *Filosofía del Derecho* (2ª ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2004). *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional.
- LÓPEZRUF, Pablo (2002). ¿Puede calificarse de iusnaturalista la teoría de Dworkin? En *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, año II, N° 2, p. 223-233.
- LUHMANN, Niklas (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Anthropos; México, Universidad Iberoamericana; Bogotá, CEJA, Pontificia Universidad Javeriana.
- DE MERCADO, Tomás (1975). *Suma de Tratos y Contratos*. Madrid, Editora Nacional.
- PLAZAS VEGA, Mauricio (1998). *Del realismo al trialismo jurídico*. Bogotá, Temis.
- POPPER, Karl (1996). *La miseria del historicismo*. Madrid, Alianza Editorial.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho* (2ª ed.). Bogotá, Temis.
- VALLEJO, Jesús (1992). *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- VIGO, Rodolfo Luis (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires, Depalma.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Trotta.