

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: MANIFESTACIÓN POSITIVA DE
LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (SISTEMA JURÍDICO
COLOMBIANO: DERECHO EN PARTE NATURAL Y EN PARTE
POSITIVO) ***

por Claudia Helena Forero Forero **

La presente investigación versa principalmente sobre la viabilidad de demostrar que los principios constitucionales consagrados en la actual Constitución Colombiana son una manifestación positiva de los principios generales del derecho, a partir de lo cual podrá concluirse que el derecho es en parte natural y en parte positivo, todo desde el ámbito del propio ordenamiento constitucional colombiano, haciendo énfasis en la imperatividad de la ley y la función de los principios generales del derecho, a partir del artículo 230 de la Constitución Política Colombiana.

Esta investigación se desarrolla en un ámbito estrictamente teórico por lo que sus resultados podrán constituirse en basamento práctico en el momento de la actuación jurisprudencial como acto propio de decir el derecho y con ello podrá asimismo, obrarse conforme a la virtud de la Justicia.

Es de destacar la importancia de la investigación teórica ya que tiene un valor intrínseco en cuanto que permite al estudiante que a ella se enfrenta, iniciarse en el desarrollo de la virtud de la ciencia, fin primordial de la formación universitaria, que se logra únicamente enfrentando el trabajo especulativo o raciocinio a nivel teórico.

Este trabajo que implica tal ejercicio especulativo en quien lo realiza a través de la organización de ideas, relación de conceptos, y juicios y en la derivación rigurosa de conclusiones, se constituye en un material de apoyo para otros estudiantes, como ejemplo de trabajo especulativo.

Es posible responder de modo ligero, a la pregunta acerca de la calidad que tienen los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, si se lee de modo desvinculado el artículo 230 de la Constitución Colombiana:

* Investigación ganadora del Primer Premio del Segundo Concurso de Investigación Jurídica “Octavio Arizmendi Posada” del año 1998. Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana (Colombia). Publicada el 29 de mayo de 2003.

** Profesora del Área de Fundamentación Jurídica. Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana (Colombia).

Art. 230.- Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos, al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

De tal modo, podría manifestarse que los principios generales del derecho se encuentran en una situación de auxiliariedad respecto a la ley y, que los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución, son principios diferentes a los enunciados en tal artículo, dada su prevalencia debida a su situación posicional en el ordenamiento. Aún más, con la lectura del mencionado artículo, podría afirmarse que existe en el sistema jurídico colombiano una clara orientación *iuspositivista*¹. Pero esto no es así. Lo que se pretende a través de esta investigación, es explicar que a pesar de esta tajante consagración de primacía de la ley, el ordenamiento colombiano se estructura efectivamente sobre la base de la persona humana y de su naturaleza, y son los derechos inalienables de la persona los que priman ante la ley, siendo por tanto todos estos, principios constitucionales. Y que a pesar de la declaración de auxiliariedad de los principios generales del derecho, estos en ninguna legislación, dejarán de ser creadores de derecho ejerciendo su función creadora, y que por tanto, los principios constitucionales son principios generales de derecho.

I. A MANERA DE PRESUPUESTO BASICO: LA LEY POSITIVA PARA EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO.

Resulta importante para efectos de la investigación, el aclarar el concepto de ley positiva para el realismo jurídico clásico, con el fin de evidenciar su posición respecto al “derecho” o a “lo justo”², en tanto que la ley a de ser justa al estar orientada al bien común, para que sea válida.

¹ Así lo afirma URIBE VARGAS, al decir: "El artículo 230 es tajante. Los jueces solo fallarán de acuerdo con la ley, sin desconocer los otros elementos como auxiliares de la justicia, pero jamás con mayor jerarquía que aquélla". URIBE VARGAS, Diego. La Constitución de 1991 y el ideario liberal. Santafé de Bogotá : Universidad Nacional de Colombia, 1992. p. 181.

² Recuérdese que para el realismo jurídico clásico, el derecho es, de acuerdo con definición del Dr. Javier Hervada “aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto” de lo cual se deduce que el derecho y lo justo son lo mismo que lo suyo en cuanto debido. Actualmente, a esta doctrina iusfilosófica, se le ha denominado Realismo Jurídico Clásico, en lugar de Iusnaturalismo Clásico, en razón a su postulado de que el orden jurídico o realidad jurídica no excluye la existencia del derecho positivo, sino que requiere unidad uniforme entre lo positivo y lo natural. De otro lado, la base filosófica es el realismo filosófico, que lo distingue del pensamiento idealista-racionalista del Iusnaturalismo Racionalista o Moderno.

Para esto, partamos de la definición que Tomás de Aquino hace de la ley, para quien ésta es "una ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad"³. En esta definición de ley, podemos evidenciar tres partes que son: 1.- la ley es un acto de razón; 2.- el fin de la ley es el bien común; 3.- la ley surge de una autoridad.

Para Tomás de Aquino, la ley pertenece a la razón, lo cual expone en el a.1 de la q.90 de la Suma Teológica, ya que como la ley manda y prohíbe, será un acto de imperio, y todo acto de imperio es propio de la razón, ya que el imperio es ordenar que se haga una cosa "intimándole la orden"⁴, tanto si el quien ejecuta es uno mismo o si es otro. Es entonces un acto de razón, pero de la razón práctica: la razón es regla y medida de nuestros actos, y ella ordena siempre al fin que es el principio de operación del ser humano. Ahora bien, la ley también lo es, según uno sea inducido o no a obrar, ya que, en palabras de Aristóteles "la ley ordena hacer (...) lo que es propio de las demás virtudes y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro"⁵. Entonces, esa fuerza impositiva propia de la ley, se deriva de la razón práctica, en cuanto que es regla de los actos, y por esto —por su índole racional— no puede ser un mandamiento arbitrario, sino que se trata de una adecuación entre lo justo y sus medios.

De lo anterior se deriva que la ley tiene como fin el bien común, ya que esa prescripción, por ser racional, estará proporcionada a un objetivo en la sociedad, y éste estará basado a su vez en la propia racionalidad del ser humano y en su dignidad. Esta ley, —precepto racional ordenado al bien común— sólo podrá originarse en quien ostente la autoridad, y por esto, será la persona pública la encargada de dictar las leyes, pero siempre con vista en el bien común.

Según esto, para que un mandato sea verdaderamente ley —y las decisiones de los jueces estén sometidas sólo a ella— debe ser ordenada por la razón, que busque efectivamente la consecución del bien común y que haya sido promulgada por quien sea la autoridad. Podemos afirmar, que la ley a que se refiere el art. 230 C.P. de Col., debe cumplir la finalidad de toda ley (tal como lo expone Tomás de Aquino) para que los jueces estén sometidos únicamente a su imperio. Entonces, la ley prima, siempre y cuando para su promulgación se sigan los requisitos propios de una ley, lo cual indica que primero que todo debe ser de índole racional con una orientación hacia el bien común, de lo cual deducimos que sólo la persona humana en uso de su facultad racional podrá determinarla pero poniendo su voluntad al servicio de la comunidad ya que lo que se busca con la ley es una finalidad social, de ordenación del grupo social conformado por personas humanas.

³ SANTO TOMAS. S.Th. I-II, q.90, a.4.

⁴ SANTO TOMAS. S.Th. I-II, q.57 a.1.

⁵ ARISTOTELES. Eth.Nic. 1129b, 20-25.

Entonces, si la ley tiene su fundamento en la propia persona humana, suponemos que tiene como base un orden natural que es al que tiende siempre la racionalidad y voluntariedad de la persona; y en la propia Constitución, al darle primacía a la aplicación de la ley, se deduce que lo será, en tanto tenga como base a la persona, lo cual es ajustado a lo propuesto por el realismo jurídico clásico, tal como lo hacen Tomás de Aquino y Aristóteles.

Ahora bien, es necesario analizar cuál es la relación de la ley — fundamentada en la persona humana— y aquellos principios generales del derecho consagrados como criterios auxiliares, para poder explicar asimismo, que los principios constitucionales son una manifestación positiva de los generales del derecho y que obviamente, estarán informando la misma ley para su posible aplicación con primacía. Esta afirmación parecería una contradicción: por un lado los principios constitucionales son principios generales del derecho que son fundamento legal; y por otro lado la ley se aplicará con primacía respecto a los principios generales del derecho. Esto es lo que se pretende explicar.

II. CRITERIOS AUXILIARES DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Dice el inciso segundo del art. 230 C.P. de Col., que "la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial"; y entonces, para poder analizar esta segunda parte del artículo, debemos comprender qué se entiende por criterio auxiliar. Criterio, viene del latín *criterium* "juicio", y éste del griego *crithrion*, "facultad de juzgar", "regla", de *krinv*, juzgar, y significa la "norma para conocer la verdad"; o "juicio o discernimiento". Auxiliar, por su parte, como adjetivo proviene del latín *auxiliaris*, y significa, "que auxilia o da auxilio", en general, lo que es auxiliar es dependiente, subalterno, y que sustituye, o también el que da socorro, ayuda o amparo⁶.

De tal manera un criterio auxiliar en la actividad judicial, es aquella norma, juicio o regla con la que se estima la verdad jurídica, pero que es utilizada en subsidio o socorro, ya que es subalterna o dependiente de otra norma que tiene carácter principal pero que tiene carencias, ambigüedades o lagunas.

Es así como la actividad judicial tiene como base lógica al juicio o discernimiento, al que se llega utilizando tanto el elemento fáctico, como el jurídico, éste último plasmado en la ley. Entonces, esos criterios auxiliares son otros factores de discernimiento, pero que tienen un carácter de sustituto, porque lo auxiliar es lo dependiente, lo subalterno, lo que substituye. Por esto, mirado este artículo de manera

⁶ Cfr. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 20ed. Madrid : Real Academia Española, 1984.

rápida, se colige que la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho, están en un orden inferior al de la ley, es decir, que sólo se acudirá a estos, si la ley falta.

El problema aquí radica, en saber si cada uno de estos "criterios" —y en especial los principios generales del derecho— sólo tienen esa función auxiliar en la actividad judicial, o si son también base que antecede a la ley, y le dan fundamento a ésta, pudiéndose acudir a alguno de ellos siendo hasta contrarios a una norma positiva. Es decir, si estos elementos son únicamente criterios auxiliares o también son base legal; porque si son fundamento legal, serán causa de creación de ella, y si son criterio auxiliar serán juicios que substituyen la existencia de la ley; si son fundamento, tendrán una primacía respecto a la ley, y si son criterio auxiliar serán elementos en categoría inferior a ésta, con un calificativo de suplentes ante la falla de la ley.

A. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Parece no ser discutible que tanto la jurisprudencia como la doctrina en nuestro **sistema jurídico codificado**, sí tienen un carácter auxiliar en el momento en que el juez declara o dice el derecho⁷, ya que por su carácter de codificación, se requiere tener en cuenta primero la ley que la jurisprudencia⁸ y la doctrina, y éstas se tendrán en cuenta en momentos de oscuridad o lagunas en la ley.

La palabra jurisprudencia, para García Máñez⁹ tiene dos acepciones, siendo una de ellas, la ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo, y la otra, el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales. El sentido que utilizamos es entonces el de conjunto de decisiones de tribunales jurisdiccionales orientadas a ciertos puntos de derecho, es decir, surge del análisis de normas positivas ya existentes y referidas a decisiones sobre casos concretos.

Surge pues la jurisprudencia, de la aplicación de la ley; pero esto no es tan simple, ya que requiere de análisis y de interpretación de la ley para configurar efectivamente la jurisprudencia, que es la que se aplicará al final como decisión ante la no claridad de la ley. Por esto es auxiliar, porque luego se acudirá a ella ante la falta de la ley, pero no se

⁷ Dice HERVADA, que "el jurista, dice, declara el derecho: el juez sentencia acerca de cuál es el derecho en el caso concreto (...) En eso consiste ser jurista: en la iuris dictio, en la declaración del derecho, en discernir y pronunciar la sentencia que contiene el derecho, lo que es justo". HERVADA, Javier. Lecciones de filosofía del derecho, I : Teoría de la justicia y del derecho. 3ª ed. Pamplona : EUNSA, 1991. p.87.

⁸ "Desde luego, la jurisprudencia tiene mayor importancia en países de régimen jurídico angloamericano o de common law, que en países de derecho escrito en que prevalece la ley". MONROY CABRA, Marco. Introducción al derecho. 8ª ed. Bogotá : Temis, 1990. p.156.

⁹ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 31ed. Buenos Aires : Editorial Porrúa, 1980. p.68.

recurre a ella si la ley es clara, explícita y no deja dudas. Aunque su función es auxiliar, no se le niega el carácter de fuente de derecho, ya que la jurisprudencia (en cuanto fuente formal) es una de las forma que reviste el derecho, en cuanto el juez al decirlo, se acomoda a lo justo.

No ocurre lo mismo respecto de la doctrina, ya que ésta, según García Máynez¹⁰ son los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito de producir una sistematización o el de interpretar las normas y señalar la forma de aplicación de éstas; y como se ve, no se trata de una fuente obligatoria ni para casos generales, ni particulares, porque se constituye en opiniones. Es por esto que hoy se le niega el carácter de fuente de derecho, para considerarla únicamente como autoridad, que puede tenerse en cuenta para sustentar o dar apoyo a la misma jurisprudencia en el momento de aplicación de la ley, o en el de la creación legislativa.

B. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La duda que surge con relación a los principios generales del derecho, es si éstos son sólo criterios auxiliares, y por lo tanto, al dejarlos con este carácter auxiliar, se está poniendo a la ley como principio fundamental en la declaración del derecho, lo cual significaría que el sistema colombiano sí tendría un carácter positivista; pero afirmemos anticipadamente, que en nuestro sistema constitucional, se reconoce de **modo expreso** que prevalecen los derechos inalienables sobre la ley. Quizás lo que querría significar el art. 230 en su inciso 2° —y tal vez, sería adelantar conclusiones—, es que los principios generales del derecho, cumplen en este caso de la aplicación de la ley una función de interpretación e integración del derecho. Entonces nuestras preguntas serían, ¿por qué el constituyente los califica como auxiliares de la actividad judicial?, ¿acaso, los principios generales del derecho —por el hecho de ser principios— no son origen permanente?¹¹ y como origen ¿no son acaso, anteriores a la misma legislación positiva? El contestar estas preguntas nos puede llevar a confirmar nuestra afirmación acerca de que los principios de los que habla el art. 230, cumplen sólo una función integrativa e interpretativa.

¹⁰ *Ibidem*. p.68

¹¹ PIEPER explica al asombro como principio de la filosofía, diciendo que es principio, no "en el sentido de initium, comienzo, primer estadio, primer escalón, sino en el principium, origen permanente, interiormente constante". PIEPER, Josef. Qué significa filosofar? *En* : El ocio y la vida intelectual. p.133. En el mismo sentido expresó la Dra. HOYOS, que "la palabra principio es una palabra eminentemente filosófica que significa todo aquello que permanece, todo aquello que es, y que no sólo denota razón de origen sino también de fin (...), es decir, no basta señalar que es punto de partida, como si naciera pero que no tuviera razón de continuidad, sino que significa inicio y fin" CLASE, 7 de mayo de 1996. Cátedra de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

1. Noción de principios

Comencemos por establecer lo que significa la palabra "principio". Valencia Restrepo¹², refiere, el origen etimológico de "principio" a la palabra *principium*, que podría tener dos acepciones: Una primera, que significa "cabeza de una serie o primer singular de un todo plural", porque provendría de *princeps*, *principis*, príncipe, como titular o cabeza de una magistratura. Según esta acepción, los principios del derecho son cabeza de todo ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas. La segunda acepción sería la de origen permanente o punto fundamental de partida de algo, porque *principium* provendría de *principii*. Y así, los principios en derecho serían normas fundamentales del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico.

Valencia Restrepo, sostiene que los principios generales de derecho son **verdaderas normas**¹³ que son: "fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse, interpretarse e integrarse el ordenamiento"¹⁴, que poseen una naturaleza filosófica y también jurídica.

Parece importante —por el objeto de nuestra investigación— que nos detengamos en la calificación de los principios como normas **implícita o explícitamente positivas**, para la cual debemos comprender que aquí por positividad entendemos el atributo especial por el cual ciertas normas son promulgadas por autoridad y dotadas de coercibilidad. Entonces los principios serán **explícitamente** positivos si son objeto de una expresa promulgación por la autoridad, y serán **implícitamente** positivos si son creados por estamentos supraestatales como la comunidad o el conglomerado social (v.gr. los de determinación doctrinal). Pero esta formalidad no implica que éste sea su origen, porque su origen es, ante todo, no positivo. ¿Por qué?

¹² Cfr. VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santafé de Bogotá : Editorial Temis, 1993. p.192.

¹³ Al respecto nos dice Norberto Bobbio: "En mi opinión los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales (...) Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras (...) Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso" BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá : Editorial Temis, 1987. p.239-240.

¹⁴ Op.cit. VALENCIA RESTREPO, p.293.

2. Origen de los principios

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que el origen de los principios, puede ser positivo y no positivo, teniendo en cuenta la anterioridad del origen no positivo.

Valencia Restrepo¹⁵ explica que los principios han nacido de tres necesidades del derecho objetivo: primero, de abarcar la mayor parte de la realidad; segundo, de que exista una compatibilidad entre las normas; y tercero, de que todas ellas tiendan al mismo fin; que son lo que Valencia denomina "facetas ontológica, lógica y axiológica". Entonces esta triple faceta es previa o anterior al mismo ordenamiento positivo, porque estas necesidades surgen no de una norma positiva, sino de la naturaleza misma del derecho objetivo, y son un reconocimiento de la insuficiencia de la ley y de que el derecho no está contenido en su totalidad en ella. Es por esto, que el legislador al entrever dichas necesidades, en ocasiones ha hecho una expresa manifestación de los principios para que sacien estas exigencias del ordenamiento con lo cual se evidencia el origen positivo de los principios, pero siempre posterior al no positivo, por no contemplarse toda la realidad jurídica del modo positivo.

De esta manera, el mismo ordenamiento positivo muestra o evidencia que no es suficiente en algunas ocasiones y por tanto, recurre a aquellos principios que son anteriores a él y que son al mismo tiempo, **fuentes permanentes** en cuanto que dan base a toda la estructura jurídica. Pero para que dichos principios no positivos y anteriores a la ley, se tengan siempre en cuenta en los casos de lagunas o cuando se van a erigir nuevas leyes, el legislador ha considerado **conveniente** dejarlos positivizados, de modo que de manera expresa orienten todo el edificio jurídico y siempre se remita toda ley a ellos.

3. Funciones de los principios

Como vemos, al referirnos a los principios, se les han nombrado con diferentes funciones. Es así como Valencia Restrepo¹⁶, destaca las tres funciones de los principios que son: la **creativa**, la **interpretativa** y la **integradora**; y entonces la finalidad de los principios será la de elaborar, comprender y suplir las normas jurídicas.

La primera función de los principios, que es la **creativa**, es la que se consagra en nuestra Constitución en el título I "De los principios fundamentales", ya que son fuente formal y material por excelencia del ordenamiento, y en este caso, señalan las "pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogatoria de las normas"¹⁷, y por

¹⁵ Cfr. *Ibidem.* p.163-190.

¹⁶ Cfr. *Ibidem.* p.51-88.

¹⁷ *Ibidem.* p.57.

esto, esta función debe dirigir a los órganos encargados de la producción jurídica. Es así, como el principio fundamental de la Constitución Colombiana (tal como se explicará en la parte (III) de este escrito) es el **respeto por la dignidad humana**, consagrado en el art. 1º C.P. de Col.

Se sostiene que esta primera función, la creativa, es jerárquicamente superior a las otras, por cuanto no sólo está dirigida a la creación del derecho sino también a la interpretación e integración de él. Es así, que "para interpretar e integrar la norma jurídica, se debe acudir asimismo al fundamento, que ha servido de base a su creación"¹⁸. Entonces esta función opera en el momento anterior al que el legislador va a promulgar la norma jurídica, ya que allí debe observar los principios, inspirarse en ellos para poder positivizar sobre la base de ellos mismos. Según esto, es posible afirmar que cuando los principios cumplen su función creativa, son fuente material y formal¹⁹ por excelencia del ordenamiento.

La segunda función es la **interpretativa**, y es aquella por la cual los principios sirven para comprender las normas a la luz del ordenamiento al que pertenecen, en especial cuando estas, en sus enunciados, se muestran oscuras, ambiguas e inclusive contradictorias. Entonces, aquí los principios, tienen que ver con la **comprensión** de las normas de un ordenamiento jurídico. Es así como operan los principios por esta función: al interpretar una norma, ya sea el órgano competente o el jurista como estudioso, debe tomar los principios como base, sin que la interpretación vaya a contrariarlos. Mientras los principios cumplan esta función interpretativa, serán fuente formal principal y subsidiaria del ordenamiento.

La función **integradora** de los principios, es aquella por la que estos se encargan de **llenar los vacíos o lagunas** de las fuentes formales del derecho objetivo, y es por esta función que los principios se convierten en una fuente formal supletiva o subsidiaria del ordenamiento. Esta función tiene como fundamento, la generalidad de la ley y de que no haya ley aplicable a absolutamente todos los casos

¹⁸ Ibidem. p.62.

¹⁹ Parece conveniente recordar al lector, y sintonizarnos respecto a las fuentes del derecho, ya que (y utilizando palabras de Valencia Restrepo) es una "locución que encierra una metáfora retórico-jurídica de contenido demasiado equivoco". Las fuentes del derecho son las causas de creación del derecho, y su manifestación visible (Cfr. Op.cit. MONROY CABRA. p. 108). Son materiales en cuanto determinen la materia o contenido del derecho, y formales cuando determinen la forma que deba revestir el derecho. Las fuentes materiales o reales son hechos o datos de la vida que el legislador tiende a resolver y las finalidades que es necesario realizar. Las fuentes formales, entendidas como el modo en que se da a conocer el derecho, y que son formas obligadas, pueden ser generales o particulares; generales que a su vez con principales (como la constitución y la legislación en nuestro ordenamiento) y subsidiarias (como la costumbre). Las particulares son la jurisprudencia, los actos administrativos y los actos jurídicos (Cfr. Op.cit. VALENCIA RESTREPO. p.75)

concretos, por lo que se encuentran lagunas, ya que el legislador no puede prever todos los detalles de los hechos y situaciones de la vida social y jurídica. Esta función opera en el momento de colmar esos vacíos de la ley, por lo que se debe acudir (como siempre) a los principios que son fundamento del ordenamiento jurídico.

Hemos afirmado que el artículo 230 C.P. de Col. está refiriéndose únicamente a las funciones interpretativa e integradora, ya que está hablando expresamente de la "actividad judicial", que es aquella en la que se aplican los principios en su función interpretativa, por ser el juez quien debe interpretar la ley —basándose en los principios— para poder aplicarla a los casos concretos; y del mismo modo cuando se ha de integrar el ordenamiento (sea en este caso, también, el legislador el que va a integrarlo).

4. Principio de principios

Ahora bien, se explicará más adelante —detalladamente y desde un análisis del propio ordenamiento— que el principio de principios en nuestro sistema jurídico es el respeto por la dignidad humana, y que desde que fue introducido en nuestra Carta Política, sólo adquirió un carácter positivo, mas no su juridicidad, porque ésta la tenía aún antes de su positivización.

Sin embargo, es el momento en el que se debe referir también —aunque ya lo hemos dicho de manera muy escueta— que este principio tiene su base en otro que es el primero y fundamentalísimo, porque todos los principios son reductibles a este: **LA JUSTICIA**²⁰, porque "se puede aseverar que Dios ha escrito en el corazón del hombre el principio de la justicia, pero no los del enriquecimiento sin causa, del no abuso del derecho o de la congruencia. Sin embargo, estos tres son reductibles al de la justicia: en su orden, es contrario a ésta que una persona se enriquezca a costa de otra sin un motivo que lo justifique; que un derecho - habiente ejerza una facultad en perjuicio de alguien; que el juez falle en contra de la parte a la que favorecen las pruebas"²¹. y por esto el sumo o universalísimo principio es el enunciado por Aristóteles: "*el derecho debe ser justo y su aplicación equitativa*".

Es fácil para el iusnaturalismo explicar el porqué de la justicia como principio general de derecho, ya que se entiende que la justicia como virtud, tiene el derecho, lo justo, como su término medio, ya que se realiza la justicia (en tanto que la justicia es acción) si se da lo justo,

²⁰ No hay que olvidar que para el iusnaturalismo clásico la Justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo (*ius suum cuique tribuendi* o *suum cuique tribuere*, ambas redacciones romanas anotadas en el Digesto).

²¹ Op.cit. VALENCIA RESTREPO. p.78

el derecho; y como consecuencia de esto, tenemos que la justicia se constituye como causa final de derecho²².

Sin embargo no hay que considerar que se trata de una contradicción el considerar la Justicia como principio y fin al mismo tiempo²³. Hemos dicho que el principio es base en cuanto primera norma o cabeza y es al mismo tiempo origen permanente. Ahora bien, el fin²⁴ es el para qué que determina al agente a obrar y también el producto o resultado de la obra. El fin en la primera acepción anotada es lo primero que se le presenta a un agente, aún antes de obrar, es por ello que se dice que el fin se da primero como objeto de pretensión y siendo así es causa, que será lo primero en el orden peculiar de la intención, por ello, es principio como origen y como cabeza. Entonces, la Justicia es el fin del derecho en cuanto a las acciones que atañen al ámbito de la realización de éste, y al mismo tiempo es principio general del derecho en cuanto informa a todas y cada una de las prescripciones jurídicas que conforman un ordenamiento constituyéndose en cabeza y origen permanente.

Además de esta explicación *iusfilosófica*, debemos recordar que Ulpiano (como gran codificador del derecho romano) en el Digesto 1,1,10²⁵, estableció: "Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo"; y si la Justicia es el dar a cada uno lo suyo o lo justo, la justicia será precepto del derecho o principio suyo.

C. LA EQUIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Ahora bien, aunque el artículo 230 C.P. de Col. menciona los principios generales del derecho y la equidad, de modo independiente, parece que no debe entenderse la equidad como un concepto separado del de principios generales del derecho, sino la equidad como uno de estos principios, o reglas (tal como se denominaban los principios en la antigüedad), debido a su íntima relación con la justicia.

Respecto a esto, nos dice Valencia Restrepo que la proposición: *el derecho debe ser justo y su aplicación equitativa*, "constituye el principio

²² Es necesario que aceptemos aquí, en este momento, esta afirmación; que la demos por cierta, sin mayores explicaciones. Pero al respecto puede verse: VILLEY, Michel. De la justicia como finalidad del derecho *En*: Compendio de filosofía del derecho. Pamplona : EUNSA, 1979. p. 67-110. HOYOS, Ilva Myriam. Las causas del derecho: Estudio desde una consideración realista. *En*: Dikaion. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. No. 2, 1988. Bogotá. p.20-45.

²³ Esto es aplicable a todos los principios y no sólo al de la Justicia. Se explica a través de la Justicia, para facilitar su comprensión, sin embargo puede hacerse el mismo ejercicio con todos y cada uno de los principio.

²⁴ Respecto a estas nociones de fin, confróntese con HOYOS, Ilva Myriam. Las causas del derecho... *Op.cit.* p.63.

²⁵ EL DIGESTO DE JUSTINIANO. Versión castellana por A. D'ors, y otros. Pamplona : Editorial Aranzadi, 1968. Tomo I, p.46.

sumo o universalísimo del derecho, el principio de los principios, el principio por excelencia (...) tiene razón de primer principio. Domina e inspira toda la materia principal del derecho: desde el principio que le sigue en generalidad y abstracción hasta el menos general y abstracto, que domina e inspira una singular institución o una solución a un caso concreto"²⁶. ¿Por qué esta suma importancia?

Es necesario tener en cuenta el significado de equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, de igual), que según el Diccionario de la Lengua Española²⁷, es la "bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley"; y además la define como "justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva". Según esto, vemos que en la definición y significado de la equidad (y lo equitativo), existe una referencia obligada a la justicia (y a lo justo, como objeto suyo), pero entonces, ¿cuál es la relación entre la equidad y la justicia, o entre lo equitativo y lo justo? Dice Aristóteles que lo equitativo y lo justo son lo mismo, y que ambos son buenos, pero que lo equitativo es mejor que lo justo, aunque lo equitativo no esté conforme a la ley, porque la ley es universal y no siempre contempla todos los casos posibles y puede contener error, entonces se puede corregir la omisión o el error, siendo lo equitativo también justo, "y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta". Y dice que el hombre equitativo es aquel "que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley a su lado. Tal es el hombre equitativo, y este modo de ser es la equidad, que es una clase de justicia, y no un modo de ser diferente"²⁸. Por lo que podemos decir que la equidad es la justicia corregida en los casos en que en la ley —en cuanto justa pero muy general— se encuentren omisiones o errores, en especial para ciertos casos particulares, o cuando su aplicación rigurosa sea inconveniente, por lo que se debe acudir a aquella.

Según lo anterior, podemos afirmar que hay dos argumentos para sostener que la equidad es un principio general del derecho. El primero, es el que explica y acepta la Justicia como principio del derecho en cuanto finalidad del derecho mismo, y la equidad como rectificación ante su propia rigurosidad. El segundo, requiere hacer un enlace entre lo explicado por Aristóteles sobre la actuación de la equidad y las funciones interpretativa e integradora (ya referidas antes) propias de **todos** los principios generales del derecho, ya que esa actuación de la equidad se acopla perfectamente en estas funciones

²⁶ *Op.cit.* VALENCIA RESTREPO. p.92.

²⁷ *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op.cit.*

²⁸ ARISTOTELES. *Eth.Nic.* V, 1137b, 10ss.

principales mencionadas porque elabora al ser creativa, comprende al ser interpretativa e integra el suplir a la norma jurídica.

III. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Desde un ámbito, ya puramente jurídico y más específicamente constitucional, podemos explicar y encontrar cuál es el principio fundamental que orienta al ordenamiento jurídico colombiano.

Anota el art.230 de la C.P. de Col., que los jueces en sus providencias están sometidos solamente al imperio de la ley, y cabe preguntarnos ¿cuál es esa ley? El capítulo 3º del título VI, de la C.P. de Col., que trata "De las leyes", regula todo lo concerniente a ellas, y declara que es al Congreso (**art.150**) al que corresponde hacerlas, y señala asimismo el trámite que ha de seguirse para promulgar cada uno de los distintos tipos de leyes; y sabemos que estas leyes deben tener una cohesión que las haga integrantes de un ordenamiento jurídico sólido, para lo cual han de tener una norma de orden superior que le dé la pauta al legislador para su promulgación. Y por esto, es importante señalar, que el **art.4** C.P. de Col., al calificar la Constitución como norma de normas, lo que hace es subordinar todas las leyes a ella, es decir que éstas deben estar conformes —tanto en el fondo como en la forma— a lo dispuesto por la Carta Constitucional; y dice además que "en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" con lo cual se ratifica la supremacía de la Norma Constitucional.

Ahora bien, siendo la Constitución, norma de normas, a la que deben ajustarse todas las demás leyes, es vital encontrar cuál es su principio fundamental, que a su vez debe informar cada una de las leyes subordinadas a ella y todo el ordenamiento jurídico colombiano. Para buscar este fundamento de la Constitución, debemos partir del **art.1º** que hace parte del título I "De los principios fundamentales", y que al tenor indica:

Art.1º.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Se anota en el **art.1º**: "fundada en el respeto de la dignidad humana", lo cual significa, que se estructura —este Estado social de derecho— en ese respecto por la dignidad de la persona; con lo cual se constituye la dignidad humana, en el pilar, en la base, no sólo del orden

constitucional sino de todo el orden jurídico colombiano²⁹. Esta es una afirmación que el *iusnaturalismo* clásico acepta en toda su integridad, es decir, que nuestra Constitución recoge en este artículo una fundamentación netamente *iusnaturalista*³⁰; y aunque la redacción del artículo parece que quiera dar mayor importancia a la declaración del Estado como social de derecho que a su fundamentación en la dignidad humana, es el respecto por la dignidad humana la base y estructura de este Estado, porque es Colombia la que se organiza como un Estado Social de Derecho **al servicio** de la persona humana y es precisamente la persona humana la raíz de que el Estado sea social y de derecho, porque es en ella donde radica la socialidad y la juridicidad.

Siendo pues, la dignidad humana, fundamento del ordenamiento jurídico colombiano, no es raro el reconocimiento que el constituyente hizo en el **art.5°** C.P. de Col.³¹, a la "primacía de los derechos inalienables de la persona". Y dice el artículo citado, que el Estado **reconoce** esa primacía, es decir que acepta que hay algo anterior a ese acto de reconocimiento, que admite la existencia de algo, y no es él el que crea ese algo³². Este algo, esta realidad que el Estado reconoce, es la existencia y la primacía de los derechos inalienables de la persona, que son inalienables, en tanto inherentes y esenciales a la persona misma, con lo cual se ratifica asimismo el principio fundamental de la Constitución que es el respeto por la dignidad humana.

Pero entonces, ¿cuál es la relación entre el artículo 230 y los artículos 4 y 5 C.P. de Col.?³³ Podemos interpretar el art.230 C.P. de Col. desde dos sistemas diferentes, uno sistemático y otro de realismo jurídico. Desde la interpretación sistemática, podemos decir que el imperio³⁴ de la ley consiste en que primen los derechos inalienables tal como lo expresa el art.5 C.P. de Col., y además por ser inalienables

²⁹ CLASE CON Dra. Ilva Myriam Hoyos C., Profesora titular de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Campus Puente del Común, 7 de mayo de 1996.

³⁰ Como bien sabemos, el *iusnaturalismo* clásico, parte de la realidad de las cosas, y acepta que el derecho vigente es en parte natural y en parte positivo, y que el natural tiene como fundamento a la naturaleza humana, de la cual hace parte la dignidad que es esencial y propia de la persona humana, porque no hay persona sin dignidad, ni se puede considerar la dignidad por fuera de ella.

³¹ Artículo 5 de la C. Pol. De Col.: El estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

³² Al respecto, ver al artículo de HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos en la Constitución Política de Colombia. En: *Dikaion* : Revista de fundamentación jurídica. No.3, 1994. Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana - Colombia. p.41ss.

³³ Artículo 4 de la C. Pol. De Col.: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

³⁴ Recordemos que un acto de imperio es "un acto de razón, ya que quien impera ordena a otro a hacer una cosa intimándole la orden" S.Th. I-II, q.17, a.1.

estos derechos, son expresión de la dignidad humana, y el respeto por ésta, es a su vez principio fundamental de la propia Carta Constitucional. Esto lo reitera la Dra. Hoyos al afirmar que puede "sostenerse que la Constitución acepta la distinción clásica entre el *ius* y la *lex*, entre el derecho y la ley. Y que no es la ley, la que prima ante el derecho, sino los derechos inalienables a la persona, los que priman frente a la ley"³⁵, por determinación expresa de la misma Constitución.

Ahora, desde una interpretación realista, afirmamos que los derechos inalienables, son base de todo ordenamiento jurídico, por ser esenciales a la persona humana y expresión de su dignidad, es por esta razón por la que primarán siempre ante la ley; porque lo suyo, la cosa justa y debida es siempre el derecho, que tiene como fundamento a la misma persona humana, y no lo es la consagración positiva o formal que de él se haga, lo que determina su juridicidad y primacía ante la ley.

Según lo anterior podemos concluir, que el inciso 2º del artículo 230 C.P. de Col., al hablar de los principios generales del derecho, les está dando —en este caso— las funciones interpretativa e integradora del ordenamiento, sin desconocer que la misma Constitución ya ha establecido que el principio de principios que orienta en su totalidad el ordenamiento —tanto a las leyes como a los demás principios— es el respeto por la dignidad humana, que tiene un origen no positivo, por lo cual, podemos afirmar que nuestro sistema jurídico tiene una conformación en una parte natural y en una parte positiva, ya que **es de justicia** el respetar la dignidad humana, esté o no esto plasmado en forma de norma positiva, porque como se ha repetido incansablemente, la justicia es la acción de dar a cada uno lo suyo, lo justo; y es justo, de derecho, que a la persona humana se le respete en su dignidad precisamente por ser la dignidad el merecimiento que proviene de su importancia³⁶.

IV. EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL COLOMBIANA

Es desafortunado para el investigador, no encontrar sustento en la Jurisprudencia Constitucional para los argumentos aquí expuestos, en especial cuando encuentra posiciones totalmente encontradas en ella. Sin embargo, se considera importante advertir y señalar la postura jurisprudencial al respecto e indicar al mismo tiempo en qué aspecto se discrepa de tal posición.

El argumento de que el Derecho Colombiano tiene una clara inclinación *iuspositivista*, proviene de la interpretación que se hace del

³⁵ HOYOS CASTAÑEDA. El respeto a la dignidad... *Op.cit.* p.42

³⁶ Al respecto ver HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El concepto de persona y los derechos humanos. Bogotá : Universidad de La Sabana, 1991. p.127 ss.

artículo 230 de la C.P., realzando la posición primaria de la ley y dejando en segundo plano los principios generales del derecho.

El problema parece radicar en que al referirse la Jurisprudencia al contenido de los llamados “principios generales del derecho”, éstos parecen ser entendidos únicamente con la acepción de criterios auxiliares (funciones integrativa e interpretativa) olvidando que la primera de sus funciones es la “creadora”, sin la cual sería imposible concebir un ordenamiento positivo.

Un olvido de tal función creadora, se encuentra plasmada en frases jurisprudenciales como la siguiente:

“Por supuesto que no hay que confundir los principios constitucionales con los principios generales del derecho. Estos últimos son criterios auxiliares de la actividad jurídica (art. 230 C.P.) mientras que los primeros encuentran sustento en la propia Carta Fundamental”³⁷.

Sin embargo —y es la posición que se ha defendido en este escrito—, aquellos principios constitucionales a los que se refiere la Corte Constitucional como “los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado”³⁸ no son otros que los mismos principios generales del derecho, actuando a través de su función creadora, toda vez que los principios generales del derecho como creadores son los primeros principios del orden jurídico.

En la experiencia jurisprudencial, no es otra la referencia expresa a los principios generales del derecho que ésta, es decir sobre su auxiliariedad. Sin embargo, y es importante resaltarlo, sí ha habido detenimiento en el análisis de los “principios constitucionales”, que sí han merecido mención como objeto de la relación del juez con el legislador y la administración, en su actividad productora de decisiones judiciales³⁹.

Más aún, a los principios constitucionales fundamentales, no sólo se les ha considerado bajo su función creadora, sino hasta en la interpretativa, sin que se les relacione directa y expresamente con los principios generales del derecho:

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-079/95. 28/02/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-479/92. 13/08/92. M.P. José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92. 05/06/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

“los principios fundamentales del Estado son una **pauta de interpretación** ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma (...)”⁴⁰ (resaltado fuera del texto)

“El artículo 2 de la Constitución señala como uno de los fines esenciales del Estado: “...Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”⁴¹. Esos principios corren por todo el cuerpo de la Ley de leyes, **integrando, interpretando y criticando** aún el mismo ordenamiento constitucional porque sus disposiciones deben ser leídas de acuerdo con esos principios”⁴² (resaltado fuera del texto).

Respecto al análisis de los principios constitucionales, resulta importante destacar una sentencia de la Corte Constitucional, cuyo magistrado ponente fue el Doctor Ciro Angarita Barón, con fecha del 5 de junio de 1992 e identificada como T-406 de 1992.

Ahora bien, en esta investigación, otro de aquellos puntos álgidos, donde se ha señalado casi un error en la Constitución, es el relativo a la equidad como principio general del derecho. Sobre este punto no se ha encontrado manifestación expresa de la Corte, sin embargo, es importante también destacar dos pronunciamientos que tratan el tema de la equidad: una en la que desarrolla las generalidades teóricas de ella (Salvamento Parcial de Voto a la Sentencia C-358 de 1996 de los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Julio César Ortiz Gutiérrez), y otra importante en cuanto a su aplicación práctica orientada a un caso concreto para afinar la aplicación de la norma legal (T-518 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Respecto a estas sentencias, se hará referencia en seguida, únicamente en cuanto a reflexiones y afirmaciones jurídicas de fondo, sin entrar en detalle en las situaciones fácticas de cada una.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-574/92 y T-406/92.

⁴¹ Artículo 2 de la C. Pol. De Col.: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL T-079/95. 28/02/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

A. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES⁴³

De acuerdo con la Sala de Revisión⁴⁴ que profirió esta sentencia sobre acción de tutela, para el fallo se requería de un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales, para lo cual consideró importante hacer una referencia previa a dos temas: el alcance del estado social de derecho y la delimitación de los derechos fundamentales. Al desarrollar el primero de estos temas, se hace referencia específica a los principios y valores constitucionales.

A través del desarrollo del tema, se indican ciertos aspectos jurídicos que identifican un estado social de derecho, los cuales se pueden resumir en cinco y son consecuencia unos de otros:

(i) Pérdida de la importancia sacramental del texto legal.

(ii) Mayor preocupación por la justicia material y la defensa de los contenidos jurídicos materiales, a través del concepto de derecho fundamental, estando entonces el aparato organizativo del estado, encaminado a la realización de los derechos.

(iii) Búsqueda de soluciones que consulten la especificidad de los hechos no a través de la concreción de todos los conflictos sociales para luego asignar a cada uno una solución normativa, sino adaptando, corrigiendo, acondicionando la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez.

(iv) Concepción de que la eficacia de la norma constitucional no puede determinarse en abstracto, *a priori*, sino que varía según las circunstancias propias de los hechos: el juez debe encontrar en la relación hecho – norma la decisión más favorable, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista fáctico.

(v) Papel importante de los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

De aquí se inicia el análisis sobre los principios constitucionales, aspecto en el cual se destacan las siguientes reflexiones:

(i) Los principios constitucionales consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida que restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL T-406/92. 05/06/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

⁴⁴ La Sala de Revisión estuvo conformada por los Magistrados Ciro Angarita Barón (Ponente), Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo (Aclaración de Voto).

ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

(ii) El valor normativo de los principios constitucionales no consiste en la enunciación de ideales (fin lejano y remoto), sino que debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, sin la cual cambiaría la naturaleza de la misma Constitución.

(iii) Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el **respeto de la dignidad humana**, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular y la supremacía de la Constitución.

(iv) Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la misma Constitución y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no son siempre suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, ya que aunque poseen un valor normativo, tienen al mismo tiempo un carácter general y abierto, que en ocasiones limita la eficacia directa de los mismos.

(v) 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.

(vi) Como motivo de esa pérdida de importancia del texto sacramental de la ley, característico de un estado social de derecho, está el aumento de las situaciones fácticas, que trae ésta al mismo tiempo como consecuencia, el agotamiento de la capacidad reguladora de la ley, con lo cual pierde su tradicional posición predominante. Entonces, los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren especial importancia.

(vii) Esta nueva redistribución (mayor importancia de los principios sobre los textos legales) se explica por razones funcionales y sustanciales: Razones funcionales, como que no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de textos legales, necesita de criterios finalistas (principios)⁴⁵ y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Razones sustanciales, como que el nuevo papel del juez en el Estado

⁴⁵ Véase otra vez una referencia a los principios como fines, o los fines como principios.

social de derecho es consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución.

(viii) De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. **En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.**

(ix) Los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con éstos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. **Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.**

B. CONCEPTO DE EQUIDAD⁴⁶

En desarrollo del estudio de constitucionalidad del “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el cual se promueven y protegen las inversiones” y de la Ley 246 del 29 de diciembre de 1995, mediante la cual se aprobó dicho convenio, la Corte Constitucional en Sala Plena resolvió declarar exequible el acuerdo y la ley con excepción del artículo 6, que se declara inexecutable, por considerarlo en franca oposición con el inciso 5 del artículo 58 de la Constitución, toda vez que este último prevé la posibilidad de la existencia de una expropiación sin indemnización, que es proscrita expresamente en el acuerdo como parte de las relaciones comerciales entre ambas naciones. De este modo, en la sentencia y en el salvamento se hace una referencia obligada a la equidad y los motivos de equidad de la expropiación.

Del Salvamento Parcial de Voto referido, se extraen las siguientes consideraciones jurídicas sobre el tema:

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento Parcial de Voto a la Sentencia C-358/96. 14/08/96. Por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Julio César Ortiz Gutierrez.

(i) El concepto de equidad tiene, por lo menos tres acepciones: (1) aquella que entiende por equidad lo que es fundamentalmente justo. En este sentido, el concepto de equidad se equipara al de justicia; (2) aquella que entiende como equidad el modo de dictar sentencias judiciales o adoptar resoluciones administrativas que tomen en cuenta las particularidades del caso concreto. Según esta acepción el juez o funcionario concretizan el tenor abstracto de ley en conformidad con las singularidades de cada caso; y (3) se habla de equidad para designar el criterio en que debe inspirarse el ejercicio de las facultades discrecionales de jueces y funcionarios.

(ii) Los magistrados disidentes de la decisión mayoritaria consideraron que el inciso 5 del artículo 58 de la C.P. utiliza, claramente, la primera de las acepciones anotadas del concepto de equidad. Esta noción de equidad se asienta en el concepto de enriquecimiento sin causa⁴⁷, cuya formulación clásica es la de Pomponio contenida en el Digesto (50.17.20), según la cual “Es equitativo, según el derecho natural, que nadie se enriquezca a expensas de otro”.

(iii) En consideración de los magistrados disidentes, la decisión mayoritaria atribuye al concepto de equidad del inciso 5 del artículo 58 de la Carta, la concepción aristotélica de ella, sólo aplicable a la actividad de jueces y administradores, a quienes corresponde la aplicación del tenor general de la ley a los casos y eventos particulares. En esta operación, los aplicadores de la ley deben proceder con criterio de equidad, adaptando los postulados legales a las particularidades de cada caso concreto.

(iv) De esta forma, es necesario concluir que todos los poderes públicos operan de conformidad con los postulados de la equidad, pero que este criterio tiene un contenido y una proyección diferentes según se trate del Legislador o de los administradores y jueces. El error, de acuerdo con estos magistrados, en que incurre la sentencia de la cual se apartan, consiste en haber otorgado a la noción de equidad, en materia de expropiación sin indemnización —ámbito de clara configuración por parte del Legislador— el sentido y alcance que este concepto ostenta dentro del ámbito de operación de jueces y administradores.

(v) La consecuencia de dar tal sentido a la equidad del inciso 5 del artículo 58 de la Carta, es que al ejercer la facultad se otorga el mismo, el Legislador deberá evaluar las particularidades de cada caso con el fin de determinar si, en ese caso preciso, es menester consagrar una expropiación sin indemnización para proceder a decretarla. Por esta

⁴⁷ Véase aquí un error de lógica: ¿Cómo puede la equidad (concepto superior) estar basada en el concepto de enriquecimiento sin causa? ¿Acaso el concepto de enriquecimiento sin causa no tiene como base a la justicia o a la equidad?

vía, un acto que debe tener las características de ley, tanto formales como materiales, pierde el último de estos aspectos, como quiera que, en lugar de ser un acto general y abstracto (una ley en sentido material) se convierte en un acto de índole particular y concreto.

C. PRINCIPIO DE EQUIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL⁴⁸

Esta providencia constitucional revela una gran importancia, debido a la aplicación práctica y concreta de la equidad, entendida bajo la concepción aristotélica, es decir, como "una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta", ajustando o modulando tales prescripciones de acuerdo con las circunstancias propias del caso concreto.

Para evidenciar la aplicación del principio de equidad, es necesaria una obligada referencia a los supuestos fácticos que dieron origen al pronunciamiento:

(i) En 1988, la alcaldía municipal inició obras de remodelación y rectificación de una vía intercomunicadora de dos municipios.

(ii) Como consecuencia de la obra, quedó bloqueada la entrada de la vivienda de la accionante. Este bloqueo consistió en que la casa quedó a una altura de 2.9 metros sobre la vía, quedando la entrada impedida por un barranco que obliga a los habitantes de la vivienda a ingresar por el solar de una vecina.

(iii) La accionante es una mujer de 63 años de edad, y vive con su nieta de 5 años.

(iv) La accionante en varias oportunidades se dirigió por escrito y verbalmente a las autoridades municipales, en búsqueda de una solución a su problema, solicitando la construcción de un muro de contención, con el fin de que no se deslizara la franja de tierra sobre la cual esta levantada la vivienda.

(v) A tales solicitudes, el alcalde del municipio respondió que la administración que tuvo a su cargo la construcción era la que debía resarcir el daño, y que ella tenía que haber hecho uso de la acción de reparación directa para exigir la reparación del daño, y que tal acción había caducado puesto que habían transcurrido más de siete años desde la causación del daño. Además le indicó que era posible que en un futuro la administración pudiera presupuestar dentro de sus gastos un programa de atención y prevención, bajo el cual pudiera efectuar algún tipo de obra como la solicitada.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-518/98. 22/09/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(vi) La accionante interpuso acción de tutela invocando la violación de los derechos a la vida suya y de su nieta y del derecho a la vivienda digna, toda vez que el deslizamiento del barranco pone en grave peligro la edificación y por consiguiente la vida de ella y la de su nieta.

(vii) El Juzgado que conoció de la acción en primera instancia, concedió la protección a la accionante en cuanto al derecho a la vida y no al de la vivienda digna, por lo que ordena únicamente corregir el daño causado y no otorgarle una nueva vivienda.

(viii) La decisión fue impugnada y el *Ad quem* revocó la decisión en el aparte relacionado con la concesión de la tutela por violación del derecho a la vida, aduciendo que “el hecho de que hubiera transcurrido tantos años sin que se reportaran accidentes demuestra que la amenaza no es real, sino que se ajusta a los riesgos propios e inevitables de la vida”.

Al respecto la Corte Constitucional en Sala de Revisión, consideró que era necesario aplicar al caso el principio de la equidad, toda vez que cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

Manifiesta la Corte que si se aplicara la ley con rigurosidad, la decisión sería desfavorable a la accionante toda vez que ella contó con otros medios judiciales procedentes para la debida defensa de sus derechos, y que dejó caducar tales acciones. Sin embargo, al consultar las circunstancias propias del caso se evidencia la necesidad de protección a los derechos conculcados por la administración.

Así, las circunstancias propias son las siguientes:

(i) Respecto al comportamiento de la administración hay que resaltar (a) la negligencia, al no resarcir el daño producto inmediato de la obra; (b) la despreocupación, al no dar solución a las peticiones de la actora; (c) la inducción a engaño, al insistir en que la manera de arreglar el daño era el diálogo y la paciencia; y (d) el tratamiento desigual, toda vez que la administración si construyó el muro de contención de la vivienda vecina.

(ii) Respecto a las condiciones de la actora, hay que tener en cuenta (a) su edad, siendo que se trata de una persona de la tercera edad; (b) su condición socio económica, dados sus precarios recursos económicos; (c) su condición de instrucción, ya que alcanzó únicamente el segundo grado de primaria; y (d) la debilidad manifiesta, todo lo cual conlleva a que merecía una especial protección por parte del Estado, al

configurarse la situación que protege la Constitución en el inciso tercero del artículo 13.

Toda vez que fue evidente la violación de los derechos, y si se llegara a aplicar la ley de modo riguroso, se seguirían conculcando, y vistas las circunstancias propias del caso, resultó necesaria el uso de la equidad con mira a la protección de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

1. Nuestro ordenamiento constitucional diferencia —como lo hace el realismo jurídico— entre la ley y el derecho, al contemplar a cada uno en artículos diferentes: art.4, la Constitución es norma de normas; art.5, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona.

2. El primer inciso del artículo 230 C.P. de Col., que establece que los jueces sólo estarán sometidos al imperio de la ley, no intenta calificar el sistema jurídico colombiano como meramente positivista, ya que es la misma ley, en un artículo de mayor jerarquía, como lo es el art.5, el que establece que primarán los derechos inalienables de la persona humana sobre la ley. Es decir, que si en caso de existencia de una ley que vaya en contra de un derecho inalienable de la persona, primará este derecho sobre la ley que pretenda violarlo.

3. La jurisprudencia y la doctrina, por ser nuestro sistema codificado, son criterios auxiliares en la actividad judicial.

4. Los principios generales del derecho tienen tres funciones diferentes: creativa, interpretativa e integradora.

5. El principio de principios del derecho es la JUSTICIA, enunciado por Aristóteles como "*el derecho debe ser justo y su aplicación equitativa*" y por Ulpiano como "*Estos son los preceptos del derecho: vivir honestamente, no dañar al prójimo, dar a cada uno lo suyo*".

6. Los principios generales del derecho que consagra el inc.2º del art.230 C.P. de Col., son aquellos con función interpretativa e integradora.

7. Los principios constitucionales son también principios generales del derecho, de origen no positivo, pero positivizados mediante su inclusión en el ordenamiento constitucional. Estos cumplen las tres funciones principales: la creadora, dirigida al legislador y a la administración, y la interpretativa, dirigida a la jurisdicción y a la administración y la integradora, dirigida a los tres poderes.

8. El legislador consagró como principio fundamental de la Constitución, y por ende de todo el sistema jurídico colombiano, al principio del respeto por la dignidad humana (art.1 C.P. de Col.). Este principio y los demás consagrados en el título I "De los principios fundamentales" son los que cumplen la función creadora.

9. La equidad, por ser la justicia rectificadora, es también principio general del derecho.

10. Es de anotar que la equidad, no es un concepto unívoco, sino análogo, presentando diversas acepciones pero todas relacionadas, siendo la clásica la enunciada como "justicia rectificadora", propia de la actividad judicial.

BIBLIOGRAFIA

ARISTOTELES. *Ética a Nicómaco*.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá : Temis, 1987.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92. 05/06/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia C-479/92. 13/08/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia C-574/92. 28/10/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

_____. Sentencia T-079/95. 28/02/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

_____. Salvamento Parcial de Voto a la Sentencia C-358/96. 14/08/96. Por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Julio César Ortiz Gutiérrez.

_____. Sentencia T-518/98. 22/09/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

EL DIGESTO DE JUSTINIANO. Versión castellano por A. D'ors y otros. Pamplona : Editorial Aranzadi, 1968.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 20ed. Madrid : Real Academia Española, 1984.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 31ed. Buenos Aires : Porrúa, 1980.

HERVADA, Javier. *Lecciones de filosofía del derecho, I : Teoría de la justicia y del derecho*. 3ed. Pamplona : EUNSA, 1991.

HOYOS CATAÑEDA, Ilva Myriam. *El concepto de persona y los derechos humanos*. Bogotá : Universidad de La Sabana, 1991.

_____. *El respeto a la dignidad de la persona y los derechos humanos en la Constitución Política de Colombia*. En : Dikaion : Revista de fundamentación jurídica, No. 3, 1994, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana - Colombia.

_____. *Las causas del derecho : Estudio desde una consideración realista*. En : Dikaion : Revista de fundamentación jurídica, No. 2, 1988, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana - Colombia.

MONROY CABRA, Marco. *Introducción al derecho*. 8ed. Bogotá : Temis, 1990.

PIEPER, Josef. *Qué significa filosofar?* En: *El ocio y la vida intelectual*.

TOMAS DE AQUINO. *Suma Teológica*.

URIBE VARGAS, Diego. *La Constitución de 1991 y el ideario liberal*. Santafé de Bogotá : Universidad Nacional de Colombia, 1992.

VALENCIA RESTREPO. Hernán. *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Santafé de Bogotá : Temis, 1993.

VILLEY, Michel. *De la justicia como finalidad del derecho*. En: *Compendio de filosofía del derecho*. Pamplona : EUNSA, 1979.