Lección 19

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. *Principios y principios generales del Derecho*

El vocablo «principios» se halla presente desde antiguo en el lenguaje del Derecho y de los juristas, si bien en los últimos tiempos su uso se ha incrementado muy notablemente, apareciendo nuevas perspectivas y problemas. Acaso lo único seguro es que los principios designan una clase o tipo de normas, pero a partir de aquí surgen las dificultades y la ambigüedad semántica. Como elemental aproximación conviene establecer una neta distinción entre los principios explícitos y los principios implícitos o generales del Derecho. Los primeros son aquellos que figuran expresamente contemplados en una disposición; puede suscitarse debate acerca de su fuerza jurídica (en otra época negada en el caso de los principios constitucionales) o del significado concreto de alguno de ellos, pero no acerca de lo que son: se trata de normas como cualesquiera otras a las que el legislador o la doctrina, por alguna razón o seguramente por varias y difusas razones, decide llamar «principio», incluso a veces «principio general del Derecho». Los principios implícitos, en cambio, no aparecen expresamente reconocidos en ninguna disposición y plantean el problema que su propio nombre indica, esto es, si resulta posible hablar de normas implícitas.

Por otra parte, en los últimos tiempos se ha generado una abundante literatura que tiene también como protagonista a los principios, pero que guarda poca relación —al menos directamente— con la contraposición entre principios explícitos e implícitos. Me refiero a la idea según la cual ciertas normas, llamadas «principios» (ahora no importa su origen) presentarían una estructura distinta a la del resto de las normas, llama-

Scanned with CamScanner

das entonces «reglas»; por ejemplo, su carácter abierto, su naturaleza de mandato de optimización. Ya tuvimos oportunidad de decir algo acerca de este problema. Ahora, antes de iniciar el análisis de los principios generales del Derecho que según el Código civil representan la tercera fuente del Derecho, conviene efectuar un par de observaciones sobre los principios explícitos.

Los principios explícitos no parecen suscitar ninguna dificultad especial, pues se recogen precisamente en alguna disposición legislativa, de la que constituyen su significado. Su número es amplísimo, sobre todo tras la Constitución de 1978, que es un texto claramente «principial»: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1), la autonomía y la solidaridad territorial (art. 2), la legalidad, la jerarquía y publicidad de las normas, la irretroactividad de las leyes sancionadoras, la responsabilidad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) son algunos de los principios recogidos en la Constitución, constantemente invocados por la jurisprudencia de su máximo intérprete y de cuya fuerza normativa, incluso derogatoria e invalidante, no cabe dudar. Sin embargo, también fuera de la Constitución es posible hallar esta clase de principios; así, el de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil). Ni que decir tiene que la identificación de los principios explícitos no requiere que aparezcan bajo el *nomen iuris* de «principios», sino que puede ser así considerada cualquier disposición en atención a su generalidad, fundamentalidad, etc.; por ejemplo, está universalmente aceptado que el principio de legalidad penal se halla consagrado en el artículo 1.1 del Código penal («No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpretación») y, sin embargo, en ese precepto no se menciona la palabra «principio».

La constitucionalización de un amplio catálogo de principios y, en general, su recepción en normas expresas no tiene sólo un sentido programático o de manifestación pública del orden de valores en que descansa el sistema, sino que ofrece también una virtualidad práctica indudable que permite diferenciar los principios expresos de los tradicionales principios generales del Derecho. Porque, en efecto, estos últimos, en la medida en que, como veremos, han de concebirse fuera de la ley y de la costumbre, se presentan necesariamente como principios implícitos o deducidos del conjunto del ordenamiento, de manera que una disposición normativa que resulte contradictoria con el principio general tiende a presentarse como una *excepción* al mismo, o, como dice Jori, esa norma se configura como el principio de sí misma. En cambio, un principio expreso, singularmente un principio constitucional, ostenta la fuerza propia del documento que lo consagra y, por tanto, cualquier dispo-

Scanned with CamScanner

sición constrastante ya no será una excepción, sino una *infracción* del mismo, lo que significa que los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores.

2. *Los principios generales como cierre del sistema*

La cultura jurídica de la codificación —que es casi como decir nuestra cultura jurídica— elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso, y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu, nunca un órgano creador de Derecho. Naturalmente, para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias. Radbruch explica muy claramente esta conexión: «La prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar sólo pueden conciliarse entre sí si arrancan de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara o, por lo menos, que partiendo de una ley llena de lagunas, contradicciones y oscura, cabe llegar a una decisión unívoca de cualquier problema jurídico por medios puramente intelectuales». Es el postulado o la ficción consistente en afirmar que la ley o, por lo menos, el orden jurídico representa una *unidad cerrada y completa*.

Pero, a su vez, para que este último dogma tuviera alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto acríticamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho, es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso. Con este fin nacieron los principios generales del Derecho, que serían una especie de último recurso, de más lejana frontera hasta la que puede caminar el juez sin convertirse en creador de Derecho. Con ellos se suponía que quedaba cerrado el sistema de fuentes, «rellenando» todos los huecos o vacíos que hubieran podido dejar la ley y la costumbre. Éste es el sentido del orden de prelación de fuentes establecido en el Código civil: primero se aplica la ley; en su defecto, la costumbre (art. 1.3), y sólo en defecto de ambas procede considerar los principios generales del Derecho (art. 1.4). Luego si, de un lado, se acepta que ley y costumbre pueden resultar insuficientes y, de otro, se impone que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan, *ateniéndose al sistema de fuentes establecido*» (art. 1.7), de aquí

Scanned with CamScanner

resulta lógicamente que en la mentalidad de los redactores del Código los principios generales del Derecho venían a cerrar por completo el sistema jurídico, sin lagunas ni fisuras.

3. *El carácter de los principios generales*

Sabemos, pues, que las fuentes del Derecho español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, y sabemos también que estos últimos sólo se aplicarán en defecto de ley o de costumbre. Ahora bien, de aquí se deduce una primera y fundamental conclusión, y es que, sin perjuicio de que en ocasiones la Constitución, las leyes o la jurisprudencia digan reconocer un principio o un principio general, los principios generales de los que habla el Código civil no son ley ni costumbre, pues si lo fuesen o en la medida en que lo sean ya no se aplicarían «en defecto de ley o costumbre». Que no son ley significa que no constituyen el significado de ninguna disposición, que no existe ningún enunciado lingüístico del legislador (en sentido amplio) cuyo significado sea un principio; que no son costumbre significa que tampoco constituyen la expresión de ninguna práctica social verificable. Pero ¿qué son entonces los principios? La pregunta suscita perplejidad, al menos desde una concepción positivista del Derecho, pues sencillamente no cabe imaginar otra forma de producir normas que no sea la ley o la costumbre. No procede discutir ahora qué es el Derecho, pero de lo que no cabe duda es que el Derecho positivo se compone sólo de prácticas sociales que o bien se muestran directamente como tales (costumbre), o bien encarnan en enunciados lingüísticos a los que llamamos leyes; al menos, mientras no se acepte la función creativa de la jurisprudencia, algo que en la cultura jurídica del llamado positivismo teórico estaba lejos de aceptarse, y de ahí que no se cite entre las fuentes del Derecho. (Con todo, y aun reconociendo la jurisprudencia como fuente del Derecho, los principios generales se configurarían también como algo distinto.)

Esto explica por qué la doctrina de los principios generales del Derecho ha resultado siempre polémica con la concepción positivista, y por qué suele decirse de ellos que son «oscuros» (Ezquiaga), «entidades reales o imaginarias, cualificadas por las más disparatadas propiedades» (Coderch), «realidades impenetrables» (Rubio) o germen de «disparatadas operaciones» (Tarello). Y es que, por definición, los principios a los que se refiere el Código civil son normas implícitas y suponen, por tanto, un presunto Derecho latente, un Derecho que no se capta del mismo modo que se captan la ley o la costumbre, pero que, no obstante, al parecer existiría. En suma, algo bastante difícil de comprender.

Scanned with CamScanner

En realidad, la aceptación de los principios implícitos depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de normas, o sea, obtener una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; y segunda, que la regla así obtenida representa de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple «repetición» de estas últimas acaso los principios generales servirían para ofrecer una descripción más simple o resumida del Derecho o de algún sector normativo, pero evidentemente no servirían como «fuente» que se aplica en defecto de ley o de costumbre.

Pues bien, la primera afirmación, esto es, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener normas a partir de normas, implica a su vez que: «*a*) hay reglas del razonamiento a partir de las cuales se pueden formular las premisas o las consecuencias de normas en vigor y controlar si están justificadas o no; *b*) el concepto de sistema del Derecho contiene las premisas y las consecuencias que se derivan de las normas y las trata como válidas» (Wróblewski). Nos hallamos ante lo que Alchourrón y Bulygin han llamado la reformulación del sistema jurídico; esto es, la sustitución de la base del sistema (un conjunto de normas) por otra base nueva, más reducida y general, pero normativamente equivalente a la base primera. Reformulación que supone una «inferencia deductiva» porque cumple la condición de que el material que maneja el jurista es limitado; es decir, el número de reglas de donde se obtiene el principio es finito y, por consiguiente, la inducción jurídica es lógicamente válida, «del mismo tipo que la que se usa en las ciencias formales: la lógica y la matemática». Así, pues, el método para obtener los principios generales tiene mucho en común con el que se emplea para perfilar la llamada doctrina legal o jurisprudencia de los Tribunales; en concreto para separar la *ratio decidendi* del conjunto de los enunciados que usan los jueces para expresar sus decisiones (*obiter dicta*); un método inductivo que, a partir del examen de las sentencias dictadas en una clase de casos, obtiene el criterio fundamental, la *ratio*, que guía a todas ellas.

Ahora bien, que el método de los principios implícitos constituya una «inferencia deductiva» que garantice la validez lógica del razonamiento es cuando menos discutible, y esto aunque sólo sea porque, por lo común, no se tienen en cuenta *todas* las normas del sistema, sino sólo algunas, que pueden seleccionarse además según distintos criterios; como escribe Jori, «cualquier grupo de normas que tengan algo en común puede usarse para 'inducir' un número infinito de principios». Cabe incluso que un principio se deduzca de una sola norma; es más, deducir la *ratio* o principio de cada norma singular es un proceso previo indispensable tanto para construir un principio general, que se supone

Scanned with CamScanner

común a varias normas, como para la aplicación analógica de cada una de ellas. Como se ha dicho con cierta gracia, de la norma que prohibiese maltratar a los pollos podrían deducirse todas estas normas por vía de principios: se prohíbe maltratar a los animales de corral, a las aves, a los animales en general, a todos los seres vivos. En suma, «en la mayor parte de los casos, construir un principio consiste simplemente en avanzar una conjetura en torno a las razones (a los fines, a los intereses, a los valores) del legislador y tales conjeturas son obviamente opinables» (Guastini). Y es que, efectivamente, las relaciones entre los principios y sus respectivas normas expresas no pueden reducirse a un esquema único, por ejemplo, del tipo general-particular; a veces, los principios son los fines que persiguen las normas, o los intereses que tutelan, o los valores en que se inspiran, o, en fin, sus consecuencias lógicas.

Por otra parte, conviene indicar que si efectivamente se tuviesen en cuenta todas las normas del sistema, el resultado no podría dejar de ser tan contradictorio como el propio sistema. Como sabemos, no existe un legislador racional que diseñe un orden jurídico pleno y coherente; más exactamente, ni siquiera existe *un* legislador, sino muchos que actúan coetánea y sucesivamente. Y aunque el fruto de su actuación tampoco sea una masa informe de decisiones contradictorias entre sí, lo cierto es que cada norma o grupo normativo presenta su *ratio*, su principio; mejor dicho, muchas veces trata de conjugar o armonizar distintos principios, pues las instituciones suelen ser el resultado de un compromiso entre valores incompatibles o al menos contradictorios, entre principios contrapuestos o divergentes; por ejemplo, entre la autonomía de la voluntad negocial y la tutela de la literalidad contractual, entre las garantías procesales y la exigencia de celeridad del proceso, entre la libertad individual y la protección de la seguridad, etc. Reformular el sistema supone entonces reducir a términos más simples las múltiples contradicciones del sistema, pero en modo alguno equivale a convertir en un sistema coherente aquello que no lo es.

Como se ha sugerido, la obtención de los principios implícitos tiene bastante que ver con la analogía; esto es, con la aplicación de una norma a un supuesto específico distinto aunque semejante al que ella misma contempla; supuestos «entre los que se aprecie identidad de razón» (art. 4.1 del Código civil); «pues el uso de la analogía implica siempre la generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general» (Atienza). Tal vez la diferencia consiste en una menor tendencia a la generalización en el caso de la analogía (*legis*) que en el caso de los principios (*analogia iuris*), en el sentido de que una vez creada la regulación analógica del nuevo caso singular, el proceso de

Scanned with CamScanner

normación tiende a detenerse en ese caso, mientras que los principios muestran una tendencia a generar normas diversas aplicables a distintos supuestos de hecho comprensibles en la esfera del principio. Por ello también, y dado que los principios reposan en normas válidas del ordenamiento de las que pueden ser inducidos, su peso o importancia puede ser mayor o menor según sea el número y relevancia de las normas de donde se obtienen (Jori); es decir, cuanto mayor sea el número de normas que podamos citar como expresivas o confirmativas de un cierto principio, mayor garantía existirá de que se trata efectivamente de un principio perteneciente al Derecho en cuestión.

No procede un estudio detallado del razonamiento analógico, pero, según opinión extendida y autorizada, parece que «no tiene una naturaleza estrictamente lógica si se entiende por lógica la lógica formal. En la analogía entra siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica» (Atienza). Los valores que fundamentan el juicio de semejanza y que anudan supuestos distintos a las mismas consecuencias normativas son, a su vez, susceptibles de discusión y de interpretaciones diferentes; de manera que, como escribe Gianformaggio, si compartimos que está fuera de lugar hablar de racionalidad de las valoraciones, se debe reconocer francamente que la analogía es imposible, y no que es otra cosa; es decir, se debe reconocer que en la identificación de los principios implícitos la discrecionalidad del jurista juega un papel destacado. En suma, dichos principios no son el fruto de una atribución de significado a cierta disposición normativa, sino que representan la construcción de ese significado por parte del intérprete; suponen lo que se ha llamado producción de normas por medio de normas, consecuencia de la «intromisión del jurista en el discurso legislativo» según un «procedimiento lógicamente arbitrario» (Guastini).

Por otro lado, no se trata sólo de un problema de validez lógica del razonamiento que conduce de las normas expresas a los principios implícitos. Se trata, además, de que si éstos constituyen estrictamente una reformulación del sistema, una reducción del material jurídico que no altera sus consecuencias normativas, entonces no se comprende qué función pueden cumplir como fuente del Derecho, como fuente que —hemos de suponer— diga algo distinto o suplementario a lo que dicen leyes y costumbres; diga algo distinto ya sea en relación con los supuestos a los que debe aplicarse una consecuencia normativa, ya sea en relación con las propias consecuencias normativas aplicables. En otras palabras, si los principios son una reformulación de normas en vigor, es indudable que desempeñarán una interesante función descriptiva, pero de ellos no deberá obtenerse nada distinto a lo que se obtiene de las normas explícitas.

Scanned with CamScanner

Por ello, ya decía Betti que los principios generales presentan un «excedente de contenido deontológico»; esto es, lo que pudiéramos llamar un «plus» de normatividad respecto de la base o material que constituye su origen. Sin embargo, en la medida en que esto sea así —y debe serlo si es que los principios generales del Derecho representan una fuente distinta a la ley y a la costumbre—, y dado que los principios son fruto de una argumentación efectuada por el intérprete del Derecho, resulta que el razonamiento jurídico se erige en «fuente» de ese plus de normatividad. Los principios se mueven en un dilema del que difícilmente pueden escapar: su elaboración «está atribuida a la ciencia jurídica, sin que ésta pueda modificar la base del sistema», es decir, sin que pueda crear normas. «Sin embargo, tal modificación es precisamente lo que se requiere de los principios cuando son llamados *in ultimum subsidium* para la integración del sistema» (García Figueroa).

Dicho brevemente, si los principios se conciben como la reformulación del sistema de normas vigente, entonces no pueden servir como fuente del Derecho en ausencia de ley o costumbre; y si, por el contrario, son fuente del Derecho, entonces tienen que ser *algo más* que la reformulación de normas explícitas. Naturalmente, es esto último lo que ocurre: es la doctrina y la jurisprudencia quienes, con mejor o peor fortuna, dan vida a los principios generales. El razonamiento del jurista deja de ser una actividad meramente cognoscitiva para convertirse en una actividad creadora de Derecho. Ciertamente, no de una creación libre o arbitraria, sino de una creación guiada y encauzada desde el mismo orden jurídico, y que pretende alcanzar soluciones coherentes con éste; pero creación, al fin y al cabo. En resumen, los principios implícitos son la consecuencia del proceso de integración del Derecho, o sea, de una actividad creadora de normas, y tanto más creadora cuanto menor es el número de disposiciones expresas que pueden aducirse como justificación de la validez de un cierto principio (Guastini).

Scanned with CamScanner