

José María Díaz Couselo

**LOS PRINCIPIOS
GENERALES
DEL DERECHO**



PLUS ULTRA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

© by Editorial PLUS ULTRA

Viamonte 1755 - Buenos Aires

A MIS PADRES

PRÓLOGO

El presente trabajo pretende ser una modesta contribución al estudio de un tema de gran importancia, a pesar de lo cual no dio origen en nuestro país a una bibliografía acorde con ella. Si bien los Principios Generales del Derecho es un concepto utilizado en forma frecuente por legisladores, jueces y juristas, no ha existido gran preocupación por determinar cuál es su naturaleza y cómo se conocen.

Nos hemos propuesto únicamente dar una información sintética sobre los antecedentes históricos, su inclusión en los códigos sancionados a partir de principios del siglo XIX, los diversos sentidos que les han sido dados, su naturaleza y su conocimiento, sin tener la pretensión de agotar el tema, que permite la realización de largos estudios y profundas meditaciones.

Numerosas cuestiones tratadas no presentan originalidad y la referencia que a ellas se hace se debe a su relación con el tema principal. Podrá señalarse la omisión de la cita de doctrinas, teorías y autores, que hubieran dado una visión más completa y acabada, pero esperamos que en la forma que encaramos el estudio de la cuestión en esta obra sea de utilidad para los estudiantes de Derecho, introduciéndolos en el estudio de una cuestión fundamental pa-

ra el iusfilósofo y el jurista, sin perjuicio que sea de interés para aquellos que han concluido esa etapa.

Deseamos quede perfectamente aclarada una cuestión fundamental. Entendemos que desde el punto de vista lógico el ordenamiento jurídico es pleno y que no existen lagunas, pues toda cuestión tiene una solución jurídica que será dada por el órgano jurisdiccional acogiendo o rechazando la demanda, condenando o absolviendo. Pero esa solución puede contrariar el sentido objetivo de justicia de la comunidad o afectar otros valores que debe tender a realizar el Derecho positivo, dando lugar a la existencia de lagunas axiológicas las que deben ser cubiertas recurriéndose a otras fuentes, entre las cuales revisten singular importancia los principios generales del Derecho. Cuando en el texto se hace referencia al concepto "lagunas" sin ningún aditamento, se está mentando estas últimas.

Buenos Aires, febrero de 1971

CAPÍTULO I

EL CASO NO PREVISTO, LAS FUENTES SUBSIDIARIAS Y LOS ÓRGANOS JUDICIALES

1. Problema común a todos los ordenamientos jurídicos

Aunque existen diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, hay problemas que son comunes a todos. Uno de ellos es el relacionado con la aplicación del Derecho a los casos concretos y especialmente con la necesidad de dar una solución justa a cada uno de los conflictos llevados a conocimiento del órgano jurisdiccional.

Esto se relaciona con el hecho de que ninguna ley ni código, “por minucioso y casuístico que sean, puede prever ni dar solución a los innumerables casos que la práctica ofrece; la vida se renueva sin cesar y nuevas necesidades se presentan que no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley. La costumbre se forma también perezosa y difícilmente. El resultado es que jueces y tribunales tendrán que entender de casos que no están previstos en la ley ni en la costumbre”.¹ La mate-

¹ DE DIEGO F. C., citado por RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE Lino, en *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961,

ria sujeta a regulación sufre variaciones, por lo cual las soluciones jurídicas necesariamente deben cambiar adaptándose a las nuevas circunstancias.² SAVIGNY destaca la imposibilidad de prever todas las necesidades futuras en los Códigos. “Frecuentemente se ha creído como cosa posible y buena, conocer por experiencia todos los casos particulares para resolverlos en el lugar correspondiente del Código. Pero quien haya parado mientes en la variedad de los casos de derecho, claro ha de ver cómo semejante empresa debe ser perfectamente infructuosa, siendo difícil prefijar qué límites habrán de encontrar en el porvenir para recoger los casos más importantes”.³

Este problema propio de todas las épocas, se manifiesta con mayor intensidad en aquellos momentos en que se producen en forma acelerada profundas transformaciones sociales. La aparición vertiginosa de nuevas circunstancias, no previstas

pág. 591. Conf. HECK Philipp, *El Problema de la Creación del Derecho*, Ediciones Ariel S. A., Barcelona, 1961, pág. 34 y siguientes.

² Conf. DABIN Jean, *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 299 y siguientes, quien señala que “El Derecho está llamado a cambiar, en primer lugar, por causa de las variaciones de la materia sujeta a regulación... Por consiguiente, si lo dado de la materia es diverso o se modifica, las soluciones jurídicas correspondientes sufrirán lógicamente, el rebote”; cita en ese sentido a SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, I^a, II^a, q. 97, art. 1^o ad 2^m.

³ SAVIGNY Federico Carlos, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946, pág. 55 y siguientes.

en el ordenamiento positivo ni siquiera pensadas como hipotéticamente posibles por el legislador, aumenta el número de casos en que el juez se encuentra ante la situación de que el Derecho formulado no le suministra la solución al entuerto, es decir, que existe una "laguna" en el ordenamiento positivo, denominación con la cual se indica la falta de una adecuada regulación de relaciones o situaciones jurídicas. Pero esas circunstancias acrecientan también el número de casos, con relación a los cuales las normas que a primera vista parece que contemplan en su hipótesis el hecho en consideración, de ser aplicadas, llevan a resultados notoriamente injustos.⁴

Es que los hombres nunca han podido construir un sistema jurídico cuyas normas dieran solución a todas las posibles controversias, tanto inmediatas como lejanas al momento en que el mismo es creado. A pesar de ello, encontramos en la Historia del Derecho juristas que han sostenido que las normas positivas mediante sus previsiones proporcionan solución a todos los conflictos de intereses que pueden suscitarse.

Los romanos decían: "Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur. Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus senatus consulti comprehendi" (Juliano, L. 10, 12 D. de leg. 1, 3).

⁴ Sobre ello ver LUYPEN W., Fenomenología del Derecho natural, Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1968, pág. 17 y siguientes. También pág. 26.

2. *Lagunas axiológicas*

El problema de las “lagunas” se plantea tanto cuando no existe en el ordenamiento positivo una norma que prevea el caso en consideración, como también si la aplicación de la que aparentemente lo considera, produce resultados opuestos a aquellos que ella se propuso, contrarios a los fines perseguidos por el sistema o en desacuerdo con las valoraciones vigentes. En estos supuestos el órgano jurisdiccional debe buscar y hallar la norma pertinente para aplicar, aunque ella no haya sido formulada anteriormente; pero sin dar una solución arbitraria, sino por el contrario objetiva, debiendo ser sumamente prudente cuando se trata de dejar a un lado una norma formulada que prevé el caso, por ser el resultado contrario a una norma superior o al sentimiento de justicia de la comunidad, demostrándonos la experiencia que esos casos no son comunes. Pero no puede sostenerse, como hace BERGBOHM, que “la ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formalmente correcto”.⁵

⁵ Conf. RECASENS SICHES Luis, Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, Fondo de Cultura Económica, Publicaciones de Dianoa, México, 1956, pág. 256 y siguientes.

VERDROSS Alfred, Derecho Internacional Público, Aguilar S. A. de Ediciones, Madrid, 1963, pág. 35, pág. 97 y siguientes, en las cuales se refiere al problema en el Derecho internacional público.

PETERS Kar, citado por MESSNER Johannes en Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, Ediciones Rialp S. A., Madrid, 1967, pág. 478, sostiene:

Lógicamente es imposible la existencia de una “laguna” de la ley como del orden jurídico. Siempre puede darse al caso una solución, por absurda o injusta que resulte. Pero esa injusticia, esa “laguna axiológica”, es lo que debe cubrir el órgano jurisdiccional, recurriendo a normas no formuladas, no establecidas por el legislador oficial, las que tiene que individualizar y deben guardar compatibilidad con las positivas, tanto en su conjunto como con aquellas que se refieren a la materia o zona a que pertenece el caso concreto a resolver; pues la libertad con que actúa en estos casos el órgano jurisdiccional, no le permite arribar a una solución arbitraria o meramente subjetiva.⁶

“Sólo puede hablarse de una nulidad o no aplicación de una ley válida formalmente, cuando viole su contenido al de una norma superior, o su resultado al aplicarse contradiga el sentido jurídico de la comunidad. Pero teniendo en cuenta la seguridad jurídica y la función ordenadora del ordenamiento jurídico, estos casos sólo pueden ser muy raros”.

DEL VECCHIO Giorgio, Los principios generales del Derecho, Bosch, Barcelona, 1948, pág. 52, afirma por el contrario que “en ningún caso puede ser permitido al juez contravenir las normas precisas de la ley, por encontrarse la función judicial subordinada a la legislativa.

La cita de Bergbohm es efectuada por WOLF Erik, en El problema del Derecho natural, Ediciones Ariel S. A., Barcelona, 1960, pág. 193, nota 560.

⁶ Conf. LEGAZ LACAMBRA Luis, Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 427. RECASENS SICHES Luis Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa S. A., México, 1965, páginas 7/8, 326 y siguientes.

Para superar el problema, en los Códigos se enumeran, aunque no en todos, las fuentes del Derecho, tendiendo con ello el legislador a lograr la plenitud del orden jurídico, la cual se obtiene igualmente aunque la mención de ellas no se efectúe.

El artículo 16 de nuestro Código Civil determina que “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Nuestro legislador remite expresamente en última instancia para resolver una cuestión civil, a los principios generales del Derecho, pero igualmen-

DEL VECCHIO Giorgio, *Los Principios...*, ob. cit., página 61 y siguientes. ROSS Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, donde en la pág. 152 y siguientes dice: “El derecho siempre puede aplicarse, por lo menos para no hacer lugar a la demanda, si no hay bases para establecer la obligación jurídica alegada. Lo que realmente sucede cuando la gente habla de una laguna en el derecho es en realidad que, debido a algún punto de vista práctico, no aceptan la solución que se da formalmente en forma de su rechazo de lo petitionado. El derecho siempre puede ser aplicado. Otra cosa es que uno pueda disgustarse con los resultados que sigan de esa aplicación”. Sobre el tema ver también a ROSS Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, parágrafo XIX, págs. 95 y siguientes. Conf. AFTALIÓN Enrique R., GARCÍA OLANO Fernando y VILANOVA José, *Introducción al Derecho*, 8ª edición, La Ley, Buenos Aires, 1967, pág. 233. De acuerdo con lo expuesto en el texto, en adelante, cuando nos referimos a las lagunas, es a las axiológicas.

te en aquellos ordenamientos en que no se hace esa remisión, inexorablemente el órgano jurisdiccional tiene que recurrir a ellos, al no hallar en las otras fuentes, ya sea directamente o por vía analógica, la norma que le dé solución.

El postulado de que el juez debe sentenciar siempre, si no es en base a una disposición de la ley o de la costumbre, al menos en base a la analogía y en último extremo según los principios generales del Derecho, “constituye al mismo tiempo un principio general del Derecho”.⁷

La necesidad de apelar a esos principios se mantiene viva en todo sistema, pues el Derecho positivo es siempre incompleto, no pudiendo prescindirse de ello en países cuyos códigos no hacen esa referencia, como los de Francia y Alemania. En esos ordenamientos debe recurrirse a los principios generales del Derecho, al igual que en aquellos en que el legislador los incluyó dentro de las fuentes subsidiarias, dado que éstas existen con independencia de lo que determine aquél.⁸

No hallando norma aplicable dentro del Derecho formulado, el órgano jurisdiccional debe siempre fallar fundándose en última instancia en los principios generales del Derecho, aunque sobre ello nada diga el ordenamiento respectivo.

⁷ Conf. DEL VECCHIO Giorgio, Los principios..., ob. cit., página 80 y siguientes. RECASENS SICHES Luis, Tratado General..., ob. cit., págs. 322/25.

⁸ Conf. LEGAZ LACAMBRA Luis, Filosofía del Derecho, ob. cit., pág. 435; DEL VECCHIO Giorgio, Los principios..., ob. cit., págs. 116/17.

3. Supuestos que constituyen lagunas

Según RECASENS SICHES⁹ el juez puede encontrarse ante las siguientes situaciones:

a) Que haya una norma formulada y vigente, que cubre el caso planteado, la cual aplicada produce una solución satisfactoria;

b) Que exista duda sobre cuál entre varias normas de igual rango es la que debe aplicarse. En este tipo de situaciones, el juez debe ensayar las soluciones que cada una de las normas producen al ser aplicadas al caso concreto, eligiendo entre ellas aquella que conduce a una solución más satisfactoria, es decir, más justa.

c) Que parezca haber una norma legal que cubre el caso planteado; pero cuando se ensaya la aplicación de ésta al caso particular controvertido, “se cae en la cuenta que la aplicación de la norma” al mismo llevaría a una consecuencia “que parece contraria al resultado que ella se propone, o sea a los efectos que el autor de la norma intentó, o que hubiera intentado de haber tenido a la vista la controversia concreta en cuestión”;

d) “Por más que el juez busque y rebusque, por más que el juez investigue y elabore, no halla en el Derecho positivo previamente formulado una norma que sea aplicable al caso concreto planteado.”

Según el autor, en esta última situación estamos ante una auténtica laguna.

⁹ RECASENS SICHES Luis, *Nueva Filosofía...*, ob. cit., página 250 y siguientes.

Entendemos que en los tres últimos supuestos, la solución puede encontrarla el juzgador en los principios generales del Derecho, una vez agotados los otros recursos que tiene para ello. Los principios pueden darle la pauta para determinar cuál de las dos soluciones es la satisfactoria, si la solución que da el precepto aparentemente aplicable contradice los fundamentos del sistema, y en caso afirmativo al igual que ante la falta de disposición positiva, señalarán el fundamento de la norma individual, que indefectiblemente deberá formular, dando solución de esa manera al conflicto.

Según ENNECCERUS,¹⁰ en cuatro casos existen lagunas de la ley:

1) Cuando ella “da al juez una orientación general, señalando expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares, y que el juez debe estimar e investigar en sus notas particulares (y entonces la ley remite al juez a la buena fe o a los usos del tráfico; o deja a su apreciación si existe un mal uso del Derecho; o lo deja resolver con arreglo a la “equidad”, o bien le plantea la cuestión de lo que en ciertas relaciones sea factible o no, justo, importante, etc.);

2) Cuando la ley calla en absoluto (ya intencionadamente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por haberse suscitado la cuestión después de dictada la ley en

¹⁰ Tratado de Derecho civil, Tomo X, pág. 215 y siguientes, citado por LEGAZ LACAMBRA Luis, Filosofía del Derecho, ob. cit., pág. 397.

virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho);

3) Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces;

4) Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado éstas.”

En el primer supuesto que considera ENNECCERUS, entendemos que no existe una laguna, sino que el legislador delega en el juez la determinación del contenido de esos conceptos.

Cabe destacar la coincidencia de los supuestos señalados por ENNECCERUS que se individualizan con los números 2), 3) y 4) con los señalados con las letras d), b) y c) del análisis que sobre la cuestión realiza RECASENS SICHES.

4. Plenitud del ordenamiento jurídico

Es evidente que existen lagunas en la ley, pues existe una total imposibilidad de satisfacer, de una vez y para siempre, las exigencias de la sociedad, de darse los hombres una regulación normativa para todas las posibles interferencias de sus conductas. La ilimitada variedad y variabilidad de esas conductas en el presente como en lo futuro hace que no se puedan proveerlas en su totalidad en un ordenamiento jurídico. Las más importantes construcciones de Derecho efectuadas por los

hombres no son más que un intento de regular la conducta de ellos en forma total o inmutable, que la realidad de la vida demuestra que se trata nada más que de una pretensión.

Pero, a pesar de ello, toda interferencia entre los hombres tiene que tener un sentido jurídico y el juzgador deberá determinar ante ella lo que es exigible y no exigible, lo que es lícito o ilícito. Ello es expuesto en forma magistral por GIORGIO DEL VECCHIO: “Ningún argumento es tan adecuado para mostrar la naturaleza eminentemente práctica del Derecho, y su plena y perfecta adherencia a la vida, como el siguiente: no hay interferencia alguna entre hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta. Las dudas e incertidumbres pueden persistir durante largo tiempo en el campo teórico. Todas las ramas del saber, y la misma Jurisprudencia como ciencia teórica, ofrecen ejemplos de cuestiones debatidas durante siglos, y a pesar de ello no resueltas todavía y tal vez insolubles; pero a la pregunta ¿quid iuris? ¿cuál es el límite de mi derecho y del ajeno?, debe, en todo caso concreto, poder darse una respuesta, sin duda no infalible, pero prácticamente definitiva.”¹¹

Es decir, que si bien dentro del campo de la Ciencia del Derecho la cuestión puede debatirse y sostener los juristas distintas soluciones, el órga-

¹¹ Conf. DEL VECCHIO Giorgio, Los principios... , ob. cit., pág. 41; RECASENS SICHES Luis, Tratado General... ob. cit., pág. 322/25; AFTALIÓN Enrique R., y otros, Introducción al Derecho, ob. cit., pág. 232.

no jurisdiccional siempre va a dar un sentido cierto a la conducta en interferencia, que para el caso que le fue sometido no admitirá modificación de no existir recurso ante un órgano superior.

Todo sistema jurídico vigente ha de considerarse lógicamente como completo, hermético, sin “lagunas”, constituyendo ese principio de la plenitud hermética del Derecho un principio general, dado que, como se señaló, no puede quedar interferencia sin solución jurídica, siendo ello una necesidad lógica.¹² Es que un ordenamiento jurídico que se

¹² Conf. COSSIO Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 156; KELSEN Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949, pág. 152 y siguientes; del mismo autor *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, pág. 176; AFTALIÓN Enrique R. y otros, *Introducción al Derecho*, ob. cit., pág. 231 y siguientes; AFTALIÓN Enrique R., *Los principios generales del Derecho y la reforma del Código civil*, apéndice N° 1 a *Crítica del saber de los juristas*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1961, pág. 287 y siguientes.

CARRIO Genaro R., en *Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 48, sostiene que: “no sirve como contra-argumento sostener que no existen “lagunas” porque los jueces no deben dejar de fallar”. Disentimos del autor, pues las normas individuales integran el ordenamiento y además, siempre de acuerdo con éste puede darse una solución, aunque sea absurda o injusta. Como hemos sostenido en este trabajo no existen “lagunas” lógicas, sino axiológicas. En el sentido de que el orden positivo tiene por finalidad crear un orden justo en la sociedad, estamos de acuerdo con el autor en que es un “sistema abierto”; pero donde el punto de vista lógico es cerrado.

mostrara incapaz de resolver algunos casos que se presenten en la vida, "se anularía ipso facto a sí mismo, puesto que resultaría inferior a su función, que consiste precisamente en establecer un orden justo entre los que viven juntos".¹³

Pero este principio no significa que el Derecho formulado carezca de "lagunas". Por el contrario, como ya se expuso, ningún sistema contiene las normas que posibiliten mediante su aplicación la solución de todas las posibles interferencias inter-subjetivas. Al expresar que todo ordenamiento es pleno, significamos únicamente que mediante la aplicación de las fuentes subsidiarias y en última instancia de los principios generales del Derecho, el órgano jurisdiccional dará una solución a toda controversia.¹⁴

De no darse una solución cierta a todos los conflictos, se verían afectados valores como la paz, la seguridad, el orden y el más importante de todos ellos, la justicia.

Cuando el órgano jurisdiccional, judicial o ad-

¹³ DEL VECCHIO Giorgio, Los principios... ob. cit., pág. 41 y siguientes. Sobre el tema ver: COSSIO Carlos, La plenitud del ordenamiento jurídico, Buenos Aires, Losada S. A., 1946, especialmente pág. 51 y siguientes donde sostiene que el juez no puede dejar de juzgar sin dejar de ser juez.

¹⁴ Conf. DEL VECCHIO Giorgio, Filosofía del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pág. 319; Los principios..., ob. cit., pág. 41 y siguientes. AFTALIÓN Enrique R., Los principios generales del Derecho..., ob. cit., pág. 289 y siguientes. ESSER Josef, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, págs. 191 y siguientes.

ministrativo, no encuentra la norma en que fundar la solución para el caso planteado, sea ésta legislada o consuetudinaria, ni halla la solución mediante el empleo de la analogía, debe recurrir a los principios generales del Derecho, para fundar la norma individual, la cual debe ser compatible con el ordenamiento nacional, pues para su formulación debe considerar aquellos principios que informan el mismo y que tuvo en cuenta el legislador. Debe asimismo determinar si la solución axiológicamente no es contradictoria con el conjunto de convicciones sociales vigentes, las cuales pueden influir sobre aquellos principios que consideró el legislador, especialmente si ha transcurrido largo tiempo desde la sanción de la norma y las condiciones sociales, políticas, culturales, técnicas u otras que tengan influencia en los juicios de valor de esa comunidad, han variado sustancialmente.

Es que de acuerdo con el principio de la plenitud hermética del Derecho, el orden jurídico debe dar solución a todos los conflictos, mediante los órganos competentes, llenando éstos las “lagunas axiológicas”, eliminando las contradicciones y supliendo las deficiencias del Derecho positivo.

La obligación que impone el artículo 15 de nuestro Código civil al juez es lógica, aunque innecesaria su inclusión en ese cuerpo legal. La misión de los órganos jurisdiccionales es establecer el orden entre los hombres, resolviendo todos los conflictos que puedan surgir de las interferencias de conducta. No juzgar cuando la ley es oscura, insuficiente o no prevé el caso, constituye una negativa a hacer justicia y ello lleva al desorden y a la

inseguridad jurídica. Mientras el legislador no dé solución a las deficiencias demostradas por la práctica, llenando los vacíos o aclarando aquellas normas que por su oscuridad pueden dar lugar a distintas interpretaciones, es a los jueces a quienes compete esa labor. Nuestro codificador al igual que los autores del Código francés, quiso que no quedara duda alguna de la derogación del sistema que establecía que en los supuestos señalados en ese artículo, el juez se desprendía de la causa y el órgano legislativo era el encargado de resolverla.¹⁵

Siguiendo los preceptos de la Constitución Nacional, se reiteraba la división de funciones entre los distintos órganos del Estado y el principio de que el legislador no debe convertirse en juez. Por el contrario éste cuando dicta la sentencia resolviendo el caso sin fundarse en norma legislada o consuetudinaria, pero adjudicándole el sentido que él tiene para la comunidad, no actúa como legisla-

¹⁵ Conf. Colección de Códigos Europeos Concordados y anunciados publicada por D. Alberto Aguilera y Velasco, Tomo I, Establecimiento Tipográfico de la Colección de los Códigos Europeos, Madrid, 1875, pág. 12 y siguientes al efectuar el comentario del art. 4 del Código francés; AFTALIÓN Enrique R., Los principios generales del Derecho..., ob. cit., pág. 291. Sobre ello existen normas en el Código Procesal, en el Código Penal y en la Ley Orgánica de los tribunales y el mal desempeño que implica negarse a fallar por silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley autoriza a la remoción de los jueces de acuerdo al art. 45 de la Constitución Nacional. Disposiciones similares contienen las constituciones provinciales y las leyes locales en cuanto a los órganos jurisdiccionales judiciales de cada provincia.

dor sino como juez, dictando una norma individual que no es aplicable sino únicamente a ese entuerto.¹⁶

5. Actuación del juez ante el caso no previsto

Ante la falta de norma aplicable, el juez puede actuar de tres formas: llenando la laguna mediante la libre estimación; negar toda pretensión no fundada en una norma jurídica; o bien resolver teniendo en cuenta pautas objetivas que le proporciona el ordenamiento, las valoraciones vigentes, la analogía o los principios generales del Derecho. Estos tres supuestos son denominados por HECK: libre estimación, limitación a la subsunción y complementación coherente y dependiente del precepto.¹⁷

El primero, que es propugnado por la Escuela del Derecho Libre, ofrece el inconveniente de que la solución puede ser meramente subjetiva, incompatible con el sistema formulado, con la valoración tenida en cuenta por el legislador o por la comunidad; pudiendo surgir sentencias contradictorias de los distintos jueces, de acuerdo con la libre estimación de cada uno.

El segundo caso, que aparentemente es el que se adecua más con la seguridad jurídica, deja sin

¹⁶ Cfr. comentario al art. 4º del Código civil francés en la colección citada en la nota anterior y en especial la opinión de Portalis sobre el tema, que allí se transcribe.

¹⁷ HECK Philipp, El problema de la creación del Derecho, ob. cit., pág. 40 y siguientes.

protección a numerosos intereses dignos de ella, llevando en consecuencia a soluciones injustas. En el Derecho positivo argentino no existen normas sobre la custodia y disposición de los restos mortales de una persona, pero si los jueces dejaran sin protección a los intereses de los familiares que creen tener un mejor derecho para ello, se consagraría una injusticia. Con excepción de un fallo de principios del siglo que corre, nuestros tribunales siempre han resuelto esas situaciones, recurriendo inclusive a los principios generales del Derecho.¹⁸

La última de las formas indicadas es aquella por la cual el juez integra el ordenamiento llenando la laguna, no en forma libre o arbitraria, sino recurriendo a fuentes subsidiarias que le dan las pautas objetivas para obtener la solución. Las legislaciones que como la nuestra las enuncian, se enrolan expresamente en este sistema. Con relación a aquellas que como la francesa guardan silencio, es la jurisprudencia, apoyada en la doctrina, la que debe determinarlo. La tendencia que predomina actualmente en todos los países, es aquella que reconoce al juez la facultad de integrar el orden positivo, en detrimento de la que lo niega y de aquella que prefiere la decisión de acuerdo a la libre estimación.

¹⁸ El Derecho, 14 de octubre de 1969, con comentario de Werner Goldschmidt. Señalamos que no concordamos con las conclusiones a que éste llega, al hacer la crítica al fallo N° 14.568 publicado en ese número, participando por el contrario con la doctrina del fallo de la Sala F de la Cámara Civil de la Capital.

CAPÍTULO II

ENUMERACIÓN POSITIVA DE LAS FUENTES SUBSIDIARIAS POR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS PARA RESOLVER EL CASO NO PREVISTO

1. Sistemas negativos y positivos

Las legislaciones han adoptado distintas posiciones con relación al problema de las lagunas. DE DIEGO clasifica los sistemas en dos: 1º El negativo, que no dice nada y lo fía todo a la ciencia y técnica del juez; 2º El positivo, en que se marca el instrumento o camino que tiene que aprovechar el juez.¹⁹ En los ordenamientos que integran el segundo sistema, se determinan distintas fuentes subsidiarias, a las que debe recurrir el juez cuando las normas formuladas son insuficientes para fallar las cuestiones que le son sometidas. Algunos, en forma expresa, determinan que en última instancia debe resolver según los principios generales del Derecho, entre los cuales se encuentran nuestro Código Civil, el español, el portugués, el mexicano, el peruano y el canónico. Otro, que debe hacerlo según la equidad, como son los Códigos Civiles de

¹⁹ Conf. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, ob. cit. página 592.

Honduras y Luisiana. Por su parte el Código austríaco se remite al Derecho natural, el Código Civil suizo a las reglas que el juez establecería si tuviese que obrar como legislador e inspirándose en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, y el japonés a “la razón y la equidad”.²⁰

2. Código civil austríaco

El Código Civil austríaco, del año 1811, determina en su artículo 7º que en ausencia de la ley y a falta de disposiciones análogas, el caso “deberá decidirse según los principios del Derecho natural, teniendo en cuenta todas las circunstancias del mismo, cuidadosamente consideradas y pesadas”.²¹ De acuerdo a otras traducciones la remisión del Código austríaco es a los principios naturales.²²

²⁰ Conf. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE Lino, ob. cit., pág. 592 y siguientes; RECASENS SICHES Luis, Tratado General..., ob. cit., pág. 322/25; DE DIEGO F. Clemente, Prólogo a la edición española de “Los Principios generales del Derecho” de Giorgio del Vecchio, ob. cit., pág. 14 y siguiente. El art. 3º del Código japonés remite para resolver el problema de las lagunas a “la razón y a la equidad”, pero ello no implica que no se recurra, en carácter de fuentes subsidiarias, a la analogía y a los principios generales, pues la razón buscará en aquella y luego en éstos la solución.

²¹ DEL VECCHIO Giorgio, Los principios..., ob. cit., pág. 46.

²² WIEACKER Franz, Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, Aguilar S. A. de Ediciones, Madrid, 1957, pág. 310.

NORBERTO GOROSTIAGA traduce ese artículo de la siguiente forma: “No pudiendo ser resuelto un caso, ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, deberá estarse a los casos semejantes resueltos en las leyes y tomarse en consideración los fundamentos de otras leyes análogas. Si, no obstante, el caso jurídico permanece dudoso, deberá decidirse de acuerdo con los principios naturales del Derecho (natürliche Rechtsgrundsätzen) teniendo en cuenta las circunstancias y meditadamente apreciadas”.²³

La alianza del Derecho natural racionalista con la planificación política de la Ilustración produjo, a comienzos del siglo XIX, la primera oleada de codificaciones modernas en los grandes estados autoritarios del centro de Europa y en el occidente europeo, siguiendo el ejemplo de la Francia revolucionaria.²⁴ Entre ellas se encuentra el Código de

²³ GOROSTIAGA Norberto, *El Código civil y su reforma ante el Derecho civil comparado*, Buenos Aires, 1940, Tomo I, pág. 199, nota 11.

²⁴ WIEACKER Franz, *Historia del Derecho...*, ob. cit., pág. 292 y siguientes. Conf. GENY Francisco, *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Editorial Reus, Madrid, 1925, pág. 247 y siguientes. BODENHEIMER Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pág. 193 y siguiente, donde sostiene: “Otro resultado práctico de la filosofía del Derecho natural fue un fuerte movimiento en pro de la legislación. Los defensores del Derecho natural creían que los hombres serían capaces de descubrir un sistema jurídico ideal por el mero uso de sus poderes racionales. Era, pues, natural que tratasen de elaborar en forma sistemática todos los varios principios y normas del Derecho natural y de incorporarlos a un Código. En conse-

Austria, cuyos autores pertenecieron a la Escuela del Derecho natural racionalista. La larga tarea que va a concluir en el Código civil general austríaco de 1811, comienza cuando María Teresa dispone en 1753 que una comisión elabore un Derecho privado general para los territorios de la Corona de Austria y durante ella se observa que todos los juristas que sucesivamente intervienen, pertenecen a esa corriente del pensamiento iusfilosófico. Bajo Leopoldo II, la labor es puesta en manos del profesor de Derecho natural VON MARTINI, quien presenta un proyecto puesto en vigencia a título de ensayo en la Galitzia Occidental, recién anexada y luego en la Galitzia Oriental, que posteriormente va a ser sometido a una revisión. Interviene finalmente en la labor FRANCISCO VON ZEILLER, el más destacado de los juristas de la última etapa codificadora, autor de un "Tratado de Derecho privado natural" publicado en 1602 (*Das Natürliche Privatrecht*). ZEILLER fue discípulo de MARTINI a quien sucede en la cátedra en 1783 y principal comentarista de su propia obra.²⁵

En un comentario a esa legislación sostiene "que las leyes civiles deben ser completas; no debe que-

cuencia, a mediados del siglo XVIII se produce un movimiento en favor de la legislación. Su primer fruto fue el Código de Federico de Prusia (*Allgemeines Landrecht*), promulgado en 1794 por el sucesor de Federico, que contenía importantes elementos de la filosofía jurídica benévola y paternalista de Christian Wolff".

²⁵ Cfr. WIEACKER Franz, ob. cit., pág. 307 y siguientes; DE DIEGO F. Clemente, ob. cit., pág. 15.

dar ningún caso fuera de sus prescripciones... Si el legislador parte de los principios generales de Derecho, si él establece generales y claros conceptos sobre los múltiples modos de actos jurídicos, si de ellos deriva las reglas generales para el juicio de los derechos y obligaciones que surjan, si él establece un juez ilustrado y capaz de pensar y le permite subir en la aplicación a las mismas fuentes de que él se sirvió en la concepción o redacción de la ley... es de esperar que no sean muchos los peligros de la insuficiencia de ésta. Como fuentes primeras, bien que subsidiarias en su oficio de suplir la legislación positiva, nombra él la razón y la experiencia".²⁶

El Código austríaco debe fundamentalmente al Derecho racionalista su teoría de las fuentes del Derecho, al excluir el Derecho consuetudinario y al remitir para suplir las deficiencias de la ley, primero a la analogía y luego a los principios del Derecho natural. Esa fundamentación racionalista se descubre en las distintas instituciones, que son tratadas desde ese aspecto.²⁷

El artículo 7º del Código austríaco es citado por VÉLEZ SÁRSFIELD como fuente de nuestro artículo 16, expresando en la nota al mismo: " Conforme al art. 7 del Cód. de Austria", por lo cual el estudio y determinación de la posición ideológica de sus autores tiene fundamental importancia para el análisis de las fuentes de la codificación civil argentina.

²⁶ DE DIEGO F. Clemente, ob. cit., pág. 15 y siguiente.

²⁷ Cfr. WIEACKER Franz, ob. cit., pág. 310.

A pesar de la innegable filiación iusnaturalista del Código austríaco y lo claro que es su artículo 7, se trató de dar otra inteligencia a sus palabras, de acuerdo con las tendencias jurídicas que fueron predominando durante el siglo pasado y el presente. Se le dieron así interpretaciones que nada tienen que ver con las expresiones “principios del Derecho natural” o “principios generales”.²⁸

En un comienzo se concibió la remisión del legislador de acuerdo con la Escuela a que pertenecía y como claramente lo había expresado en la norma. Pero luego, la ciencia jurídica austríaca tuvo una estrecha participación en el incremento de la Escuela histórica, enemiga del Derecho natural, por lo cual ensalzó de acuerdo con sus postulados al Derecho positivo, buscando en éste la solución para integrar la ley, cuando ella fuera insuficiente.²⁹

Pero a pesar de citar VÉLEZ SÁRSFIELD como fuente de su artículo 16 el Código austríaco de 1811, hay autores que sostienen que la fuente inmediata del mismo es el artículo 7 del proyecto de Código civil uruguayo de EDUARDO ACEVEDO del año 1852, el cual se inspiró en el antiguo Código Sardo, por lo cual éste vendría a ser su antecedente mediato, el cual a su vez tiene como antecedente al austríaco.³⁰ Pero aun admitiendo esta tesis, continúa vigente la importancia del caso de Austria.

²⁸ DE DIEGO F. Clemente, ob. cit., pág. 16. Cfr. AFTALIÓN Enrique R., Los principios generales del Derecho... ob. cit., pág. 299 y siguiente.

²⁹ Cfr. WIEACKER Franz, ob. cit., pág. 311 y siguientes. DE DIEGO F. Clemente, ob. cit. pág. 16 y siguientes.

³⁰ GOROSTIAGA Norberto, ob. cit., pág. 196 y siguientes.

3. *Código civil de los Estados Sardos*

El proyecto del Código civil albertino o de los Estados Sardos, había acogido la fórmula del Código de Austria, pero al ser considerado legislativamente, se modificó la redacción, estableciéndose que "... Cuando el caso permanezca aún dudoso, deberá decidirse según los principios generales del Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso", quedando con este texto aprobado su artículo 15. Esta fórmula es la que adopta nuestro codificador, a pesar de no mencionarla como fuente de su artículo 16.

La modificación de la redacción del proyecto original y el sentido que ella puede tener, fueron estudiados y analizados en forma magistral por DEL VECCHIO, quien demuestra en forma terminante que el cambio no deja de implicar una remisión al Derecho natural, "no sólo por la ausencia de una verdadera contradicción entre las dos fórmulas, sino, además, por el hecho de que no se pronunciara ninguna negación del Derecho natural durante el debate que precedió a la adopción del nuevo término". Agrega que si bien la fórmula utilizada por el Código austríaco suscitó objeciones "debe tenerse en cuenta que tales objeciones no procedían de una aversión sustancial al concepto, sino que sólo tendían a obviar el peligro de una interpretación poco precisa. Casi todas las otras fórmulas entonces propuestas ("principios de razón", "principios de equidad", "principios de equidad natural", "principios de razón natural", etcétera) adolecían de la misma falta de precisión y

presentaban también el mismo carácter iusnaturalista de aquella que se pretendía sustituir; de modo que fue fácil para la Comisión rechazarlas, manteniendo la primitiva”.³¹ A último momento se acoge con el consentimiento del ministro de Justicia, que antes había defendido la expresión “principios del Derecho natural”, la propuesta de utilizar las palabras “principios generales del Derecho”, pero ello no alteró la circunstancia de que los compiladores del Código Albertino quisieron hacer del Derecho natural una fuente complementaria, como lo reconocen incluso quienes mantienen personalmente un concepto distinto sobre el contenido de la expresión.³²

4. Código civil italiano de 1865

El Código italiano de 1865 adoptó la misma fórmula del Albertino, siendo la redacción de su artículo 3 la siguiente: “En la aplicación de las leyes no se le puede atribuir otro sentido que el emergente del propio significado de las palabras según la conexión de ellas y de la intención del legislador. Cuando una controversia no puede decidirse con una precisa disposición legal, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos simi-

³¹ DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios...*, ob. cit., pág. 46 y siguiente; Cfr.: LEGAZ LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 430.

³² DEL VECCHIO Giorgio, *Los Principios...*, ob. cit., págs. 47/48 y notas 8, 9 y 10 del Capítulo I.

lares o materias análogas; cuando el caso quede todavía dudoso, se decidirá según los principios generales del Derecho”.

5. Código civil italiano de 1942

Al reformarse el Libro I de ese Código en el año 1938, el cual va a entrar en vigencia el 1º de julio del año siguiente y que formará parte del Código civil italiano de 1942, se sustituye la expresión “principios generales del Derecho” por “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado” (“*principii generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*”), modificando la redacción del proyecto preliminar que consignaba a “los principios generales del Derecho vigente”.³³

La fórmula del Código de 1942 no representa ningún progreso, sino por el contrario un retroceso.³⁴ Pero ello se debió a la intención de dar en ese cuerpo legal cabida al método de interpretación histórico evolutivo y evitar que se cayera “en excesivas generalizaciones y abstracciones, recurriendo a derechos extranjeros y, por lo tanto, alterando líneas peculiares de nuestra legislación nacio-

³³ SPOTA Alberto G., Tratado de Derecho civil, Tomo I, Parte General, volumen 1, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, nota 23, pág. 383 y siguiente.

³⁴ DEL VECCHIO Giorgio, Filosofía del Derecho, ob. cit., pág. 317; Los principios generales..., ob. cit., pág. 43, nota 3.

nal”.³⁵ Con esa remisión se pretendía que el intérprete tuviera en cuenta, aparte de las normas o instituciones, “la orientación política estatal y la tradición científica nacional (derecho romano, común, etc.) con ella concordante”, pues se entendía que el ordenamiento positivo nacional daría “todos los elementos necesarios para la búsqueda de la norma reguladora”.³⁶ El nuevo artículo deja en consecuencia a un lado los verdaderos principios generales del Derecho, para incluir como fuente supletoria a los principios de un sistema positivo determinado.

6. Código civil y Constitución Federal de México

El Código civil de México también invoca los “principios generales del Derecho” en defecto de ley, llegando en su previsión a enumerar los que han de ser tenidos por tales (artículo 19). Pero es la misma Constitución Federal mexicana la que determina que como último recurso para resolver las cuestiones sometidas al juzgador se recurrirá a los “principios generales del Derecho” (artículo 14). El párrafo cuarto del artículo constitucional citado dice: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de

³⁵ Exposición de motivos de SOLMI, Codice civile, libro primo, progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi, Roma, 1936, ps. 2-3, núm. 3, citado por SPOTA Alberto G., ob. cit., pág. 384, nota 23.

³⁶ Ver SPOTA Alberto G., ob. cit., pág. 384, nota 23.

ésta, se fundará en los principios generales del Derecho". Este texto presenta un defecto, pues se refiere a la interpretación e integración de la ley, con relación al acto por el cual se decide el conflicto llevado a conocimiento del juez, cuando el problema puede plantearse en otras instancias en las cuales deban resolverse cuestiones sometidas al órgano jurisdiccional. En los supuestos que no sean los de la sentencia, parece que la norma constitucional citada deja librado al criterio de aquél la solución del problema, sin ofrecerle pautas para ello, sin remitirlo a ninguna fuente subsidiaria, es decir que no lo limita en la tarea de dar una solución. Tampoco remite con carácter previo a la costumbre y a la analogía, sino que lo hace directamente a los "principios generales del Derecho". A pesar de ello, entendemos que siempre puede recurrirse a la analogía, aunque nada diga sobre ella el ordenamiento positivo. En efecto el razonamiento analógico es un principio general del Derecho, dado que la justicia exige que dos casos iguales sean tratados igualmente, por lo cual el juez mexicano puede recurrir a cualquier principio, sin pasar previamente por la analogía, pero puede echar mano a ella para resolver el conflicto llevado a su consideración.³⁷

El artículo 19 del Código civil mexicano dispone:

³⁷ Cfr. GARCÍA MAYNEZ Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa S. A., México, 1964, pág. 383; DE DIEGO Felipe Clemente, en *La interpretación y sus orientaciones actuales*, Madrid, 1942, págs. 405/6; CASTAN José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Editorial Reus, 1947, págs. 325.

“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán de acuerdo a los principios generales del Derecho”. Si bien esta norma en términos generales concuerda con la disposición constitucional, limita en mayor grado al órgano jurisdiccional, pues la remisión a la fuente supletoria no lo es únicamente con relación a la sentencia definitiva. Luego, en el artículo 20, da pautas para resolver cuestiones ante la insuficiencia de la ley, al establecer: “Cuando haya conflictos de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá en favor del que trate de evitar perjuicios, y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá siempre observando la mayor igualdad posible entre los interesados”. También en el artículo 1857 el Código mexicano, con relación a los contratos, da principios que deben ser tenidos en cuenta para resolver controversias, cuando sean insuficientes los textos legales, diciendo: “Cuando fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas por los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no puede venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contra-

to será nulo”. Las reglas transcritas tienen su fundamento en la equidad, la cual constituye asimismo un principio general del Derecho.

7. Código civil español

Por su parte el Código civil español de 1888, en su artículo 6º determina: “El tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho”. Esta inclusión es una novedad en el Derecho español, pues no existen antecedentes, apareciendo la fórmula en el Código que comienza a tener vigencia el 1º de mayo de 1889. Todas las disposiciones legales anteriores determinaban que existiendo duda en cuanto a la solución de un caso, los jueces o tribunales debían acudir al Rey, el cual declaraba el Derecho aplicable o interpretaba la ley, negando a aquéllos esa facultad, que es propia del ejercicio pleno de su jurisdicción.³⁸

³⁸ SÁNCHEZ ROMÁN Felipe, Estudios de Derecho civil, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911, tomo segundo, pág. 67 y nota 1; Cfr. AFRALIÓN Enrique R., Los principios generales del Derecho, ob. cit., pág. 291 y nota 7.

8. *Código civil de Luisiana*

El Código civil de Luisiana se encuentra también entre aquellos que dan pautas al juez para los casos en que éste se halle ante una laguna legislativa, pero remite a la equidad, disponiendo que a falta de norma expresa o cuando el Derecho positivo no haya previsto el caso que se trata de resolver, el juez decidirá “according to equity”, es decir, según lo exija la equidad, precepto que según MITCHELL FRANKLIN³⁹ fue tomado del proyecto de Código francés del año VIII y casi constituye una versión exacta de la lex II de las redactadas en el proyecto sobre materia de interpretación. Para este autor, la equidad de que habla el artículo 21 de este Código, no es la equidad creadora del pretor y del canciller, sino únicamente una manera de indicar la necesidad y la forma de suplir las lagunas del Derecho positivo, es decir que determina una fuente subsidiaria, la cual a su vez es un principio general del Derecho, como se expuso más arriba.

9. *Código civil suizo*

El Código civil suizo también establece en su artículo primero reglas para que el juez llene las lagunas, dándole una aparente mayor libertad para hallar la norma que resuelva el conflicto, determi-

³⁹ Conf. PUIG BRUTAU J., La jurisprudencia como fuente del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, sin fecha, pág. 149 y siguientes,

nando en su segundo párrafo: “En todos los casos no previstos por la ley, el juez decidirá según la costumbre, y en defecto de ésta, según las reglas que establecería si tuviese que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizada”.

No obstante ser un Código moderno, esta fórmula es inferior a la de algunos anteriores, inclusive el nuestro, los cuales no olvidaron de dar entrada a ingredientes estimativos, aunque fuera con fórmulas no siempre precisas.⁴⁰

Evidentemente es criticable la fórmula, pues puede evocar la representación de que el juez al resolver un caso no previsto en la ley ni por la costumbre crea una norma general, como lo hace el legislador, la cual luego va a aplicar retroactivamente al caso planteado, dado que al producirse éste aquélla no existía. Tampoco el juez puede tener la misma libertad que el legislador y la limitación que pretende incluir el último párrafo no es feliz, dado que para llenar la laguna, debe recurrir primeramente a los principios generales inspiradores del sistema y al complejo de las convicciones sociales vigentes. Pero lo que ocurre ante la insuficiencia del Derecho formulado, tanto legislativo como consuetudinario, es que el órgano jurisdiccional al pronunciar el fallo emite la norma concreta o individualizada con relación a ese caso particular, inspirándose en una norma general ya

⁴⁰ Conf. AFTALIÓN Enrique R. y otros, Introducción al Derecho, ob. cit., pág. 482.

existente aunque no formulada positivamente y que él declara pero no crea.⁴¹

10. Código de Derecho canónico

El Código de Derecho canónico también enuncia las fuentes supletorias en el canon 20, de la siguiente manera: “Cuando sobre una materia determinada no existe prescripción expresa de la ley, ni general, ni particular, la norma debe tomarse, a no ser que se trate de aplicar alguna pena, de las leyes dadas para casos semejantes; de los principios generales del Derecho aplicados con equidad canónica; del estilo y práctica de la Curia Romana; del parecer común y constante de los doctores”.

Todos los códigos que hemos comentado, son ejemplos de aquellas legislaciones que pretenden dar pautas al juez para llenar las lagunas, dentro de las cuales predominan aquellas que remiten a los principios generales del Derecho, aun cuando no coincidan sobre cuáles son las restantes fuentes subsidiarias y el orden jerárquico existente entre ellas.

Otros, en cambio, no determinan a dónde debe recurrirse para encontrar la fundamentación de la norma individual, cuando las generales no prevén

⁴¹ Cfr. RECASENS SICHES Luis, Adiciones a la Filosofía del Derecho de Giorgio del Vecchio, tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1929, pág. 587; el mismo autor en Tratado General de Filosofía del Derecho, ob. cit., pág. 326; MANS PUIGARNAU Jaime M., Los principios generales del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, pág. X.

el caso. Entre ellos encontramos los Códigos civiles francés, belga y alemán. El proyecto de este último remitía a la analogía y luego a los “principios que se desprenden del espíritu del ordenamiento”, pero ambas referencias fueron luego suprimidas por los redactores por considerarlas innecesarias.⁴²

11. Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional

Por último cabe señalar que el art. 38, párrafo tercero, del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya determina la aplicación subsidiaria de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, cuando la cuestión no pueda resolverse por las convenciones internacionales, tanto generales como especiales, ni tampoco por aplicación de la costumbre internacional.

⁴² ESSER Josef, ob. cit., páginas 121 y 191 (nota 21); GENY Francisco, ob. cit., pág. 576, donde afirma que la remisión del proyecto consagraba las dos formas de analogía: analogía legis y analogía iuris.

CAPÍTULO III

EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

1. El Código de Napoleón como ejemplo de sistema negativo ante el caso no previsto

El Código civil francés no contiene un precepto similar a nuestro artículo 16 ni a los otros comentados. A pesar de ello, su artículo cuarto prohíbe al juez rehusar el fallo sobre el asunto sometido a su conocimiento, al prescribir que: “El juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”.⁴³

Como sostiene RECASENS SICHES: “A raíz de la publicación del Código civil napoleónico, la idea de la omnipresencia y de la omnicomprensión de la ley escrita, así como la concepción mecánica de la función judicial, alcanzaron un grado de frenética apoteosis. A este resultado contribuyeron diversos factores, algunos de tipo político, otros que fincaban en la convicción de que aquel Código era la expresión perfecta del auténtico Derecho natural, y, también y sobre todo, la proyección que se hacía

⁴³ En igual sentido art. 15 del Código civil argentino, art. 13 del holandés y 46 del prusiano.

del culto de aplicación de la razón matemática y de la lógica formal deductiva al campo jurídico".⁴⁴

Es que la codificación francesa fue considerada más que un acto de voluntad del legislador, la expresión de un verdadero sistema de Derecho natural, resultado de una revolución que intentó traducir en la práctica el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII. Se trató de crear un Código que llevara solución a todos los problemas que surgieran de las relaciones entre los hombres y ello fue la convicción de muchos. Es que a la idea de nación una e indivisible se une inmeditamente la exigencia, preparada intelectualmente durante mucho tiempo, de sustituir los antiguos particularismos jurídicos por un Derecho general de los franceses fundado en la razón. Esta necesidad ya fue reconocida en el título 9 de la Constitución de 1792.⁴⁵

⁴⁴ RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación..., ob. cit., pág. 184.

⁴⁵ Cfr. WIEACKER Franz, ob. cit., pág. 313; GENY Francisco, ob. cit., N^o 38 pág. 70 y siguientes y N^o 160 pág. 540 y siguientes; WOLF Erik, ob. cit., pág. 163; RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación..., pág. 186; BUNGE Carlos Octavio, El Derecho, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, pág. 459 y siguientes; MESSNER Johannes, Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho natural, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, pág. 294; BODENHEIMER Edgar, ob. cit., pág. 193.

2. Tesis expuesta por Portalis en el Discurso Preliminar al proyecto francés

Es indudable la influencia de los principios ius-naturalistas sobre la obra de la Comisión creada por el consulado en 1800, en la que se destaca entre sus cuatro famosos integrantes, la figura de J. E. PORTALIS y sobre la cual es notable la influencia de JUAN DOMAT y del Derecho racionalista de ROBERTO JOSÉ POTHIER.⁴⁶

Es precisamente PORTALIS quien sostiene en el célebre Discurso Preliminar al proyecto, presentado en nombre de la Comisión Gubernamental, que “preverlo todo es una imposible pretensión”... , “Hágase lo que se quiera, jamás las leyes podrán reemplazar enteramente al uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, el comercio entre los hombres es tan activo, los intereses son tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador preverlo todo. En aquellas mismas materias en que el legislador pone su atención, hay una multitud de detalles que se le escapan o que son demasiado cuestionables y variables para ser objeto de una norma legislativa. Además, ¿cómo suspender la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos, o variar el rumbo de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular pre-

⁴⁶ Cfr. AFTALIÓN Enrique R., y otros, Introducción al Derecho, ob. cit., pág. 334 y siguientes; RIPERT George y BOULANGER Jean, Derecho Civil, Tomo I, Buenos Aires, Editorial La Ley 1963, pág. 84, señalan que Portalis fue el filósofo de la comisión.

viamente lo que sólo la experiencia nos da a conocer? ¿Puede la previsión llevar asuntos que el pensamiento no puede alcanzar? Por completo que pueda parecer un Código no está concluso todavía, como se ve cuando se le presentan al juez mil cuestiones inesperadas. Muchas cosas quedan, por lo tanto, libradas bien al imperio de la costumbre, bien a la discusión de los hombres doctos, o bien al arbitrio de los jueces. La misión de la ley consiste en fijar los principios generales del Derecho a grandes rasgos: establecer principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de cuestiones que puedan surgir en cada materia concreta. Al juez, al jurisconsulto, penetrado del espíritu general de la ley, es a quien toca hacer las aplicaciones. Por eso en todas las naciones privilegiadas, al lado del santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, se ve siempre formarse un depósito de máximas, de decisiones, de doctrinas, que diariamente se depura mediante la práctica y la confrontación de los debates judiciales, que aumenta sin cesar con todos los conocimientos adquiridos, y que se ha mirado siempre como el verdadero suplemento de la legislación... Indudablemente sería de desear que todas las materias estuviesen reguladas por las leyes. Pero, a falta de texto expreso sobre cada materia, sucede que una antigua costumbre constante y fundada, o bien una opinión o una máxima aceptada ocupan el lugar de la ley. Cuando nada de lo establecido por la ley o de lo que nos es conocido como suplemento de ella puede dirigirnos, cuando se trata de un hecho concretamente nuevo, hay que remontarse a los principios

de Derecho natural; porque si la previsión de los legisladores es limitada, en cambio, la naturaleza es infinita, se adapta a cuanto pueda interesar a los hombres. . . ”⁴⁷

PORTALIS, además de sostener la imposibilidad de que el legislador pueda prever todos los casos que la vida presenta, rechaza la idea de establecer un recurso al legislador para resolver los problemas de cubrir las lagunas y, si bien señala límites a la esfera judicial, destaca la importancia de la jurisprudencia. “A la jurisprudencia abandonamos los casos raros y extraordinarios, que no pueden incluirse en el plan de una legislación razonable, los detalles harto variables y discutibles que no deben ocupar al legislador, y todos los asuntos que inútilmente pretendería éste prever. . . ”⁴⁸

⁴⁷ Cfr. RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación. . . , ob. cit. pág. 188 y siguientes; GENY Francisco, ob. cit., pág. 96 y siguientes.

⁴⁸ Cfr. RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación. . . , ob. cit., pág. 189; GENY Francisco, ob. cit., señala que Portalis sostenía la necesidad de una doctrina y de una jurisprudencia autónomas y creadoras, cuya misión sea no sólo interpretar la ley, sino suplir sus lagunas en todas las materias civiles, mientras que “en materia criminal, donde no hay más que un texto formal y anterior en que pueda fundarse la intervención judicial, es necesario leyes precisas, y nada de jurisprudencia”, rechaza asimismo la idea de un recurso al legislador para satisfacer las exigencias de la justicia diaria (pág. 97). “Estas declaraciones tan precisas, destinadas a justificar tanto la concepción general del Código civil como la disposición particular del art. 4º, son tanto más decisivas, cuanto que no triunfaron sin oposición (pág. 98).

Reconociendo la insuficiencia de los Códigos, decía: “un código, por más completo que pueda parecer, no impide que surjan mil problemas imprevistos que, casi tan pronto como está terminado, se ofrecen al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen en la forma en que han sido escritas, en tanto que los hombres, por el contrario, no se dan punto de reposo, obran incesantemente, y este movimiento incesante sometido a diversas modificaciones por obra de las circunstancias, siempre da lugar a nuevas combinaciones, a nuevos hechos y a nuevos resultados”. Y añade que corresponde al magistrado y al jurisconsulto dirigir la aplicación, “pénétrés de l’esprit général des lois”.⁴⁹

3. Evolución posterior de la doctrina francesa. Escuela de la exégesis

Pero a partir de la sanción del Código, desaparece esa idea manifestada por Portalis y, fascinados por la obra legislativa, los comentaristas de la codificación que van a integrar la Escuela de la exégesis, sostienen que el conjunto de normas legislativas vigentes en Francia, mediante el método deductivo, son suficientes para fundamentar todo fallo. Es que para ellos el Derecho se identifica con la ley y lo justo con el Derecho positivo. Coincidimos con Gény⁵⁰ en que es difícil creer que esa exce-

⁴⁹ Cfr. PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 144 y siguientes.

⁵⁰ Cfr. GENY Francisco, ob. cit., pág. 21.

siva importancia dada a la legislación estuviese en el ánimo de los juristas contemporáneos a la sanción de los Códigos, sino como se demuestra en forma terminante a través de los comentarios, ello se va afirmando cada vez más al correr del tiempo hasta observarse que en la generación de juristas que aparece a mediados del siglo XIX predomina en forma clara.

Así fue que el profesor Bugnet expresó: “No conozco el Derecho civil, enseño solamente el Código de Napoleón”.⁵¹ Vemos así que ilustres juristas afirman con énfasis que la legislación dada a los franceses daba solución a todas las necesidades de regulación jurídica que presenta la realidad social, que la ley es la única fuente del Derecho. Laurent escribía: “los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el Código. . . Diría que deben resignarse a ella”.⁵² Valette expresaba: “Se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos 70 años, que sería muy extraño el que quedase un caso al cual no le fueran aplicables en algo las dis-

⁵¹ Cfr. GENY Francisco, ob. cit., pág. 27; BONENCASE J., La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil, México, 1944, pág. 141; GENY Francisco, ob. cit., pág. 27.

⁵² RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación. . . , ob. cit., pág. 190.

posiciones legales". En el mismo sentido se manifiestan Proudhon y Demolombe.⁵³

Pero la misma escuela de la Exégesis, tan apegada en sus primeros tiempos a la letra de la ley, notando la insuficiencia de ello, trata de indagar la intención del legislador, basándose en la interpretación gramatical y lógica, para luego prestar atención al estudio de las fuentes y de los trabajos preparatorios. Pero más adelante, reconociendo el error en que se basaba, determina que hay casos en que el intérprete debe recurrir a la analogía e incluso a los principios generales del Derecho. La primera la fundaron en la voluntad presunta del legislador, dado que siendo situaciones iguales, éste las hubiera regulado de la misma manera. Esto unido a la necesidad de poner en juego principios de Derecho, superiores a la ley positiva, pone en quiebra el sistema de la Escuela de la Exégesis.⁵⁴

⁵³ RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación... , ob. cit., pág. 192; GENY Francisco, ob. cit., pág. 25 y siguientes.

⁵⁴ AFTALIÓN Enrique R. y otros, Introducción al Derecho, ob. cit., pág. 458 y siguientes, especialmente la pág. 470.

CAPÍTULO IV

EL CASO NO PREVISTO EN LOS SISTEMAS NEGATIVOS. TENTATIVAS DE LIMITAR LAS FACULTADES JUDICIALES

1. Necesidad de recurrir siempre a las fuentes supletorias

En aquellos sistemas, como el francés, el belga o el alemán, en los cuales la solución del problema de la integración del Derecho positivo se deja librado a la ciencia, técnica y conciencia del juez, éste no puede actuar libremente, sino que también se encuentra sometido a las fuentes supletorias. El silencio de la ley en lo referente a la determinación de éstas, no significa que no existan o que desaparezca la necesidad de recurrir a las mismas, dado que ellas tienen existencia con independencia de lo que diga el Derecho oficialmente promulgado por el Estado.⁵⁵

⁵⁵ La remisión a los principios generales que efectúa el art. 16 de nuestro Código civil no tiene otra finalidad que limitar el arbitrio del juez. Lo mismo puede afirmarse de las disposiciones similares de otros códigos que enumeran las fuentes subsidiarias de la ley. ESSER Josef, ob. cit., pág. 178 y siguiente; LEGAZ LACAMBRA Luis, Filosofía del Derecho, ob. cit., págs. 428 y 434; GARCÍA VALDECASAS Guillermo, La naturaleza de los Principios

La experiencia ha demostrado que cuando el texto y la estructura del Derecho positivo dejan de aparecer como garantía de solución a todos los problemas a plantearse, el pensamiento jurídico que argumentaba ateniéndose rígidamente al texto de la ley, debe atreverse a tomar como base de su argumentación principios que sólo a duras penas pueden fundarse en ella, pero que evidentemente integran el Derecho. Según ESSER, "la communis opinio doctorum" considera a esos principios integrantes del Derecho.⁵⁶ La complejidad del mundo actual cada día nos obliga a mirar con más intensidad las ideas y principios jurídicos, es decir a recurrir a algo que no es el Derecho promulgado.

La experiencia demuestra que se requiere algo más que leyes. Las situaciones nuevas o únicas que se plantean no pueden tener una respuesta de antemano adecuada. La pretensión del estado moderno de recabar para sí el monopolio de la función de crear el Derecho se aparta de la realidad, que señala que éste existe en virtud de un pluralismo de fuentes a través de toda la historia y que sigue operando en la actualidad. El Derecho está constituido por una serie de normas, principios y conceptos que proceden de fuentes distintas, aunque en su gran mayoría de la actividad legislativa del Estado.⁵⁷

Generales del Derecho en Revista del Instituto de Derecho Comparado N^o 19, Barcelona, julio-diciembre 1962, pág. 47.

⁵⁶ ESSER Josef, ob. cit., pág. 32.

⁵⁷ Cfr. PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 79.

Mediante la aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales, sobre los cuales influye la doctrina, se va formando con el transcurso del tiempo un Derecho caracterizado por su gran casuismo y que primeramente manifestará que se funda en las normas formuladas positivamente, pero que en realidad va a suplantarlas. SALEILLES con referencia al Código civil francés decía: “Le texte du Code civile est resté le même, mais le contenu qu’il recouvre c’est modifié du tout”.⁵⁸

En todos los campos se llega a la conclusión de que los textos formulados nunca agotan la totalidad de una materia jurídica positiva. Pasando revista a los repertorios de jurisprudencia, vemos que nuestros tribunales han reconocido la insuficiencia del Derecho formulado frente a los casos prácticos que deben resolver, lo ajustan a las necesidades del momento y fundan sus sentencias en principios generales.

El problema a resolver consiste en determinar cómo deben colmarse las lagunas de la legislación, cuál es el Derecho que se aplica en esos casos y dónde está.

2. La interpretación y la actividad judicial según la Escuela Exegética

El legislador revolucionario, envanecido y orgulloso de su obra, creyó que su elaboración era perfecta y esplendorosa expresión del Derecho natu-

⁵⁸ Cfr. PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 148

ral de acuerdo con el pensamiento de la Ilustración; que ese Derecho era absoluto, universal y eterno, en vez de considerarlo como una obra histórica. Esta actitud adoptada principalmente por esos grandes juristas que formaron la Escuela de la Exégesis, consideraba que la obra del legislador cubría todos los casos posibles y que ella estaba constituida por dogmas que no serían alterados en lo futuro. Para ellos la labor del intérprete y del órgano judicial consiste únicamente en subsumir los hechos bajo aquellas fórmulas enunciadas por el legislador mediante la lógica deductiva. Son los postulados de esta Escuela los que sirven de base para la teoría que sostiene que la función judicial que se manifiesta en la sentencia, consiste únicamente en un silogismo.

De esta manera trata de limitar absolutamente la labor del intérprete, aunque entendemos que ello no es posible. Son esos juristas, entre los cuales podemos citar a BLONDEAU, MOURLON y DEMOLOMBE, los que sostienen que sólo existe el Derecho positivo y que si en él el juez no encuentra que la pretensión del actor pueda fundarse, debe rechazar la demanda.⁵⁹

Así BLONDEAU proclamó que “la ley debe ser la única fuente de las decisiones jurídicas”, y “si el juez se encuentra en presencia de una ley ambigua o de leyes contradictorias y no es capaz de enten-

⁵⁹ Cfr. SOLER Sebastián, Interpretación de la ley, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, págs. 135 y siguientes; RECASENS SICHES, Nueva filosofía de la interpretación..., ob. cit., pág. 192.

der claramente el pensamiento del legislador, tendrá motivos tan poderosos para abstenerse, como para actuar, y consiguientemente para considerar esas leyes como no existentes, pudiendo por lo tanto rechazar la demanda”.⁶⁰

“Para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez sólo existe un Derecho, el Derecho positivo... el conjunto de leyes promulgadas por el legislador... Las leyes naturales o morales sólo son obligatorias en tanto que han sido sancionadas por la ley escrita. Las demás no son normas jurídicas; de suerte que el juez que se apoyase en éstas para fundar sus decisiones, rebasaría los límites de sus facultades”.⁶¹ “Si en materia civil el actor invoca en apoyo de su pretensión una regla de Derecho natural no sancionada por lo menos indirecta o implícitamente por la ley, el juez no debe concederle el beneficio de su fallo”.⁶²

3. La tesis que sostiene que todo el Derecho se encuentra contenido en la ley y las tentativas de prohibir la interpretación

Es que la Escuela de la Exégesis realizó su interpretación del artículo cuarto del Código Napoleón. Según ella, el texto no admite en realidad que pueda haber silencio, obscuridad o insuficien-

⁶⁰ GENY Francisco, ob. cit., pág. 23.

⁶¹ MOURLON, citado por RECASENS SICHES Luis en Nueva Filosofía de la interpretación... ob. cit., pág. 192.

⁶² DEMOLOMBE, citado por RECASENS SICHES Luis en Nueva filosofía de la interpretación... ob. cit., pág. 192.

cia de la ley...; puesto que dice “bajo pretexto” (en igual sentido nuestro artículo 15 del Código Civil), por lo que el juez legalmente no puede pretender que la ley no le dé los medios necesarios para resolver el litigio sometido a su conocimiento.⁶³

Ese pensamiento de que el Derecho positivo es todo el Derecho y más aún que se halla contenido por completo en la ley escrita, ha solido presentarse a raíz de las grandes codificaciones e incluso después de las grandes compilaciones. Algunas de las Constituciones de Justiniano declaraban perfecta la obra legislativa, prohibían todo comentario, reducían la función judicial a un carácter mecánico, dejando la interpretación del Derecho en manos del emperador.⁶⁴

⁶³ Cfr. ESSER Josef., ob. cit., pág. 374 y siguientes; RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación..., ob. cit., pág. 193. En los motivos de la ley del 3 de setiembre de 1807, de Bigot-Préameneu, se dice: “...bajo Justiniano, la legislación romana salió del caos, pudiendo considerarse la obra de aquel emperador como la menos imperfecta hasta el Código de Napoleón, que es la obra perfecta bajo todos los aspectos” (citado por SAVIGNY Federico Carlos, ob. cit., pág. 68). PROUDHON citado por ESSER Josef, ob. cit., pág. 375 dice: Es, por lo tanto, en el Código Napoleón, donde hay que estudiar el Código Napoleón. Cada laguna es un fracaso del juez, “que calumnia a la ley”.

⁶⁴ Cfr. SOLER Sebastián, ob. cit., pág. 8 y siguientes; RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación..., ob. cit., pág. 181; GENY Francisco, ob. cit., pág. 79 y pág. 116; PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 138; ROSS Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, ob. cit., parágrafo XVII.

Federico el Grande en 1780 promulgó un decreto en el cual se establecía que en caso de duda el juez no dictara sentencia hasta haber oído a la Comisión legislativa, disposición que fue incluida luego en el "Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten" (Derecho territorial general para los estados prusianos) de 1794, restringiendo las atribuciones de los jueces.⁶⁵ Una disposición similar promulgó en 1786 José II de Austria.⁶⁶

En Francia se trató después de la Revolución, de crear un organismo tendiente a evitar que el Poder Judicial invadiera la esfera considerada como propia del Poder Legislativo y se apartara aquél de la estricta aplicación de la ley. Se instaló así el "référé législatif". Todo ello se relaciona con las circunstancias históricas, "tan propicias para considerar al juez como un enemigo del Derecho Promulgado".⁶⁷

MONTESQUIEU ya había señalado la supremacía de la ley respecto a las resoluciones que la aplican.

⁶⁵ Cfr. SAVIGNY Federico Carlos, ob. cit., pág. 110; PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 138 y siguientes.

⁶⁶ Cfr. RECASENS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación..., ob. cit., pág. 181 y siguiente; GENY Francisco, ob. cit., pág. 79 y siguiente.

⁶⁷ PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 139 y siguientes; GENY Francisco, ob. cit., pág. 80 y siguientes, pág. 116 y siguientes. Eduardo I de Inglaterra prohibió al juez Hengham que comentara su estatuto, pues sólo él, que lo había hecho, podía conocerlo (citado por ESSER Josef, ob. cit., pág. 149, nota II-102); asimismo el Tít. I, art. 7º de la ordenanza de Luis XIV de 1667 disponía en igual sentido que el Código josefino de 1786 (ESSER Josef, ob. cit., pág. 372).

“Cuanto más se aproxima un gobierno al régimen republicano, tanto más uniforme llega a ser la manera de juzgar. . . Es de esencia en la constitución del gobierno republicano el que los jueces se atengan a la letra de la ley. Y no hay ciudadano contra el cual pueda interpretarse una ley, cuando de sus bienes, su honor o su vida se trate”.⁶⁸ “Si los tribunales no deben ser fijos, las resoluciones deben serlo de suerte tal, que jamás sean otra cosa que un texto concreto de la ley. Si no fueren más que la opinión particular del juez, la sociedad viviría sin saber las obligaciones que contrae”.⁶⁹

4. *El “Référé législatif” y el Tribunal de Casación en Francia*

La Asamblea Constituyente se apoderó de esas ideas y las extremó, preocupada por establecer el imperio absoluto de la ley en el orden jurídico. Por el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790, se consagra el principio de la separación de los poderes y para evitar las usurpaciones del Poder Judicial sobre el Legislativo (Título II, artículo 10), reserva a la Asamblea Legislativa, no solamente el derecho de dictar disposiciones de carácter general, sino también de interpretar la ley (Título II, artículo 12). Esta norma reitera, aunque exagerándolo, el criterio establecido por la ordenanza de abril de 1667, título I, artículo 7º, en

⁶⁸ Cfr. GENY Francisco, ob. cit., pág. 71.

⁶⁹ Cfr. GENY Francisco, ob. cit., pág. 72

cuanto a la interpretación de las Ordenanzas reales y su fin es limitar o tratar de suprimir, aunque esto último no es posible, la interpretación de las normas generales por el juez al considerar el conflicto llevado ante él. Así aparecen el “référé législatif”, no sólo facultativo para los jueces cuando tuvieran dudas sobre el texto legal, sino también obligatorio para aquellos casos en que aparecieran contradicciones judiciales. Consecuentemente con ello se dictan diversas disposiciones legislativas, hasta que en el año 1790 es instituido el Tribunal de Casación, el cual ha conservado hasta nuestros días su carácter e influencia.

“Si escudriñamos el pensamiento fundamental que inspiró el establecimiento del Tribunal de Casación, no es posible dudar que la Asamblea Constituyente pretendió formalmente limitar su función a la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes con que se pretendió dotar completamente a Francia en plazo breve”.⁷⁰

El artículo primero de la ley que lo crea dice: “Se establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo Legislativo”. Gény sobre el sentido de esta disposición como de lo expuesto por diversos oradores, nos dice que se intentó que el “Tribunal de Casación no formase parte, verdaderamente del Poder Judicial, sino lugar separado y más alto que éste, algo así como una prolongación del legisla-

⁷⁰ Cfr. GENY Francisco, ob. cit., pág. 75 y siguientes; 80 y siguientes; RECASENS SICHES Luis, Nueva Filosofía de la interpretación... , ob. cit., pág. 182 y siguientes.

tivo, el cual delega en él, en cierto modo, el vigilar, fiscalizar o inspeccionar, como llegó a decirse, la aplicación de la ley. En este sentido se manifiesta Le Chapelier, ponente del proyecto.⁷¹

Es característico de esta posición ideológica no solamente limitar las facultades judiciales, sino también condenar los comentarios de los textos. La anécdota de Napoleón ante el primer comentario del Código civil francés, que pone en sus labios la frase: “¡Mi Código está perdido!”, no es solamente una expresión de su temperamento, sino el reflejo de una concepción jurídica,⁷² que se manifiesta también en el decreto que prohíbe expresamente escribir comentarios y tener lecciones orales referentes al Código penal de Baviera de 1813,⁷³

⁷¹ Cfr. GENY Francisco, ob. cit., pág. 76 y siguiente; “... Cree el Comité que la casación de las sentencias contrarias a la ley no es un derecho del Poder Ejecutivo, al cual corresponde sólo el de castigar al juez, sino que debía atribuirse a un Tribunal de Casación, que, situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la ejecución. Este derecho de vigilancia debe conferirlo el Cuerpo legislativo, porque a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia, de tal suerte, que si esto fuera posible, lo verdaderamente ajustado a los principios sería que las sentencias contrarias a la ley se casasen por decreto...” (Le Chapelier, sección 25 de octubre de 1790).

⁷² Esta exclamación “mon Code est perdu” se atribuye a Napoleón ante la aparición en 1805 del primer volumen del comentario de Maleville (ESSER Josef, ob. cit., pág. 187, nota 10).

⁷³ Cfr. SOLER Sebastián, ob. cit., pág. 8 y nota 4 del Capítulo I.

como asimismo tiene como antecedente remoto las Constituciones de Justiniano que citamos.⁷⁴

5. Sometimiento del caso no previsto al órgano legislativo. Sistema vigente en el antiguo Derecho español

Someter a consideración del órgano legislativo el caso cuando el juez se encuentra ante una laguna, para que éste dicte la norma o interprete las vigentes, era un recurso utilizado comúnmente por las legislaciones antiguas. Ese sistema rigió en nuestro territorio durante los períodos hispánico o del Derecho indiano y del Derecho patrio precodificado. El Derecho del Reino de Castilla se caracterizó desde muy temprano por revestir un carácter predominantemente escrito y estatal. Encontramos ya en el siglo XIV expresas disposiciones que determinan que corresponde al monarca interpretar la ley, además de dictarla, lo cual se acenúa a comienzos de la Edad Moderna. Cuando son otros los órganos que dictan las leyes, lo hacen en nombre del rey y en virtud de expresa delegación de éste, el cual puede derogar esas normas o modificar la interpretación efectuada. Ello es propio de un sistema, que si bien distinguía las distintas fun-

⁷⁴ Ver nota 64. RECASENS SICHES Luis, Nueva Filosofía de la interpretación... ob. cit., pág. 181, menciona las siguientes: Const. 12, 1. Código 1, 14; Const. 2, 21. Código 1, 17. Estas disposiciones tuvieron como antecedentes el fr. 1, 47, Digesto, 1, 2 y la Const. 1, Código 1, 14, y la Const. 9, Código 1, 14.

ciones del Estado, no atribuía cada una de ellas a un órgano determinado, sino por el contrario, cada uno de éstos ejercía más de una, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas constitucionales modernos.⁷⁵ En ese sentido encontramos disposiciones en las Partidas,⁷⁶ en el Ordenamiento de Alcalá⁷⁷ y en la Nueva Recopilación.⁷⁸ Siendo aplicable supletoriamente esta legislación en el Nuevo Mundo según lo determinan las Leyes de Indias, estuvo vi-

⁷⁵ SALVAT Raymundo M., Tratado de Derecho civil argentino, 9ª edición, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, pág. 178; LEGAZ LACAMBRA Luis, ob. cit., pág. 393; AFTALIÓN Enrique R., Los principios generales del Derecho. . . , ob. cit., pág. 291; Nota al art. 16 del Código civil argentino: "pero las leyes 11, Tít. 22, y 15, Tít. 23, Part. 3ª, ordenan que, no pudiendo el juez salir de la duda, de hecho o de derecho, remita la causa al soberano para que la decida".

⁷⁶ La Partida 1ª, Tít. 1, 12 siguiendo la tradición goda, que determina que sólo los reyes tienen el poder de hacer leyes, decía "e otro ninguno no ha poder de facer en lo temporal, fueras ende si lo ficieren con otorgamiento dellos". SALVAT Raymundo M., ob. cit., pág. 178, nota 1, menciona además la Part. 7ª, Tít. 23, ley. 4.

⁷⁷ L. 1ª, Tít. 28 del Ordenamiento de Alcalá. Asimismo 1ª de Toro.

⁷⁸ Libro 3º, Tít. 2º, ley 3ª de la Novísima Recopilación que dice: "Y mandamos, que cuando quier que alguna duda ocurriese en la interpretación y declaración de las dichas leyes de Ordenamientos, y Pramáticas y Fueros ó de las Partidas, que en tal como recurran á Nós y á los Reyes que de Nós vinieran para la interpretación dellas: porque Nós, vistas las dichas dudas, declararemos y interpretaremos las dichas leyes como conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al bien de nuestros súbditos y naturales, y á la buena administración de nuestra justicia".

gente en esos territorios la norma que determinaba que para la interpretación y aplicación de las leyes, en la parte que fueran dudosas o deficientes, se acudiera por los jueces y tribunales al rey, negando a aquéllos el importante papel de intérpretes del Derecho vigente.⁷⁹

6. Sistema adoptado por Vélez Sársfield

VÉLEZ SARFIELD, si bien coloca el artículo 15 con una redacción similar al cuarto del Código de Napoleón, establece luego las pautas para que el juez dicte sentencia en aquellos supuestos con relación a los cuales las normas formuladas no dan una solución satisfactoria. Ello implica el reconocimiento expreso por el codificador de la insuficiencia de la ley para resolver todas las controversias que pueden suscitarse, que no existe la desconfianza hacia el órgano jurisdiccional que manifiestan las disposiciones a que hemos hecho referencia y se señala al juez el orden en que debe recurrir a las distintas fuentes supletorias, ratificando su facultad para buscar en ellas la solución en ese supuesto, la

⁷⁹ En la ley 2, Tít. 1, Lib. II de la Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias, promulgada en 1680, se decía: "Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharon, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a la de Toro. . ."

cual es propia de la naturaleza de la función judicial, con independencia de lo que establezcan los textos.

Ello se funda no solamente en principios de orden lógico y filosófico, sino también en principios de carácter jurídico. Cuando se sanciona el Código, estaba vigente la Constitución Nacional de 1853, la que impide que el órgano judicial se desprenda de su jurisdicción. Todas las disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento positivo, al igual que las de otros países, no hacen más que ratificar que los jueces nunca pueden dejar de fallar, dado que forman parte del Poder Judicial, el cual tiene dentro de la organización del Estado la función de establecer un orden entre los hombres, determinando en todos los casos controvertidos cuál es el derecho que corresponde a cada uno. El incumplimiento de esa obligación se encuentra también sancionado por el Derecho positivo.⁸⁰

Con el artículo 16, nuestra legislación se aparta de la francesa y repudia en forma terminante el sistema vigente con anterioridad.⁸¹

⁸⁰ Ver nota 15.

⁸¹ Los arts. 15 y 16 del Código civil, son reproducidos en el Anteproyecto de Babiloni. El art. 7º del Proyecto de la Comisión Reformadora, dice: "Los jueces no se abstendrán de juzgar por silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes. Cuando una cuestión civil no pudiere resolverse dentro de los preceptos legales, se atenderá a lo dispuesto por otros análogos, y en último término, a los principios generales del Derecho, con arreglo a las circunstancias del caso". En la Metodización y Consolidación de leyes llevada a cabo bajo la dirección del profesor Juan Carlos Rébora por el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Cien-

La necesidad de recurrir a los principios generales del Derecho, se mantiene viva en todo sistema, pues siempre el Derecho positivo es incompleto y no puede prescindirse incluso en aquello que como el francés, belga o alemán, no hacen una referencia concreta a ellos, como ya se sostuvo más arriba.

cias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (1930) al pie del art. 16 figura una nota en la que se aconseja "seguir las nuevas orientaciones del Prof. Génny, incorporando un precepto como el art. 1º del Cód. suizo, concordante, por lo demás, con el art. 16 del Cód. argentino, cuando se refiere a los principios generales del Derecho".

CAPÍTULO V

CONCEPTO Y CONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Los juristas no se han ocupado con la intensidad que requiere su importancia, en determinar que debe entenderse por “principios generales del Derecho”, debiendo señalarse que en nuestro país es escasa la bibliografía especializada sobre el tema. Ello es destacado por AFTALIÓN y si bien su monografía fue publicada en el año 1939, podemos señalar que la situación que describe no ha variado fundamentalmente, a pesar del auge que han tenido desde entonces en nuestro medio los estudios iusfilosóficos.⁸²

Es de suma importancia determinar qué debe entenderse por “principios generales del Derecho” así como también, dónde y cómo deben buscarse, pues aun en aquellos sistemas en que el legislador

⁸² Cfr. AFTALIÓN Enrique R., *Los principios generales del Derecho...*, ob. cit., pág. 308. En Italia se han ocupado sobre el tema gran cantidad de autores, aunque con predominio de la corriente positiva; en cambio en España al igual que en nuestro país es escasa la producción bibliográfica (Cfr. OSSORIO MORALES Juan, en el apéndice a la edición española de *Los principios generales...* de DEL VECCHIO, ob. cit., pág. 141).

los menciona expresamente como fuente subsidiaria, no nos dice qué son y cómo los conocemos.⁸³

1. Significados dados a la expresión "principios generales del Derecho"

Con esa expresión se quiere significar dos cosas, según la posición en que se coloque el jurista ante el problema, la histórica o la filosófica, denominadas también positiva o iusnaturalista, respectivamente. Los primeros entienden que la expresión quiere significar principios que están en el Derecho positivo y los segundos que en ellos tiene su origen el ordenamiento jurídico. Como sostiene LEGAZ LACAMBRA, la partícula "de" puede tener el carácter de genitivo posesivo y en consecuencia se haría referencia al primer sentido, como también el carácter de genitivo no posesivo, en cuyo caso se aludiría al segundo.⁸⁴ Esta dualidad se manifiesta en la doctrina en cuanto a la determinación de la naturaleza de los principios generales.

El positivismo jurídico sostiene que ellos son los

⁸³ Cfr. DEL VECCHIO Giorgio, Los principios generales... , ob. cit., pág. 52. BORGA Ernesto Eduardo, La Naturaleza de los principios generales del Derecho, La Plata, 1962, separata de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, pág. 1/3, sostiene que no se cuestiona la existencia de los principios generales, sino su índole o naturaleza, "o, para expresarlo de un modo técnico más significativo y preciso, en la esencia de su ser".

⁸⁴ LEGAZ LACAMBRA Luis, Los principios generales del Derecho, Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, N° 19, julio-diciembre 1962, pág. 51.

que informan un ordenamiento jurídico dado, que están expresados en las normas positivas y son sacados por inducción de ellas.⁸⁵ Consecuentemente con ello se sostuvo que los principios generales a que se refiere la legislación positiva eran los que se encontraban en el Derecho romano, en el Derecho común o en el ordenamiento jurídico del Estado.⁸⁶

Esta práctica de conocer todos los principios generales infiriéndolos de las normas positivas, posee horizontes muy cortos.⁸⁷ El ascenso desde las normas particulares, además de trabajoso, es ineficaz para conocer los principios generales supremos, llegando únicamente a conceptos generales, carentes de la universalidad de los principios filosóficos.⁸⁸ Para mantener su pretensión de que el Derecho positivo es por sí sólo suficiente para resolver todos los problemas que plantea la vida social y ante la evidencia de que esas normas no prevén todo, esta corriente sostiene que en ellas están ex-

⁸⁵ Cfr. ESSER Josef, ob. cit., pág. 5; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE Lino, ob. cit., pág. 594 y siguientes.

⁸⁶ Cfr. DEL VECCHIO Giorgio, Los principios generales... , pág. 42 LEGAZ LACAMBRA Luis, Filosofía del Derecho, ob. cit., pág. 429 y siguiente.

⁸⁷ Cfr. ESSER Josef, ob. cit. pág. 114.

⁸⁸ "La subida desde los saberes particulares por este trabajoso sendero de los sentimientos fue tan ineficaz que no llegó jamás a las alturas de la filosofía, contentándose con teorías generales siempre abismáticamente separadas de la universalidad inherente a las sistemáticas filosóficas", DE TEJADA Francisco Elías, Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico, Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, N° 19, julio-diciembre de 1962, pág. 36.

puestos todos los principios, los cuales se conocen en forma inductiva.

El positivismo si bien acerca el saber a la realidad, superando lo abstracto del iusnaturalismo clásico, únicamente elabora conceptos y reglas en base a los distintos sistemas jurídicos, elaboración de carácter científico que carece de lo universal que implica la esencia del Derecho.

La otra posición es la que sostiene que con la expresión “principios generales del Derecho” se hace referencia a principios suprapositivos, que informan y dan fundamento al Derecho positivo, o sea una normatividad iusnaturalista que expresa el elemento constante y permanente del Derecho, el fundamento de toda legislación positiva.

2. Su origen

No compartimos la opinión de aquellos que sostienen que esa expresión “principios generales del Derecho”, tiene un origen positivista, que en la segunda mitad del siglo XIX fue el sustitutivo que esa corriente encontró para la idea del Derecho natural.⁸⁹ Que esa expresión iusnaturalista haya sido tomada por los positivistas, los cuales le dieron un sentido distinto del que tenía, no implica que ella y el concepto que enuncia sean de ese origen.

⁸⁹ Entre ellos DE TEJADA Francisco Elías, ob. cit., pág. 33; DEL VECCHIO Giorgio demuestra el significado iusnaturalista de la expresión en Los principios generales del Derecho, ob. cit., pág. 45 y siguientes.

Compartimos por el contrario la tesis que sostiene que la expresión tiene su origen en la Escuela Clásica del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII, la cual sostuvo la validez absoluta de sus principios filosóficos, elaborando su doctrina en base a dos supuestos que fueron la validez ilimitada del conocimiento y el de considerar al hombre en el mismo plano que el de la naturaleza, afirmando que su esencia es la razón. Como consecuencia de ello, los “principios generales del Derecho” se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre.⁹⁰

Según COSSIO, esta Escuela desconoció el problema gnoseológico del Derecho, es decir no advirtió la diferencia entre lo lógico y lo axiológico, y por lo tanto, según el autor, el sentido de los “principios generales del Derecho” es equívoco, pues “tienen suficiente título para aspirar a esa calificación tanto los juicios estimativos supremos cuanto los principios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico”; éstos son principios de conocimiento; aquéllos son juicios de valor.⁹¹

3. Sentido dado a la expresión en esta obra

La palabra “principio” es usada para referirse a distintos conceptos, tanto resultantes de la labor de los órganos jurisdiccionales como de los juris-

⁹⁰ Cfr. COSSIO Carlos, *La plenitud del orden jurídico*, Buenos Aires, 1939, pág. 150.

⁹¹ COSSIO Carlos, *ob. cit.*, pág. 151.

tas, pero cuando en el presente trabajo nos referimos a “principios generales del Derecho”, aludimos a los “principios superiores que informan todo el Derecho” y no a los de un Derecho nacional o a una rama de éste. Estos evidentemente tienen su importancia y a ellos debe acudir primeramente el intérprete para dar solución al caso, y cuando no se la dan, recurrir recién a los “principios generales”, siendo aquéllos aplicaciones de éstos, según el grado cultural de la comunidad a la que pertenece ese ordenamiento positivo. Dadas circunstancias análogas, en todo sistema van a jugar los mismos principios, aunque su especificación varíe según las circunstancias culturales de la comunidad.⁹²

Pero dentro de la posición iusnaturalista, hay que distinguir distintas escuelas a través de las diferentes épocas, debiendo destacarse dos corrientes fundamentales: el iusnaturalismo tradicional y el de la Escuela Clásica.⁹³

⁹² Ver ESSER Josef, ob. cit., pág. 5 y siguientes. No compartimos la tesis del autor de que no es posible dar una respuesta unitaria con relación a la naturaleza de los principios.

⁹³ Entendemos por iusnaturalismo tradicional aquel que parte de la antropología aristotélica-tomista, se inspira en ella adaptándose a nuestras circunstancias, teniendo en cuenta la historicidad del hombre y del Derecho. PUY Francisco, en Lecciones de Derecho Natural, I, págs. 133 y siguientes, Santiago de Compostela, 1967, realiza una clasificación más amplia de las corrientes iusnaturalistas actuales: 1) iusnaturalismo tradicional; 2) iusnaturalismo protestante; 3) iusnaturalismo inspirado en la filosofía del idealismo y del romanticismo, que subdivide en: a) corriente que obedece a las directrices de la filosofía

El primero se encuentra aferrado a la historia y a la idea del hombre como ser concreto; en cambio el segundo apártase de la realidad histórica y realiza construcciones fundadas en la pura razón, elaborando normas con la pretensión de tener validez universal para todas las latitudes y todos los tiempos.⁹⁴

Tanto en cuanto al hombre como al saber, hay que considerar dos aspectos o estadios bien determinados. En el hombre son su naturaleza, la realidad ontológica universal del ser humano, por la cual se encuentra sometido a leyes biológicas y normas éticas ineludibles, pues de lo contrario perdería su condición de hombre y en segundo lugar su realidad, su existencia en un determinado lugar y especialmente en un determinado momento histórico, en donde se encuentra sin haberlo deseado y sometido a una cultura que él no creó ni por la cual optó.

En el campo del saber se dan los mismos estadios. Por una parte, el conocimiento de unos principios universales inherentes a la condición huma-

kantiana, b) la de inspiración hegeliana y c) la que se inspira en los supuestos del historicismo y del culturalismo; 4) iusnaturalismo fenomenológico, que subdivide en dos corrientes: axiológicos y existencialistas.

⁹⁴ Se fundaba en dos supuestos filosóficos: 1º) la confianza en la validez ilimitada del conocimiento deductivo (racionalismo); 2º) la atribución de cognoscibilidad e inmutabilidad a la "naturaleza humana" (Conf. AFTALIÓN Enrique R. y otros, ob. cit., pág. 834). Es la posición de Grocio, Puffendorf, Tomasio, Locke y Hobbes, entre otros.

na⁹⁵ y los saberes particulares, adecuados a la realidad histórica, variable tanto en el tiempo como en el espacio, según el grado cultural.

Esas dimensiones antropológica y filosófica se las puede considerar juntas o separadas. Considerando únicamente la filosófica nos encontramos ante el iusnaturalismo abstracto, que niega la historia y pretende valer para todos los hombres en todos los tiempos y lugares; es la gran corriente del pensamiento denominada Escuela Clásica del Derecho Natural, a pesar de los distintos matices que presentan las teorías de sus integrantes. Fundándose solamente en el aspecto antropológico, estamos ante el positivismo, o sea el Derecho que nace y permanece en el hecho, sin alcanzar las alturas de lo universal. Del equilibrio armonioso entre las dos dimensiones resulta que el hombre crea libremente el orden positivo, pero dentro de ciertas premisas, de ciertas pautas axiológicas, dentro de los cauces éticos que ellas determinan, es decir que

⁹⁵ Ellas varían según el concepto filosófico del hombre, es decir según la corriente antropológica que se admita. Las respuestas a la pregunta ¿qué es el hombre? son diversas y las antropologías más significativas son: a) racionalista para la cual el hombre es razón; b) cientificista para la cual es un hecho "empírico", es la antropología del positivismo; c) materialista; d) psicologista; e) conductista; f) biológico-evolucionista; g) logicista; h) existencialista; i) idealista y j) tradicional o aristotélico-tomista, según la cual es un animal racional, que posee al mismo tiempo una vida vegetativa, sensitiva y espiritual (razón). (Conf. PUY Francisco, ob. cit., pág. 83 y siguientes).

esa creación debe acomodarse a unos principios universales del Derecho.⁹⁶

4. *Concepto*

En sustitución de una definición lógica de los “principios generales del Derecho”, MANS PUIGARNAU enumera las principales notas de que participan: principalidad, generalidad y juridicidad. “La idea de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa. En orden a la segunda, la de género en oposición a especie, y la de pluralidad en oposición a singularidad”.⁹⁷

Para nosotros los principios generales son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria. Como consecuencia de ello, sostenemos que tiene un doble papel, pues son el fundamento del Derecho positivo⁹⁸ y además, fuen-

⁹⁶ Cfr. DE TEJADA Francisco Elías, ob. cit., pág. 37 y siguientes.

⁹⁷ MANS PUIGARNAU Jaime M., ob. cit., pág. XXVII y siguientes. Los conceptos de principalidad y generalidad son dados por la lógica. La juridicidad está dada por la circunstancia de que esos principios se refieren a conductas en interferencia intersubjetiva.

⁹⁸ Cfr. la clasificación tripartita de las fuentes que efectúa LEGAZ LACAMBRA Luis (ver Filosofía del Derecho, ob. cit., pág. 380).

te en sentido técnico, pues subsidiariamente en ellos deberá apoyarse el juez para resolver el caso ante la falta de norma expresa, al comprobar la no aplicabilidad de las que integran el ordenamiento positivo, tanto cuando éste lo remite a los “principios generales” como cuando guarda silencio sobre el problema.⁹⁹ Podemos afirmar que son más radicalmente fuentes que las consideradas tradicionalmente fuentes formales.¹⁰⁰

Es que todo ordenamiento jurídico es la manifestación de criterios de valor. Los más destacados filósofos del Derecho están de acuerdo en señalar que la remisión a los principios generales lo es a un juicio de valor, a una estimativa jurídica, que es aquello que tradicionalmente se denomina derecho natural, mientras que generalmente son los intérpretes de la ley positiva los juristas que hacen

⁹⁹ Cfr. LEGAZ LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 394; *Los principios generales del Derecho*, ob. cit., pág. 57, quien no participa del criterio sostenido en el texto de que sean fuente en sentido técnico, atento a que para él únicamente revisten ese carácter los actos creadores de normas.

¹⁰⁰ Cfr. LEGAZ LACAMBRA Luis, *Los Principios Generales del Derecho*, ob. cit., pág. 56. MANS PUIGARNAU Jaime M., ob. cit., pág. XI, sostiene: “Los principios generales del Derecho, sin dejar de constituir primordialmente los fundamentos del mismo, llamados a actuar como último subsidium ‘como fuente supletoria de la ley y la costumbre’ pueden revestir el carácter de ‘reglas de interpretación’ de la ley, pero fundamentalmente son fuente de creación y no de realización del Derecho”. GENY Francisco, ob. cit., pág. 41 dice que las normas contienen consecuencias de principios extraños y superiores a ellas.

ciencia del Derecho únicamente, quienes sostienen que aquélla, al remitir a los “principios generales del Derecho”, no se refiere a un criterio ideal o de estimativa.¹⁰¹ Ello es una consecuencia de las dos posiciones que informan toda la historia, la positivista y la iusnaturalista, entre las cuales se presenta una lucha como dilema existencial para todos aquellos a quienes preocupa la humanidad. “Sin Derecho positivo, no hay humanidad posible; pero el propio Derecho positivo puede encarnar lo inhumano. Por lo tanto el Derecho positivo debe tener un fundamento que lo sustente y estar sujeto a una norma crítica. El mérito de los defensores del Derecho natural reside en haber visto esta necesidad”.¹⁰²

Es que el Derecho no es sólo norma, sino que el mundo jurídico está formado por tres aspectos: hecho, valor y norma, ya que todo fenómeno jurí-

¹⁰¹ Cfr. RECASESNS SICHES Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1936, pág. 173 y siguientes; DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios generales...*, ob. cit., pág. 43 y siguientes; ESSER Josef, ob. cit., pág. 6 y siguientes.

¹⁰² LUYPEN W., ob. cit., pág. 44. Cfr. BORGA Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 18; WELZEL Hans, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1957, pág. 208 y siguientes. Sostiene este último: “Aun cuando la positividad no agote plenamente —como quería el positivismo— el concepto del Derecho, no hay duda de que constituye un momento esencial de él: sólo el orden que posee fuerza conformadora de la realidad es Derecho, y el orden más ideal, que no posee esta fuerza, no satisface la más elemental presuposición del concepto del Derecho” (pág. 211).

dico se reduce a un hecho ordenado normativamente según determinados valores.¹⁰³

RECASENS SICHES define al Derecho diciendo que “es un conjunto de normas humanas, es decir elaboradas por los hombres en una situación histórica, apoyadas o impuestas por el poder público, normas en las cuales se aspira a realizar unos valores”.¹⁰⁴

5. Su importancia como fuente del Derecho

“Los principios generales” afirman, no posiciones abstractas, sino “valores” y en consecuencia al recurrir a ellos que son la base del sistema, para resolver los casos no previstos por las normas formuladas, se recurre a fuentes que tradicionalmente no son consideradas formales, pero participan de las características de éstas. En efecto mediante la aplicación del principio general se va a dar sentido jurídico a un hecho.

Las normas formuladas, legisladas o consuetu-

¹⁰³ REALE Miguel, *Filosofía do Dereito*, Ed. Saravia, Sao Paulo, 1953; *La filosofía del Derecho y las formas del conocimiento jurídico*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961-IV, pág. 143 y siguientes; AFTALIÓN Enrique R. y otros, *ob. cit.*, pág. 149 y siguientes; TORRES LACROZE Federico, *Manual de Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1967, pág. 11 y siguientes; COSSIO Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial*, Buenos Aires, 1967, pág. 86 y siguientes; VERDROSS Alfred, *ob. cit.*, pág. 16; GOLDSCHMIDT Werner, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1960, pág. 31.

¹⁰⁴ RECASENS SICHES Luis, *Tratado General...*, *ob. cit.*, pág. 158.

dinarias, son la aplicación, el desarrollo o la concreción de los principios generales, pero en forma parcial. Por ello en los casos en que falta la norma que los considere y la cuestión tampoco pueda resolverse mediante la analogía, debe recurrirse al principio o principios que afirman la existencia de un valor vigente en la comunidad.

Muchos juristas dan a los principios un carácter secundario dentro de las fuentes del Derecho, pues son aplicables únicamente en último lugar y en cuanto sean compatibles con el Derecho formulado. Pero otros por el contrario, sostienen, y nosotros compartimos su opinión, que ellas ocupan un lugar peculiar entre las fuentes, porque valen antes que la ley, en la ley y después de la ley. Aparecen situadas en tres planos: el iusnaturalista, anterior a la creación legislativa; el político o sea dentro de esta última y el científico-técnico, en la elaboración doctrinaria y jurisdiccional.¹⁰⁵

“El Derecho brota, mana de los principios generales, porque viene de ellos, está poseído por ellos. Pero evidentemente, estos principios no son tampoco lo radicalmente último... Los principios generales del Derecho constituyen la capa más profunda de la dimensión normativa del Derecho: pero la realidad última del Derecho no es normatividad. La normatividad —lo mismo si es positiva como iusnaturalista —es la formulación intelectual de lo que se lee en la “naturaleza de las cosas”, no

¹⁰⁵ Cfr. LEGAZ LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 394; *Los principios generales del Derecho*, ob. cit., pág. 57.

olvidando que las 'cosas' de que se trata son también situaciones humanas históricas en recíproca interferencia".¹⁰⁶

6. *Su conocimiento*

¿Cómo llega el hombre al conocimiento de esos principios?

El dogmático primeramente efectúa el estudio de los textos, para descubrir en ellos los principios generales sobre los cuales se fundan y luego descender de ellos para elaborar la norma individual. "Se quiere arrancar de las normas, frecuentemente con procedimientos inductivos, el principio general o la definición que pueda servir de 'mayor' para un silogismo; y de aquél, con una serie de deducciones, que han hecho parangonar la jurisprudencia a la geometría, se traen las soluciones para los casos particulares, unas soluciones constituidas por nuevas fórmulas imperativas, que reproducen, o tratan de reproducir, cuando menos, las que hubiera dado el legislador en las mismas circunstancias".¹⁰⁷ Este procedimiento lógico por sí sólo es insuficiente para conocer los principios generales, pues para ello siempre se requieren juicios de valor. Cuando el dogmático trata de establecer cuál es el principio que informa una norma como

¹⁰⁶ LEGAZ LACAMBRA Luis, Los principios generales del Derecho, ob. cit., pág. 57.

¹⁰⁷ DE FRANCISCI Pietro, Puntos de orientación para el estudio del Derecho, Barcelona, 1951, págs. 44/45.

aquellos que fundamentan un ordenamiento en su totalidad, su labor, aunque él no lo perciba, está guiada por las valoraciones vigentes en su ambiente. Tanto la construcción de un sistema como la interpretación y la aplicación del Derecho se efectúan sobre la base de juicios de valor.¹⁰⁸

Mediante el estudio de un ordenamiento jurídico, es decir fundándose en la experiencia, se pueden conocer los “principios” que informan ese derecho formulado, pero no los principios universales del Derecho, es decir que ese conocimiento se reduce a los principios formulados, o sea a los criterios axiológicos que de hecho y efectivamente se encuentran enunciados en ese sistema. Para llegar al conocimiento de los “principios generales del Derecho”, debe realizarse una operación de estimativa que no se funda únicamente en la experiencia que nos rodea.

Pero ese conocimiento además de limitado es imperfecto. DEL VECCHIO afirma que “si en abstracto se puede admitir la plenitud y continuidad de la serie que conduce de lo general a lo particular, en cuya hipótesis tan sólo la serie podría impunemente invertirse, conduciendo siempre a un conocimiento completo, en realidad los casos particulares de la experiencia jurídica no representan otra cosa que fragmentos dispersos, capaces a lo sumo, de encaminar a una construcción ideal del todo, pero no ciertamente de realizarla. Para esto se requiere la intervención de la razón, la cual, en la busca de los principios generales del Derecho en-

¹⁰⁸ Cfr. DE FRANCISCI Pietro, ob. cit., pág. 45/48.

cuentran cierta ayuda en el examen de las normas particulares, pero ha de referirse también en último término, a la fuente viva que tiene en sí misma; puesto que precisamente del propio sujeto emanan originariamente los principios de la verdad jurídica general, que después se reflejan de distinto modo y con diversa intensidad en las formas concretas de la experiencia".¹⁰⁹

Las normas jurídicas no tienen entre sí una vida independiente, sino que se encuentran enlazadas por relaciones de fundamentación y derivación, formando un todo homogéneo estructurado jerárquicamente, al que denominamos ordenamiento jurídico. Este se encuentra integrado por la totalidad de las normas generales formuladas por los órganos con competencia para ello, como también por las consuetudinarias y las normas individuales, siendo estas últimas las que lo completan al dar solución al caso particular.¹¹⁰

Pero la relación entre las normas jurídicas no se establece únicamente por su creación o sea mediante la denominada fundamentación formal, sino también en cuanto al contenido o fundamentación material, atento a que el de unas se enlaza con el de otras, como lo especial a lo general, pues el contenido de toda norma debe coincidir, por im-

¹⁰⁹ DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios generales...*, ob. cit., pág. 65.

¹¹⁰ Cfr. RECASENS SICHES Luis, *Nueva filosofía de la interpretación...*, ob. cit., págs. 273/74; BIDART CAMPOS Germán J., *La interpretación y la integración constitucionales*, en *El Derecho*, Buenos Aires, 13 de octubre de 1939.

plicación, con el de la de grada superior.¹¹¹ Las normas individuales se encuentran en esa situación respecto de las generales, pues tanto el supuesto de hecho como los efectos jurídicos determinados en las primeras, están comprendidos en las segundas. También las normas generales se relacionan de la misma forma, atento a que entre ellas hay distintos grados de generalidad. Incluso aquellas que tienen una fuente de igual jerarquía y fueron dictadas en un mismo acto, como las del Código civil, en cuanto a su contenido se encuentran en relación de lo particular a lo general; así las normas relativas a un contrato y las referentes a la *contratación en general*. Esa misma situación existe entre normas de igual o distinta jerarquía, reguladoras de instituciones distintas, en cuanto se relacionan a través de una norma superior a ambas; así las que rigen los contratos de compra-venta y donación, tienen su punto de contacto en las que se refieren a la *contratación en general*.¹¹²

La gradación entre normas de igual jerarquía existe en base al distinto grado de abstracción o particularidades del supuesto de hecho que determina la aplicación. Cuanto más general es una norma por su contenido, más cantidad de normas menos generales comprende. Desde los principios

¹¹¹ Cfr. AFTALIÓN Enrique R. y otros, *Introducción al Derecho*, ob. cit., pág. 220 y siguiente.

¹¹² Cfr. DABIN J., ob. cit., pág. 95 y siguiente; GARCÍA VALDECASAS Guillermo, *La naturaleza de los principios generales del Derecho*, en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, N° 19, julio-diciembre de 1962, pág. 44 y siguiente.

más generales, que proyectan valores para resolver problemas que crea la convivencia entre los hombres, hasta las normas más concretas, existe una gradación. Ante la relación indicada, corresponde establecer una regla que determina que la norma más específica excluye la necesidad de recurrir a una más general o al principio que la informa, para resolver el problema creado por la interferencia de conducta. Pero cuando carecemos de toda norma, cuando la analogía no da la solución, es decir cuando nos hallamos ante una auténtica laguna, debemos recurrir al principio general aplicable, es decir al que hubiera tenido en cuenta el legislador, de haber previsto esa necesidad y actuado de acuerdo con las necesidades y valoraciones de la comunidad respectiva.¹¹³

Incluso en aquellos sistemas cerrados que han sido bien meditados, quedan sin resolver problemas de estimación, debiendo el juez en estos casos al igual que el legislador, pasar la mirada sobre el campo social para determinar cuáles son los valores admitidos en el mundo contemporáneo, mediante los cuales se concreta una cultura fundada en la tradición, pero constantemente renovada, y cuyo resultado es el establecimiento de un orden del cual la Constitución escrita es su manifestación positiva en forma parcial. La labor judicial establece una constante relación entre los valores éticos sustanciales y los valores formales e instituciones ju-

¹¹³ Cfr. PUIG BRUTAU José, ob. cit., pág. 194. Con este autor no compartimos su afirmación de que los principios fundamentales son una proyección de la "moral".

rídicas; pero como representante de la comunidad que es el juez, no debe actuar ligado a su convicción, sino a la voluntad jurídica de la comunidad, de acuerdo con la “conciencia jurídica” de ella, es decir según aquellos “principios generales” de los que ella es consciente, pues siempre en estos casos debe tenerse presente, además del valor justicia, el valor seguridad jurídica.

Los principios generales del Derecho son el fundamento de las normas jurídicas, que los desarrollan y especifican sucesivamente, hasta llegar a la norma individual. Es decir, que las normas inferiores, en cuanto manifestaciones de un “deber ser axiológico”, aparecen como una derivación o deducción del contenido de las normas superiores y en consecuencia de los principios generales del Derecho.¹¹⁴

En base a la relación que existe entre todas las normas integrantes de un ordenamiento, se ha sostenido que “para llegar al conocimiento de los principios generales del Derecho, en cuanto principios positivos, hay que seguir la vía de la inducción, abstrayéndolos progresivamente del conjunto de las normas particulares.”¹¹⁵

¹¹⁴ Cfr. GARCÍA VALDECASAS Guillermo, ob. cit., pág. 45 y siguiente. ESSER Josef, ob. cit., pág. 120, sostiene que la estructura del ordenamiento no puede limitarse a un diagrama de grados de formación del Derecho en el sentido de Adolf Morkl, sino que aún en el mismo grado aparece toda una armazón de normas de distinta densidad y amplitud. Cfr. DEL VECCHIO Giorgio, Los principios..., ob. cit., págs. 64/65.

¹¹⁵ Cfr. GARCÍA VALDECASAS Guillermo, ob. cit., pág. 46.

Así RIPERT-BOULANGER y CARNELUTTI, sin desconocer que se trata de principios iusnaturalistas, sino por el contrario afirmándolo, sostienen que pueden conocerse extrayéndolos del Derecho positivo.

Los primeros sostienen que “examinando el conjunto de leyes que, en un país y en una cierta época, establecen un orden considerado como justo, se pueden extraer los principios generales de ese Derecho. Constituyen en alguna forma la armazón de la legislación positiva. Su conocimiento permite decir que una ley es contraria al Derecho cuando viola esos principios.”¹¹⁶

CARNELUTTI se pronuncia por que son principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta, o sea, principios de Derecho natural; pero en tanto que se habla de ellos en el plano de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que han de estar incorporados a la legislación positiva. De lo contrario, su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente del Derecho. “Se derivan de las normas positivas y no deben buscarse fuera de ellas; que como el alcohol dentro del vino, son el espíritu o esencia del Derecho”.¹¹⁷

No coincidimos con CARNELUTTI en lo referente a que la aplicabilidad de los principios generales para resolver un caso ante la existencia de una “laguna” depende de que ellos estén incorporados a la legislación positiva del país respectivo. De ser

¹¹⁶ RIPERT-BOULANGER, ob. cit., pág. 13.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE L., ob. cit., pág. 596.

así, se estarían aplicando los “principios generales” de ese ordenamiento y no los del Derecho sin limitación alguna, reduciendo la solución a la aplicación de la analogía. Este procedimiento de integración del Derecho consiste precisamente en extraer los principios de las normas formuladas para aplicarlos extensivamente a casos cuya divergencia con los considerados por la ley no es decisiva. Por último esa interpretación contiene una limitación a la aplicación de los “principios generales” que no fue intentada por el legislador, excepto en casos como el Código italiano de 1942, la cual tampoco existe en los ordenamientos en los cuales no se enumera esa fuente supletoria, pero a la cual debe recurrir igualmente el órgano jurisdiccional.

DE DIEGO participa de esa interpretación restringida, al sostener que el legislador al invocar los principios generales pensó en los del Derecho español, en aquellos que aprovechó al formular las reglas del Código, y que no por eso quedaron agotados.¹¹⁸

Esta posición es atacada por MANS PUIGARNAU¹¹⁹ aduciendo “que si ello fuera así, y aparte de que el Derecho no podría renovarse mientras durase la vigencia de las leyes, prácticamente significaría casi negar la virtualidad de los principios como fuente jurídica independiente, pues en reali-

¹¹⁸ DE DIEGO Felipe Clemente, *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid 1929, pág. 95; Estudio preliminar a la edición española de *Los principios generales del Derecho* de G. DEL VECCHIO, ob. cit., pág. 21 y siguientes.

¹¹⁹ MANS PUIGARNAU Jaime M., ob. cit., pág. XII. Ver también págs. XIII y XIV.

dad no entraría en vigor ninguna norma supletoria, y, en consecuencia, no nos moveríamos de un círculo vicioso. La mera aplicación de los principios en que se inspira el propio sistema legal no sería suplir plenamente la insuficiencia de la ley y de la costumbre, sino aplicar el Derecho por el procedimiento analógico, que es la forma más restringida de dar paso a los principios generales, toda vez que se limitan a los inspiradores del sistema vigente”.

Para nosotros los únicos requisitos para que los principios entren en vigor son que sean aplicables al caso y no incompatibles con aquellos que informan el sistema positivo.¹²⁰

Entendemos que de la misma forma que no pueden obtenerse por deducción únicamente todas las normas partiendo de los principios generales, dado que aquéllas tienen elementos contingentes y empíricos; tampoco pueden inferirse de las normas que integran un ordenamiento positivo aquellos principios que lo informan. “La aspiración de un extremado racionalismo, que pretendiera deducir exclusivamente de puros principios la concreta multiplicidad de las reglas de Derecho, sería indudablemente rechazada por cualquier jurista; pero igualmente errónea sería la pretensión de un exagerado empirismo que presumiera de construir “a posteriori”, utilizando las normas particulares, los

¹²⁰ Cfr. DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios*, ob. cit., pág. 61 y siguientes. Cfr. MANS PUIGARNAU Jaime M., ob. cit., pág. XVII y XIV, aunque disintimos del autor en cuanto sostiene que además deben estar reconocidos judicialmente.

principios que constituyen su premisa y su base".¹²¹

FEUERBACH formuló ya la constatación de que a partir de cierto límite, es imposible "hacer marchar atrás y derivar directamente lo general de lo particular, por lo que no queda otro recurso que empezar hallando la regla independientemente de lo dado". De lo cual se deduce: "Aquí debo, por tanto, salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo".¹²²

Actualmente ESSER sostiene en forma vigorosa esa misma posición y en ese sentido se manifiesta RECASENS SICHES.¹²³ Pero disentimos del primero en la crítica que hace al iusnaturalismo con respecto al tema que estamos tratando.

Para otros autores, el problema que debe resolverse no radica en saber si los principios son conocidos, se infieren del ordenamiento jurídico, atento a que admiten esa posibilidad, sino si ellos se constituyen en esa inferencia. Lo primero puede ser un método que utiliza el jurista dogmático para llegar a los principios, es decir allí donde tiene su origen, su fundamento todo el Derecho y por ende el ordenamiento particular que él considera.

Que los principios pueden descubrirse instalándose inicialmente en el mismo ámbito de lo "arquétipico", o sea en el ámbito de ellos, es sosteni-

¹²¹ DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios generales...*, ob. cit., pág. 66.

¹²² DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios generales...*, ob. cit., pág. 66 nota 6; Cfr. ESSER Josef, ob. cit., pág. 15.

¹²³ Cfr. ESSER Josef, ob. cit., pág. 14 y siguiente; RECASENS SICHES Luis, *Tratado General...*, ob. cit., pág. 326.

do por LEGAZ LACAMBRA al mismo tiempo que admite que no existe ningún inconveniente en seguir el camino opuesto, es decir elevarse a los principios desde el suelo firme de los contenidos jurídicos.¹²⁴

También GARCÍA VALDECASAS sostiene esa posibilidad, al afirmar que para llegar al conocimiento de los principios generales, en cuanto principios positivos, hay que seguir la vía de la inducción, abstrayéndolos progresivamente de las normas.¹²⁵

Però ambos autores coinciden, al afirmar que la ciencia no hace más que descubrir los principios, pero que de ninguna manera los crea.

7. Experiencia y razón en el conocimiento de los principios

Entendemos que los principios generales del Derecho no son evidentes, pues ese carácter pueden tenerlo aquellas fórmulas meramente formales, mientras que aquéllos enuncian, afirman valores.

Para llegar a su conocimiento debemos partir de la realidad, pero no podemos basarnos únicamente en la experiencia. El filósofo del Derecho lejos de aislarse de las realidades sociales, debe observarlas profundamente, pero no debe quedarse en la experiencia.

Luego de un profundo análisis sobre el tema, MESSNER se pronuncia de la siguiente forma: “los

¹²⁴ LEGAZ LACAMBRA Luis, Los principios generales..., ob. cit., pág. 53 y siguiente.

¹²⁵ GARCÍA VALDECASAS Guillermo, ob. cit., pág. 46 y siguiente.

conocimientos fundamentales del orden jurídico y moral no se basan solamente en la experiencia del hombre y su aspiración al valor (búsqueda de la felicidad), como supone unilateralmente la Etica eudemonista; ni en un conocimiento de los valores (conocimiento de los principios) puramente apriorístico, como afirma unilateralmente la Etica intuicionista. Antes bien, el conocimiento de los principios depende de la experiencia y, aunque se hacen presentes a la conciencia a través de la dicha experiencia, resultan ser cognoscibles inmediatamente, es decir, son de carácter intuitivo y evidente y, por ello, su validez es apriorística: representan por lo tanto, juicios sintéticos a priori”.¹²⁶

Es decir que el conocimiento de los principios no tiene un fundamento a priori o en datos empíricos en forma unilateral, sino que existe una constante relación, entre la experiencia y la razón, es decir que esta posición se encuentra separada del empirismo como del racionalismo, con su priori racional vacío de contenido.

8. La posición positivista recurre a la analogía cuando se refiere a los “principios generales”

Con relación a la posición positivista y todas aquellas que sostienen que los principios pueden ser conocidos a través de la experiencia, de las normas formuladas por un procedimiento inductivo,

¹²⁶ MESSNER Johannes, *Etica Social, Política y Económica a la luz del Derecho natural*, Ediciones Rialp S. A., Madrid, 1967, pág. 359.

señalamos que ello lleva únicamente a la integración del Derecho por medio de la analogía legis y por la analogía iuris, pero no al conocimiento de los “principios generales del Derecho”.

Siguiendo a ENNECERUS podemos afirmar que la analogía de la ley “parte de una proposición jurídica concreta. Desenvuelve su idea fundamental purificándola mediante la eliminación de todos los factores no esenciales, y aplica la idea depurada de esta suerte a los casos que encajan en ella y que sólo se distinguen de los resueltos en la ley en puntos secundarios que no afectan intrínsecamente a la esencia de la regla”. La referida es la analogía legis, ante la cual se encuentra la analogía iuris, la que arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas generales y extrae de ellas por vía de inducción, principios más generales y los aplica a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley”.¹²⁷

Pero no se llega a los principios generales, ya que por medio de ese procedimiento se va de lo particular a lo particular semejante o análogo.¹²⁸

Cuando se hace referencia a los “principios generales del Derecho”, como ya expusimos más arriba, se está señalando a los “principios supremos a todo Derecho, los cuales pueden o no haber tenido consagración positiva, pero que en el segundo supuesto son igualmente aplicables, mientras no sean

¹²⁷ Cfr. LEGAZ LACAMBRA Luis, *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 403 y siguiente.

¹²⁸ DEL VECCHIO Giorgio, *Los principios...*, ob. cit., pág. 54 y siguientes.

incompatibles con el ordenamiento, dado que éste debe ser un todo homogéneo. No nos referimos a los principios de un sistema nacional y menos a los de una rama del Derecho, los que carecen de la generalidad que poseen los que estamos considerando.

CAPÍTULO VI

EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

1. El caso no previsto y los artículos 15, 16 y 17

Dos normas de nuestro Código Civil tienen íntima relación con el tema considerado en esta obra, las cuales fueron mencionadas en distintos pasajes: los artículos 15 y 16.

El primero, siguiendo el Código francés, prohíbe al juez dejar de fallar, y el segundo, de distinto origen, ya que su fuente mediata es el Código de Austria, reconoce que el Derecho legislado es insuficiente en algunos casos, para lo cual determina las fuentes supletorias a las cuales debe recurrirse. Este último debe complementarse con el 17, en su redacción actual, que consagra a la costumbre como fuente en “las situaciones no regladas legalmente”. No es materia de este trabajo analizar si corresponde determinar positivamente cuáles son las fuentes del ordenamiento jurídico de una comunidad, pero sí cabe destacar que la inclusión de la costumbre en ese artículo es desafortunada, pues debió efectuarse en el artículo 16, es decir entre las fuentes supletorias para cuando existe silencio o insuficiencia de la ley, determinándose asimismo qué lugar le corresponde dentro del orden en que

debe recurrirse a ellas para encontrar el sentido del caso.

Entendemos que, como consecuencia de la reforma, el juez debe recurrir, cuando una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, a la costumbre y luego ante la ausencia de ésta, a los principios de leyes análogas y por último a los principios generales del Derecho. Ello se encuentra avalado por la opinión de la mayoría de los iusfilósofos y juristas, los que estiman que la costumbre es la fuente que sigue en jerarquía a la ley.

*2. Origen iusnaturalista de la remisión
del artículo 16 a los principios
generales del Derecho*

El artículo 16, en cuanto a la remisión que efectúa a los principios generales del Derecho, de acuerdo con sus fuentes mediata o inmediata, como también por su autor, tiene un origen iusnaturalista.

Si bien se sostuvo por algunos autores que VÉLEZ SÁRFIELD no tenía una formación filosófica determinada, del análisis de distintas circunstancias como son la época y el lugar donde cursó sus estudios, su obra como jurista con independencia de la redacción del Código y del análisis de éste se llega a la conclusión de que pertenecía a esa corriente del pensamiento.

Así lo sostienen en recientes trabajos los profesores PEDRO LEÓN de la Universidad de Córdoba

y JUAN CARLOS SMITH de la Universidad de La Plata.¹²⁹

En efecto, el análisis del Código, de sus fuentes, varias de las cuales son el fruto de la Escuela Clásica, demuestra esa filiación iusnaturalista de la obra, en la cual se cita en algunos artículos expresamente el Derecho natural y en otros éste en su inspiración.

Como sostiene SMITH: “Vélez Sárfield era, ante todo, un iusnaturalista. Su cultura jurídica fundamental se fue integrando paulatinamente bajo la influencia que ejercieron en su espíritu las “Institutas” comentadas por Vinnio, las “Paráfrasis” de Teófilo, las obras de Donat —considerado en Francia como el “restaurador de la razón de la jurisprudencia”— y las de Pothier —intérprete de las “Pandectas” a la luz del Derecho natural—, cuyos volúmenes, al decir de Avellaneda, acompañaron al codificador como libros favoritos hasta su muerte”.¹³⁰

Esa concepción iusnaturalista es la que inspiró el artículo 16 y debe presidir su interpretación. Desde la sanción del Código al presente, las corrientes filosóficas de esa filiación han sufrido variantes y adecuaciones de sus postulados. Para determinar cuáles son los “principios generales” deben tenerse en cuenta las valoraciones vigentes en el mundo contemporáneo, sin dejar a un lado las

¹²⁹ Revista La Ley, Buenos Aires, 29 de setiembre de 1969.

¹³⁰ SMITH Juan Carlos, El Código civil argentino; síntesis doctrinaria de una época, Revista La Ley, Buenos Aires, 29 de setiembre de 1969.

que lo están en la comunidad argentina, cuya expresión positiva es la Constitución Nacional, que a pesar del tiempo transcurrido desde su sanción, los principios que los constituyentes consagraron tienen absoluta vigencia, aunque la interpretación que de ellos se efectúe no sea actualmente la misma que la realizada en 1853. Es que el sentido de las normas debe ser buscado por el intérprete, no teniendo en cuenta solamente el que le asignó su autor, sino el que le da en ese momento la comunidad, pues toda labor interpretativa implica una valoración.

La Constitución Nacional representa un “deber ser axiológico”, expresa valores, a cuya realización deben tender las normas de jerarquía menor. Sus preceptos son la positivación de los principios generales del Derecho que ese orden constitucional pretende realizar.¹³¹

¹³¹ BIDART CAMPOS Germán J., Revista El Derecho, Buenos Aires, 10 de abril de 1968, tomo 22, N° 1887.

OBRAS CONSULTADAS

- AFTALIÓN Enrique R., GARCÍA OLANO Fernando y VILANOVA José, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1967.
- AFTALIÓN Enrique R., *Crítica del saber de los juristas*, La Plata, 1951.
- Los principios generales del Derecho y la reforma del Código civil, en *Revista La Ley*, 1939, tomo 15; reeditado en apéndice N° 1 de *Crítica del Saber de los juristas*, La Plata, 1951.
- AUBRY-RAU, *Cours de Droit civil français*, Tomo I, París 1869.
- BIDART CAMPOS Germán José, *La historicidad del Hombre, del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, 1965.
- Filosofía del Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1969.
- La concepción del Derecho en la Constitución Argentina, en *Revista El Derecho*, año 1969, tomo 25.
- BOBBIO Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965.
- BODENHEIMER Edgar, *Teoría del Derecho*, México, 1954.
- BONNECASSE J., *La Escuela de la exégesis en Derecho civil*, México, 1944.
- BORDA Guillermo A., *Tratado de Derecho civil argentino, Parte General*, Tomo I, 1965.
- BORGA Ernesto Eduardo, *La naturaleza de los principios generales del Derecho*, separata de la *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 1962.
- CARRIO Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1965.

- CASTAN José, Teoría de la aplicación e investigación del Derecho, Madrid, 1947.
- CATHREIN Víctor, Filosofía del Derecho, Madrid, 1956.
- COSSIO Carlos, La plenitud del orden jurídico, Buenos Aires, 1939.
- La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, Buenos Aires, 1944.
- El Derecho en el Derecho judicial, Buenos Aires, 1967.
- COVIELLO Nicolás, Doctrina General del Derecho civil, México, 1938.
- CUETO RÚA Julio C., Fuentes del Derecho, Buenos Aires, 1965.
- DABIN J., Teoría General del Derecho, Madrid, 1955.
- DE DIEGO Felipe Clemente, La interpretación y sus orientaciones actuales, Madrid, 1942.
- Prólogo a Los principios generales del Derecho de Giorgio del Vecchio, 2ª edición española, Barcelona, 1948.
- DANA MONTAÑO Salvador M., Los principios generales del derecho y la prelación de las normas jurídicas, en Revista La Ley, tomo 92, pág. 802.
- DE TEJADA Francisco Elías, Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, N° 19, julio-diciembre de 1962, pág. 33 y siguientes.
- DEL VECCHIO Giorgio, Los principios generales del Derecho, Barcelona, 1948.
- Supuesto, concepto y principio del Derecho, Barcelona, 1962.
- Filosofía del Derecho, Barcelona, 1960.
- La justicia, Madrid, 1925.
- DERISI Octavio, Filosofía de la cultura y los valores, Buenos Aires, 1963.
- DICKINDON John, El problema del caso no previsto, en Revista La Ley, año 1936, T. IV, pág. 32, Sec. Doctrina.

- DE FRANCISCI Pietro, Puntos de orientación para el estudio del Derecho, Barcelona, 1961.
- ESSER Josef, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, Barcelona, 1961.
- GARCÍA MAYNEZ Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, 1964.
- GARCÍA MORENTE Manuel, Lecciones preliminares de filosofía, Buenos Aires, 1962.
- GARCÍA VALDECASAS Guillermo, La naturaleza de los principios generales del Derecho, en Revista del Instituto del Derecho Comparado, Barcelona, N^o 19, julio-diciembre de 1962, pág. 43.
- GENY Francisco, Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo, Madrid, 1925.
- GOLDSCHMIDT Werner, Introducción al Derecho, Buenos Aires, 1960.
- La ciencia de la justicia, Madrid, 1958.
- GOROSTIAGA Norberto, El Código civil y su reforma ante el Derecho civil comparado, Tomo I, Buenos Aires, 1940.
- HECK Philipp, El problema de la creación del Derecho, Barcelona, 1961.
- KELSEN Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, México, 1950.
- Teoría pura del Derecho, Buenos Aires, 1960.
- LEGAZ LACAMBRA Luis, Filosofía del Derecho, Barcelona, 1953.
- Los principios generales del Derecho, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, N^o 19, julio-diciembre de 1962, pág. 51.
- LEÓN Pedro, Ideologías atribuidas al codificador, en Revista La Ley, 29 de setiembre de 1969, pág. 29.
- LEVI Eduardo, Introducción al razonamiento jurídico, Buenos Aires, 1964.
- LÓPEZ DE OÑATE Flavio, Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1961.
- LÓPEZ LASTRA Julio R., Teoría de la interpretación judicial, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, enero-junio de 1961, pág. 233.

- LUYPEN W., Fenomenología del Derecho natural, Buenos Aires, 1968.
- MANS PUIGARNAU Jaime M., Los principios generales del Derecho, Barcelona, 1957.
- MARÍAS Julián, Introducción a la Filosofía, Madrid, 1960.
—Historia de la Filosofía, Madrid, 1962.
- MARITAIN Jacques, Introducción a la Filosofía, Buenos Aires, 1949.
- MESSNER, Johannes, Ética Social Política y Económica a la luz del Derecho natural, Madrid, 1967.
- MONTEJANO Bernardino, Los fines del Derecho, Buenos Aires, 1967.
—La función del Derecho natural, en Revista El Derecho, Buenos Aires, año 1968, tomo 24.
- MACHADO NETO Antonio Luis, Teoría pura y teoría general del Derecho. Actualidad de una polémica, en Revista La Ley, Buenos Aires, año 1968, tomo 131.
- MUSTAPICH José María, La seguridad y la certeza en el Derecho, en Revista La Ley, Buenos Aires, año 1968, tomo 130.
- NOVOA MONTREAL Eduardo, ¿Qué queda del Derecho natural? Buenos Aires, 1967.
- OTS Y CAPDEQUI José María, Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano, Madrid, 1969.
- PERTICONE Giácomo, Orientaciones actuales del pensamiento jurídico, Buenos Aires, 1960.
- PUIG BRUTAU José, La jurisprudencia como fuente de Derecho. Barcelona, Bosch, sin fecha.
- PUY Francisco, Lecciones de Derecho natural, I, Santiago de Compostela, 1967.
- REALE Miguel, Filosofía do Dereito, Sao Paulo, 1953.
—La filosofía del Derecho y las formas del conocimiento jurídico, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1961, IV, pág. 122.
- RECASENS SICHES Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, México, 1965.
—Estudios de Filosofía del Derecho, Barcelona, 1936.
—La Filosofía del Derecho en el siglo XX, México, 1941.

- Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, México, 1956.
- Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico, Barcelona, 1929.
- Adiciones a la filosofía del Derecho de Giorgio del Vecchio, Barcelona, 1929.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE Lino, Ciencia y Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1961.
- RADBRUCH Gustavo, Filosofía del Derecho, Madrid, 1959.
- Introducción a la Filosofía del Derecho, México, 1951.
- RIPERT Georges-BOULANGER Jean, Tratado de Derecho civil, Tomo I, Buenos Aires, 1963.
- ROSS Alf, Sobre el Derecho y la justicia, Buenos Aires, 1963.
- Hacia una ciencia realista del Derecho, Buenos Aires, 1961.
- SALVAT Raymundo M., Tratado de Derecho civil argentino, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, 1950.
- SÁNCHEZ ROMÁN Felipe, Estudios de Derecho civil, tomo II, Madrid, 1911.
- SARAVIA José Manuel, Lógica y realización del Derecho, en Revista El Derecho, Buenos Aires, año 1968, tomo 25.
- SAVIGNY Federico Carlos, De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho, traducción de Adolfo G. Posada, Buenos Aires, 1946.
- SILVING Helen, Derecho positivo y Derecho natural, Buenos Aires, 1966.
- SOLER Sebastián, Interpretación de la ley, Barcelona, 1962.
- SPOTA Alberto G., Tratado de Derecho civil, Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, 1947.
- STERN Alfred, La filosofía de la historia y el problema de los valores, Buenos Aires, 1963.
- SMITH Juan Carlos, El Código civil argentino: síntesis doctrinaria de una época, en Revista La Ley del 29 de setiembre de 1969, Buenos Aires.
- TERÁN Juan Manuel, Filosofía del Derecho, México, 1967.

- TORRES LACROZE** Federico A., Manual de Introducción al Derecho, Buenos Aires, 1967.
- El bien común en la Doctrina Tomista, Santa Fe, 1953.
- Sobre el Derecho como objeto de la Justicia, en Revista La Ley, Buenos Aires, año 1964, tomo 115.
- ¿Qué queda del Derecho natural?, en Revista El Derecho, Buenos Aires, 1969, tomo 26.
- VERDROSS** Alfred, Derecho Internacional Público, Madrid, 1963.
- WELZEL** Hans, Derecho natural y justicia material, Madrid, 1957.
- WIEACKER** Franz, Historia del Derecho privado de la Edad Moderna, Madrid, 1957.
- WOLF** Erik, El problema del Derecho natural, Barcelona, 1960.
- Colección de Códigos Europeos Concordados y anotados por D. ALBERTO AGUILERA Y VELAZCO, Madrid, 1875.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
CAPÍTULO I. EL CASO NO PREVISTO, LAS FUENTES SUBSIDIARIAS Y LOS ÓRGANOS JUDICIALES.	
1. Problema común a todos los ordenamientos jurídicos	11
2. Lagunas axiológicas	14
3. Supuestos que constituyen lagunas	18
4. Plenitud del ordenamiento jurídico	20
5. Actuación del juez ante el caso no previsto ..	26
CAPÍTULO II. ENUMERACIÓN POSITIVA DE LAS FUENTES SUBSIDIARIAS POR LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS PARA RESOLVER EL CASO NO PREVISTO.	
1. Sistemas negativos y positivos	29
2. Código civil austríaco	30
3. Código civil de los Estados Sardos	35
4. Código civil italiano de 1865	36
5. Código civil italiano de 1942	37
6. Código civil y Constitución Federal de México	38
7. Código civil español	41
8. Código civil de Luisiana	42
9. Código civil suizo	42
10. Código de Derecho canónico	44
11. Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional	45
CAPÍTULO III. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS	
1. El Código de Napoleón como ejemplo de sistema negativo no previsto	47

2. Tesis expuesta por Portalis en el Discurso Preliminar al proyecto francés	49
3. Evolución posterior de la doctrina francesa. Escuela de la exégesis	52

CAPÍTULO IV. EL CASO NO PREVISTO EN LOS SISTEMAS NEGATIVOS. TENTATIVAS DE LIMITAR LAS FACULTADES JUDICIALES.

1. Necesidad de recurrir siempre a las fuentes supletorias	55
2. La interpretación y la actividad judicial según la Escuela Exegética	57
3. La tesis que sostiene que todo el Derecho se encuentra contenido en la ley y las tentativas de prohibir la interpretación	59
4. El "Référé legislatif" y el Tribunal de Casación en Francia	62
5. Sometimiento del caso no previsto al órgano legislativo. Sistema vigente en el antiguo Derecho español	65
6. Sistema adoptado por Vélez Sársfield	67

CAPÍTULO V. CONCEPTO Y CONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.

1. Significados dados a la expresión "principios generales del Derecho"	72
2. Su origen	74
3. Sentido dado a la expresión en esta obra	75
4. Concepto	79
5. Su importancia como fuente del Derecho	82
6. Su conocimiento	84
7. Experiencia y razón en el conocimiento de los principios	94
8. La posición positivista recurre a la analogía cuando se refiere a los "principios generales"	95

CAPÍTULO VI. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.

1. El caso no previsto y los artículos 15, 16 y 17	99
2. Origen iusnaturalista de la remisión del artículo 16 a los principios generales del Derecho ...	100
Obras consultadas	103

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN MAYO DE 1971 EN LOS
TALLERES GRÁFICOS ZLOTOPORO S.A.C.I.F.,
SARMIENTO 3149, BUENOS AIRES