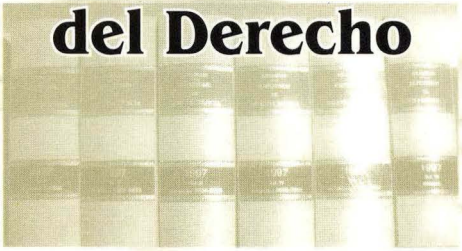
Los Principios Generales del Derecho



Sonia Esperanza Rodríguez Boente

UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Los Principios Generales del Derecho

Sonia Esperanza Rodríguez Boente

Los Principios Generales del Derecho

2008
Universidade de Santiago de Compostela

Este libro é a publicación dixital en pdf en acceso aberto do libro impreso editado pola Universidade de Santiago de Compostela no ano 2008





Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons BY-NC-ND 4.0. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Cretative Commons BY-NC-ND 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es

© Universidade de Santiago de Compostela, 2008

Edita
Edicións USC
https://www.usc.gal/publicacions

DOI https://dx.doi.org/10.15304/op.2026.440

Índice

Prólogo 7

Introducción 11

1. Resumen histórico 17

2. ¿Existen los Principios Generales del Derecho? 23

3. Origen y concepto 43
   3.1. Origen 44
   3.2. Conceptos ofrecidos por la doctrina 56
   3.3. Mi concepto de PGD 110

4. Nuevo panorama surgido tras la aprobación de la Constitución Española de 1978. 115

5. Clases de Principios Generales del Derecho 123

6. Funciones de los PGD 135

Bibliografía citada 151

Prólogo

Hace ya algunos años tuve el enorme privilegio de dirigir la tesis doctoral de la profesora Rodríguez Boente que, además de obtener la máxima calificación, fue merecedora del premio extraordinario de doctorado. La obra que ahora presento es el fruto del trabajo independiente de la autora que ha elegido el tema y que ha caminado en solitario a lo largo de toda la investigación lo que viene a demostrar su madurez intelectual. El libro que el lector tiene en sus manos está dedicado a los principios generales del Derecho. Se trata de un asunto que ha sido objeto de análisis y debate en el seno de la doctrina y, por tanto, no es un tema nuevo ni original. Pero esta circunstancia no impide que se pueda reflexionar acerca del mismo. La profesora Rodríguez Boente lo hace de una manera seria y rigurosa dando cuenta de las múltiples discusiones que ha suscitado. Naturalmente, el libro está sujeto a ciertas limitaciones que son apuntadas por la autora en la introducción. La más importante de ellas se refiere a la imposibilidad de estudiar de una manera exhaustiva todas y cada una de las cuestiones que plantean los principios generales del Derecho. En este sentido las pretensiones de la autora se centran en delimitar el contorno de los principios teniendo en cuenta el artículo 1.4 de nuestro código civil. Se trata, por tanto, de una visión descriptiva acerca de los principios que da cuenta de su procedencia, concepto y funciones.

En relación con su origen se mantiene la tesis de que los principios proceden de las normas del Derecho positivo de modo que hay que extraerlos, vía inducción o abstracción, de tales normas. En consecuencia, estamos en presencia de generalizaciones de otras normas cuya función es colmar las lagunas o vacíos que puedan presentar así como servir de criterio para interpretarlas. En definitiva, la autora defiende la tesis positivista clásica en relación con los principios. Sin embargo, ello no le impide analizar -obviamente, con espíritu crítico- otras posiciones doctrinales. Por un lado, la doctrina iusnaturalista que considera que los principios generales del Derecho proceden del contenido del Derecho natural y, por otro, las tesis que defienden que el origen de tales principios hay que encontrarlo en el poder creador que detentan los jueces.

En relación con el concepto de los principios también se analizan las diferentes posiciones doctrinales. En todo caso conviene destacar que la labor de la autora no es meramente descriptiva de modo que cada una de esas posiciones es analizada críticamente ofreciendo todos aquellos argumentos que, en algún sentido, cuestionan sus afirmaciones básicas. En coherencia con el origen también se mantiene una postura positivista en torno al concepto de los principios. Son, en opinión de la autora, instrumentos de autointegración del Derecho que se hallan implícitos en las normas del ordenamiento jurídico de modo que el ordenamiento "nunca calla y cuando no ofrece la solución expresamente, la "susurra" a través de los principios generales del Derecho". Puede decirse que la autora muestra una especial preocupación por los peligros del llamado activismo judicial pero si el juez cumple su función no tendría que acudir a principios extrasistemáticos de justicia; basta con que se atenga al sistema de fuentes establecido.

En conclusión, los principios generales del Derecho cumplen la función que expresamente les atribuye el ordenamiento jurídico. No hay que ver en ellos invocaciones a esencias inmutables o valores intemporales que puedan descubrirse no se sabe muy bien a través de qué procedimientos. Parece que el sentido del artículo 1.4 del código civil invita a pensar que la intención del legislador

era la de referirse a principios implícitos que pueden derivarse del contenido de las normas.

Termino ya estas breves palabras introductorias haciendo una recomendación: los que deseen hacerse una idea de cómo se encuentran las discusiones en torno a los principios generales del Derecho hallarán en este libro una guía útil y sugerente. La información que ofrece es muy completa y permite al lector adentrarse en el estudio de todas las cuestiones importantes que giran en torno a este tema. Se podrá disentir de las opiniones de la autora pero difícilmente podrá sostenerse que sus juicios son poco fundados, incoherentes o contradictorios. Por todo ello quisiera expresar mis felicitaciones a la profesora Rodríguez Boente esperando que su obra tenga una buena acogida en la doctrina.

Manuel Segura Ortega
Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Introducción

En el año 2005 se celebró en Granada el XXII Congreso Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía social. Presenté al mismo una comunicación que dio lugar a un trabajo publicado más tarde en las Actas de dicho Congreso con el título "Los principios generales del Derecho en la argumentación jurídica"[1]. En él me proponía como objetivo prioritario descubrir el papel que cumplen los principios generales del Derecho (en adelante PGD) en la práctica jurisprudencial, desde un punto de vista exclusivamente descriptivo. Es cierto que junto a este cometido principal me planteé otros secundarios pero necesarios para alcanzar aquel objetivo principal: me refiero, por un lado, a la conceptuación de los Principios Generales del Derecho y a la determinación de la fuente de la cual emanan. Por otro lado, hice también alusión, mejor sería decir un mero esbozo, de la concepción jurídica que, a mi juicio se esconde tras la proclamación que efectúa nuestro Código civil de los Principios Generales del Derecho como fuente del Derecho subsidiaria y que tiene un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

El caso es que finalizaba dicho trabajo con las siguientes palabras: "Desde un principio he dejado claro que este trabajo tiene

---

[1] Publicado en, Josep Aguiló-Regla (Ed.), *ARPS (Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie), Beiheft*, Nr. 110, Logic, Argumentation and Interpretation, Lógica, Argumentación e Interpretación, Proceedings of the 22nd IVR World Congreso, Granada 2005, Volume V, pp. 107-119.

una finalidad estrictamente descriptiva de los enfoques teóricos y de la práctica jurisprudencial sobre el papel de los PGD. No me corresponde, pues, al menos en este momento, entrar a valorar si "lo dicho" por la doctrina y "lo hecho" por nuestra Jurisprudencia es lo más deseable; aspecto valorativo que considero, sin duda, esencial, y al cual espero dedicarme en un futuro próximo"[2]. El trabajo que ahora presento encuentra su razón de ser, por tanto, en el cumplimiento de esa promesa, no vaya a ser que el honor de una quede definitivamente mermado por su incumplimiento.

Pero es que, además, en aquel momento me hice la gran pregunta: qué es esa fuente del Derecho que, para nuestro Código civil ni es ley ni es costumbre. Y no hallé en aquel momento respuesta satisfactoria. Y, además, en la búsqueda bibliográfica que realicé entonces sobre los PGD me encontré desde autores que se referían a esa fuente como algo casi místico situado por encima del derecho positivo, hasta autores que propugnaban el levantamiento del velo del artículo 1 del Código en el sentido de admitir que los PGD simplemente no existen. Todo ello hizo que me preguntase entonces el *ubi veritas* de los PGD y que sintiese la imperiosa necesidad de saber más sobre ellos.

Por otro lado, tengo que confesar que no me metí en este lío monumental que consiste en enfrentarse al toro de lidia PGD sin capote ni espadas, pesarosa y como portadora de una carga insoportable, sino feliz y resuelta pensando, pobre de mi, que iba a descubrir América con mi propuesta, con mi tesis, sobre los PGD. El caso es que cuando llegué al territorio por conquistar resulta que me lo encontré dotado de conexión wifi y plagado de establecimientos de burger king. Y es que, cuando una investigación jurídica exige plantearse como objeto de estudio el agujero del botón del bolsillo del traje azul, resulta que yo me lanzaba al estudio del vestidor entero. Es el pecado en el que incurren los investigadores jóvenes, se me puede decir, que realizan su trabajo para formarse en lugar

---

[2] *Ibídem.*, p. 119.

de para aportar aspectos novedosos en la materia que sea. Es posible. En ese sentido confieso que cada vez soy más socrática, y que me parece imprescindible, por respeto y por egoísmo, estudiar lo que mantiene la doctrina sobre cada tema a que me enfrento. Vaya por delante mi *excusatio non petita* de que en el caso de los PGD es imposible, al menos para mí, dar cuenta de *todo* lo que se ha dicho por parte de *todos* los que han abordado el tema. No pretendo ser, porque no podría, exhaustiva en el análisis de las fuentes bibliográficas. Tampoco me limito al gremio de los filósofos del Derecho en la búsqueda de mis fuentes, sino que he procurado ser interdisciplinar, analizando la obra de cultivadores de otras materias, administrativistas y civilistas, sobre todo, de quienes se dice que, al final de sus vidas académicas acaban siempre dedicándose a la Filosofía del Derecho.

Por otro lado, tampoco voy a analizar aspectos de los principios que son los que parecen interesar en la actualidad a los cultivadores de la filosofía del Derecho: no voy a adentrarme en la obra de DWORKIN más que tangencialmente; ni en la distinción entre principios y reglas, con las tesis de ATIENZA y RUIZ MANERO así como de PRIETO SANCHÍS; ni en la teoría de ALEXY de principios como mandatos de optimización[3] o de MACCORMICK de principios como normas relativamente generales que son concebidas como racionalización de reglas o conjuntos de reglas[4]. Todas ellas son interesantísimas y por ello han sido objeto de centenas de análisis. Pero no se ocupan de lo que me interesa analizar en este trabajo.

El objeto de mi investigación serán los PGD a que se refiere el artículo 1.4 del Código civil. Y no otra cosa. El mío será un punto de vista más sobre el tema que adelanto ya. Los PGD a que se refiere nuestro legislador son principios implícitos que se obtienen, vía inducción o abstracción de las normas positivas o a través de

---

[3] *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Trad. Ernesto Garzón Valdés.

[4] *Vid.* MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

la deducción de normas muy abstractas, como pueden ser los valores o principios constitucionales. Son por tanto, abstracciones o generalizaciones de otras normas y pueden servir para colmar una laguna de dichas normas, como criterio interpretativo para interpretarlas y aplicarlas o como criterio para que el legislador cree una nueva norma. Son posteriores siempre al proceso interpretativo y constituyen un método de autointegración del Derecho. Como ven, nada nuevo he descubierto, nada nuevo mantengo.

Por tanto, mi tesis sobre los PGD es la clásica mantenida por el positivismo jurídico[5]. Con ello sigo los pasos, no de todos, pero sí de muchos, a quienes agradezco el haberme servido de guía, pero sobre todo, quiero rendir homenaje al prof. CLEMENTE DE DIEGO, quien ya en 1925 se preguntaba por el origen y el concepto mismo de los PGD y decía que el legislador de 1889 estaba pensando en los materiales y principios que suministra el propio Derecho positivo civil y que ello viene avalado por una interpretación que aplique los cuatro criterios interpretativos savignyanos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Así, de acuerdo con la interpretación literal, la dicción misma, que no hace referencia alguna a principios de Derecho natural; lógica, pues se presume, entiende CLEMENTE DE DIEGO, que quiso el código referirse a sus propios principios; sistemática, puesto que sería contradictorio poner límites al futuro legislador y amplia libertad al juez. Además el propio legislador demuestra lo mismo en la regla transitoria 13, que dispone que "los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven

---

[5] De acuerdo con la distinción que propone RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, mi etiqueta sería la de "iuspositivista moderada": RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 26: "Según una concepción (que etiquetaba como«iuspositivista estricta»), la existencia jurídica de los principios depende de que estén contenidos en normas válidamente promulgadas. Según otra («iuspositivista moderada»), basta con que sean inducibles de ellas, o incluso vagamente respaldados por ellas (por ejemplo, mediante la especificación de «valores jurídicos», como veremos). Y, en fin, según otras (iusnaturalistas y antipositivistas en general), son normas jurídicas también ciertos principios sin relación con la promulgación legislativa, como los del Derecho natural o los que justifican las prácticas jurídicas de la comunidad de que se trate".

de fundamento"; de acuerdo con la interpretación histórica, con base en los antecedentes del Código italiano y austriaco, ya que el Código primero tuvo a la vista el Código austriaco, pero no copió la frase de éste "principios de Derecho natural", sino que la transformó en principios generales del Derecho, lo cual hace pensar en un concepto distinto[6].

CLEMENTE DE DIEGO hacía alusión al antiguo artículo 6 que era el que se ocupaba de los PGD en la primera redacción del Código civil, pero sus palabras son perfectamente trasladables al actual artículo 1, redactado tras la reforma del Código civil de 1974. Demuestra el autor que, por mucho que elucubremos sobre ficticios orígenes y conceptos de los PGD, los que tenía en mente el legislador de 1889 (o de 1974) eran los principios derivados del propio derecho positivo. Este es el "ser" de la *quaestio*. Al concepto de PGD de CLEMENTE DE DIEGO hago un añadido, pues es preciso tener en cuenta los cambios que la aprobación de la Constitución ha operado en nuestro sistema de fuentes. No sólo hay que incluir en el concepto "ley" a que se refiere el Código civil en su artículo 1.4 la Constitución, como la norma jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico y cuyas normas son directamente aplicables, sino que, además, a partir de ella es posible "deducir" PGD de los valores y principios, en ocasiones demasiado abstractos, que son parte de su contenido. Se trataría también de normas implícitas, pero en este caso extraídas por deducción de normas más generales.

Lo que sí está fuera de toda duda es el protagonismo que han alcanzado los principios en la actualidad. PRIETO SANCHÍS resume extraordinariamente bien la opinión actual que merecen en los diversos círculos jurídicos diciendo que "la actual filosofía del Derecho creo que mayoritariamente saluda con satisfacción esa rehabilitación principialista, acaso porque encuentra en ella una cierta reacción antipositivista; aunque, por las mismas razones, otros ven en los principios una novedad peligrosa, cuando no una

---

[6] CLEMENTE DE DIEGO, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Reus, Madrid, 1925, p. 150.

forma de contrabando ideológico"[7]. A juicio del autor, bajo la invocación de los principios subyacen lemas tan diferentes como los siguientes: "más juez que legislador, más pensamiento problemático que razonamiento lógico, más Derecho que ley, más moralidad que Derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de las diferencias que uniformidad política; en fin, (...) algo menos de relativismo ilustrado y bastante más de obligación de obediencia al Derecho"[8]. PRIETO trabaja sobre "los principios" en general, tanto explícitos como implícitos. Yo, como he dicho, centraré mi atención en estos últimos, los auténticos PGD. Si en mi primer trabajo sobre ellos me ocupaba de su tratamiento jurisprudencial, el que ahora presento es un estudio esencialmente teórico, que describe lo dicho por parte de la doctrina y lo que yo entiendo por PGD. Tras dos capítulos introductorios en los que me ocupo de su aparición histórica y de contestar a la pregunta sobre su existencia, el capítulo tercero constituye el grueso de la obra y versa sobre la fuente de la cual emanan y sobre el concepto mismo de PGD. El capítulo cuarto analiza cómo ha afectado al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, y en concreto a los PGD, la aprobación de la Constitución de 1978 y, por último, en los capítulos quinto y sexto acometo el estudio de, respectivamente, las clases y funciones de los PGD.

Por último, he de decir que este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación sobre metodología jurídica (PGIDIT02CCSO20203PR), financiado por la Secretaría General de Investigación y desarrollo de la Xunta de Galicia y dirigido por Manuel Segura Ortega a quien tengo que agradecer, además, el haberlo prologado.

---

[8] *Ibídem.*, p. 48.

[7] PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 47.

1. Resumen histórico

Para DÍAZ COUSELO la expresión misma "PGD" tiene su origen en la Escuela Clásica del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII, que elaboró su doctrina en base a dos supuestos: la validez ilimitada del conocimiento y el considerar al hombre en el mismo plano que la naturaleza, afirmando que su esencia es la razón, de tal modo que los PGD "se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre"[9].

Hasta la época moderna nadie pone en cuestión la existencia de principios jurídicos fuera de la letra de las leyes, que se recogían del derecho romano o del derecho canónico. Por tanto, hasta ese momento, no son objeto de discusión doctrinal, tal como señala DE CASTRO Y BRAVO[10]. Será la dirección individualista del Derecho la que ponga en tela de juicio los PGD. Primero los negará y condenará, con el fin de luchar contra la autoridad del Derecho romano y canónico, para favorecer el arbitrio de los príncipes protestantes, en el período que DE CASTRO denomina de absolutismo legalista. Más tarde, por la razón práctica del reconocimiento de la insuficiencia del texto de las leyes y también por un deseo de dotar de mayor

---

[9] DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del Derecho*, Plus Ultra, Argentina, 1971, p. 75.

[10] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", en *Derecho Civil de España*, cap. IV, Civitas, Madrid, 1984, pp. 405-438, p. 406.

fuerza a las ideas propias del movimiento, se recuperará la figura de los PGD, intentando dotarlos de un nuevo valor, inaugurando el periodo de despotismo ilustrado[11]. Pensemos que cuando en esa época se alude a los PGD como máximas de Derecho romano o de Derecho canónico, en realidad no se los está aplicando en el sentido que ahora les damos, sino que se está aplicando Derecho positivo. Que éste provenga del derecho romano o del derecho canónico es indiferente, el caso es que se trata de normas expresamente formuladas. Precisamente por ello no se cuestiona ni su existencia ni su vigencia ya que son perfectamente identificables.

Cuando comienza el movimiento codificador surge la duda sobre si se deben incluir en los códigos los "principios generales", ya que desde el primer momento los legisladores fueron conscientes de la insuficiencia del código para resolver cualquier caso que se plantease cuando, además, se pretendía incluir en los mismos la obligación de los jueces de resolver en todo caso ateniéndose al sistema de fuentes. En este contexto, y por acudir al Código civil por excelencia, en el proceso de elaboración del Código civil francés sus artífices propusieron incluir distintas fuentes subsidiarias. Entre las propuestas cabe señalar las que se referían a la equidad natural, la ley natural, el Derecho romano, las antiguas costumbres, los usos, las máximas, las decisiones de los tribunales, la jurisprudencia, el Derecho común, los ejemplos, la ciencia, la doctrina y los principios generales. Así, el Proyecto de título preliminar del Código civil de Napoleón, disponía que "En las materias civiles, el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural y a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva" (art. 11), aludiendo implícitamente a máximas de Derecho natural, de la justicia natural o de la razón. Pero, ante las protestas de algunos tribunales y constatado el "carácter excesivamente filosófico del preliminar"[12] se suprimió. Por tanto, el Código civil francés, a pesar del intento, no hace alusión a los PGD.

---

[11] *Ibídem.*

[12] *Ibídem.*, p. 407.

La doctrina asigna al Código civil austriaco de 1811 el mérito de ser el primero que se refiera a los principios generales, aunque no expresamente, sino bajo la fórmula "principios jurídicos naturales"[13]. La expresión en sí da buena cuenta de que el código se encuentra inspirado por la doctrina del Derecho natural. Habrá que esperar hasta 1865 para ver reflejada expresamente en un Código civil la fórmula "principios generales del Derecho", en concreto en el Código civil italiano[14], aunque según ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, ya el código italiano albertino de 1837 recogía la expresión principios generales del Derecho[15].

Pero ¿qué había en la mente del legislador italiano de 1865? Para DE CASTRO Y BRAVO, no parece que estuviese pensando en algo distinto que los principios jurídicos naturales del Código civil austriaco[16], dirección ésta que, de ser cierta, cambiaría con la aprobación del código italiano de 1942 que aludirá a los «principios del ordenamiento jurídico del Estado», en una posición más "positivista y nacionalista"[17]. A juicio de RAMOS PASCUA queda así consagrada legislativamente "la concepción positivista de los principios según la cual el fundamento de la vigencia de los mismos radica en el hecho de haber sido puestos y establecidos, bien explícitamente o bien de manera implícita, por el legislador"[18].

---

[13] Los *natürliche Rechtsgrundsätze*. En concreto, dispone en su artículo 7 que: "si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido literal de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley, en los casos semejantes y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aun dudoso el caso se decidirá, de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y maduradamente pesadas, según los principios jurídicos naturales".

[14] Que en el artículo 3, párrafo 2º, de sus disposiciones preliminares dispone que "si una controversia no se puede decidir mediante una concreta disposición legal, se recurrirá a las disposiciones que regulen casos semejantes y materias análogas, y si el caso es aun dudoso, se decidirá conforme a los principios generales del Derecho".

[15] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 34.

[16] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 407.

[17] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, *op. cit.*, p. 34.

[18] RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, Tomo IX, pp. 269-290, p. 274.

Seguirán a estos códigos las legislaciones de varios países latinoamericanos (Argentina, México y Guatemala), así como el Código portugués de 1867, aunque la reforma operada en éste en 1966, se decante por lo establecido en el código suizo, que obliga al aplicador a resolver, en los supuestos de insuficiencia legal, «según la norma que el propio intérprete dictaría si tuviese que legislar, dentro del espíritu del sistema»[19].

Por lo que respecta a España, a juicio del prof. DE CASTRO, se puede decir que forma parte de la tradición jurídica de nuestro país el valor de la "razón natural" como fuente de normas, en defecto de disposiciones legales, "que será reconocido siempre"[20]. Entiende el autor que la idea no se abandona nunca, hasta llegar a inspirar el dictado del Código civil que en el artículo 6 de su primera redacción disponía que "cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho". No es cierto, señala DE CASTRO, que fuese un artículo de importación extranjera, puesto que "el pensamiento, e incluso la fórmula, son propios del Derecho tradicional español"[21]. Tras la positivación de los PGD el autor continúa viendo el valor fundamental que se reconoce a las normas no legisladas, en particular, a las normas del Derecho natural.

Pese a la autoridad indiscutible del Prof. DE CASTRO, me inclino más por aceptar las tesis de CABANILLAS GALLAS. Este autor analiza también cuáles fueron las circunstancias que rodearon la redacción del antiguo artículo 6 del Código civil español (que, con la nueva redacción derivada de la reforma de 1974, será artículo 1)[22] en la etapa codificadora[23]. En la discusión sobre si la remisión a los PGD era a los de Derecho Natural o de Derecho Positivo,

---

[19] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, *op. cit.*, p. 35.

[20] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 418.

[21] *Ibídem*.

[22] Repasando la historia del Código Civil en lo relativo a la enunciación de las fuentes del Derecho, VALLET DE GOYTISOLO recuerda que la expresión "fuentes del derecho" no se encontraba en la versión original del Código, que únicamente decía, en su artículo

prevalecía, nos dice el autor, la segunda opinión, en el sentido de que el legislador "había querido referirse exclusivamente a las normas generales no expresadas, pero obtenibles por vías de sucesiva generalización de las normas particulares"[24]. Dice el autor que el prestigio de esta concepción positivista fue tal que incluso algunos juristas austriacos, a pesar de la referencia de su propio Código civil a los principios de derecho natural, interpretaron estos principios como principios de derecho positivo. Será a partir de 1921, momento en que ve la luz el trabajo de DEL VECCHIO sobre los principios generales del Derecho[25], cuando se reconduzca la referencia del código a los principios de derecho natural. La pregunta que se formula entonces CABANILLAS, por tanto, es "¿son los principios generales un medio de autointegración o de heterointegración del ordenamiento jurídico?"[26].

Pienso que, claramente, son un medio de autointegración del ordenamiento jurídico. Nuestro legislador concibió los PGD como norma subsidiaria, en defecto de ley o costumbre aplicables, esto es, como instrumento que garantizase la plenitud del sistema, pero obtenidos a partir de las propias normas positivas del mismo, vía inducción o abstracción. Y es que si pensamos en un código que nace con vocación de conferir seguridad a las relaciones jurídicas, sería absurdo que se dejase una puerta abierta de par en par a la arbitrariedad del juez, permitiéndole invocar lo que entiende como contenido de un supuesto derecho natural.

6.2 que «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del derecho». Es en la reforma del Título preliminar, del año 1974 cuando aparece la expresión "fuentes del ordenamiento jurídico español": VALLET DE GOYTISOLO, J., "Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico». Introducción a su estudio", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIV, octubre-diciembre, 1981, pp. 825-901, p. 826.

[23] En su trabajo *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, , Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1977.

[24] *Ibídem.*, p. 24.

[25] DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 1979, 3ª ed., p. 23.

[26] CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, p. 25.

2. ¿Existen los Principios Generales del Derecho?

La pregunta puede parecer absurda, sobre todo cuando hemos analizado su historia, hemos visto que se han "invocado" antes de la aprobación de los códigos como principios jurídicos y que se han incorporado a los mismos, incluido el nuestro, hecho fácilmente observable si se lee el artículo 1 del mismo. Pero el caso es que hay autores que o bien los consideran meros "mitos jurídicos" bien, simplemente, llegan a la conclusión de que no existen. Por un minuto caigo en la tentación de declarar, por mi parte, la inexistencia de estos últimos autores, hacer caso omiso de lo que dicen, puesto que, me consuelo, para la mayor parte de la doctrina lo que mantienen no deja de ser una excentricidad sin fundamento alguno. Por otra parte soy consciente del peligro que supone coincidir con ellos: mi trabajo de investigación carecería de objeto y, por tanto, no tendría sentido acometerlo. El caso es que vienen a mi mente las imágenes de un COPERNICO o de un GALILEO, quienes se atrevieron a formular tesis tan excéntricas como que la teoría geocéntrica era totalmente errónea. Decido, por tanto, correr el riesgo de tener que finalizar mi investigación ya, y analizar lo que alguno de esos "excéntricos autores" han dicho y en qué lo fundamentan.

Lo cierto es que la doctrina se plantea la existencia de los PGD ya desde el momento en que se incorporan a los Códigos civiles. En

este sentido, DE CASTRO Y BRAVO señala la presencia de tres planteamientos doctrinales distintos que surgieron en ese momento: los que afirman la existencia de los PGD, los que la niegan y un tercer grupo, que sería el de los "eclécticos"[27]. Las teorías que afirman la existencia de los PGD, lo hacen concibiéndolos bien como normas jurídicas independientes de las legales, bien dependientes de ellas. Para las primeras, los PGD son o normas del Derecho natural o Derecho científico[28]. Los PGD como normas dependientes de los legales, se conseguirían a través de la abstracción de las leyes positivas, hasta llegar a los "presupuestos lógicos necesarios de todo el ordenamiento jurídico"[29]. Los autores que niegan la existencia de los PGD lo hacen utilizando diversos argumentos, en concreto, DE CASTRO Y BRAVO señala cuatro. Se consideran, en primer lugar, como un instrumento que la teoría utiliza siempre que quiere huir de un texto legal que ya no responde a la opinión dominante sobre la materia. O bien se consideran un reconocimiento explícito de los postulados de la Escuela del Derecho libre, que autorizaría a la libre creación jurídica por parte del juez. En tercer lugar, hay autores que entienden que son imposibles de determinar porque la razón humana es sustancialmente variable. Y, por último, hay quienes sostienen que los PGD no tienen, de ninguna manera, fuerza jurídica creadora, sino que serían una mera fuente interpretativa e integradora de las normas positivas[30]. A juicio de DE CASTRO, estos autores afirman, sin decirlo, un principio básico del que derivan la

---

[27] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, pp. 408-410.

[28] Cuando se habla de PGD creados por la ciencia, los mismos se pueden entender de dos modos, nos dice DE CASTRO. Como principios que se obtienen a través de métodos científicos, lo cual olvida que la ciencia no crea nada, sino que simplemente se limita a conocer lo existente, o como principios que crean quienes se ocupan de la ciencia del Derecho, los juristas, lo cual supone considerarlos como "prudentes" u órganos reveladores del espíritu del pueblo o, en fin, se les dota de un poder jurídico independiente y creador, lo cual es incompatible con la actual organización jurídica estatal: DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibídem.*, pp. 414-415.

[29] *Ibídem.*, p. 409.

[30] *Ibídem.*

no existencia de los principios y, además, admiten implícitamente principios instrumentales de los que se sirven para interpretar y completar la ley. Lo cual "son manifestaciones de la degradación de las teorías al convertirse en prejuicios irrazonados"[31].

Uno de los autores que con más ahínco ha mantenido que los PGD simplemente no existen es HERNÁNDEZ MARÍN. Distingue dos concepciones del Derecho: por un lado la concepción estándar, que es la que se enseña a los alumnos en las facultades de Derecho, y que es compartida por la mayoría de los juristas, de acuerdo con la cual los componentes esenciales de todo Derecho "son la ley (concebida idealmente), el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho"[32]. Frente a esta concepción HERNÁNDEZ MARÍN enuncia la defendida por él, que denomina realista pura de acuerdo con la cual "del Derecho solamente forma parte la ley; y además que la ley es un hecho. Esta concepción realista implica: 1º) que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2º) que no hay más Derecho positivo que la ley; 3º) que no hay más ley que el texto de la ley; y 4º) que ese texto legal es un hecho, un objeto físico"[33].

Concepción estándar y concepción realista del Derecho se pueden confrontar desde un punto de vista teórico y práctico. Desde el primero, la concepción realista es la única que presenta las dos características siguientes: la primera es que es respetuosa con los usos lingüísticos de la palabra Derecho y la segunda es que es una concepción empírica o factualista del Derecho[34]. No es, a su juicio, una concepción empírica la concepción estándar "(defendida por iusnaturalistas e iuspositivistas)"[35]. Sostienen una concepción idealista del Derecho quienes admiten un Derecho distinto del

---

[31] *Ibídem.*, p. 415.

[32] HERNÁNDEZ MARÍN, R., "La concepción estándar y la concepción realista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 347-361, p. 347

[33] *Ibídem.*, p. 348.

[34] "el Derecho es un hecho, un fenómeno cognoscible empíricamente, perteneciente al mismo mundo al que pertenecemos los hombres (y que por ello nos es familiar), no perteneciente a un hipotético mundo de ideas": *Ibídem.*, p. 349.

[35] *Ibídem.*, p. 350.

Derecho positivo (un Derecho natural) o quienes admiten un Derecho positivo distinto de la ley (principios generales del Derecho o Derecho consuetudinario) o quienes rechazan la identificación entre la ley y el texto de la ley. Concluye HERNÁNDEZ MARÍN que siendo "falsa (...) la concepción estándar, hay que concluir que nuestro Derecho, que parece dar por verdadera dicha concepción, presupone una doctrina falsa"[36]. Desde un punto de vista práctico, hay casos en los que defender una u otra concepción no tiene consecuencia alguna. Serían los casos que se pueden denominar claros en los que se aplica de forma literal el texto de la ley sin que sea necesario apelar al Derecho natural o a la costumbre o a los principios generales del Derecho. Sin embargo, hay otros casos en los que sí tiene consecuencias prácticas el hecho de defender una u otra concepción. HERNÁNDEZ MARÍN señala como ejemplo de estos casos aquellos regulados por reglas legales que se consideran injustas, inoportunas o, en general, insuficientes o insatisfactorias. Un realista puede, a su juicio, asumir la existencia de una ley injusta sin que por ello deba admitir la existencia de una entidad ideal como puede ser el "valor justicia", "del mismo modo que admitir la existencia de alimentos insalubres no implica admitir la existencia de «la idea de salubridad»[37]. Ante una ley insuficiente el partidario de la concepción estándar defendería que hay que acudir a las reglas jurídicas no legales (principios generales del Derecho, Derecho consuetudinario o Derecho natural), argumentando que dado que éstas son necesarias, existen. Puede ocurrir que el problema de las leyes insuficientes carezca, simplemente, de solución[38]. Y es que, en definitiva, "el problema de si existen o no reglas jurídicas no legales es independiente del de la necesidad de esas reglas"[39].

---

[36] *Ibídem.*

[37] *Ibídem.*, p. 354.

[38] "El partidario de la concepción estándar comete un error, pues, al argumentar que existen reglas jurídicas no legales, dada que éstas son necesarias. Y el mismo error cometería el partidario de la concepción realista, si éste arguyera que las reglas jurídicas no legales no son necesarias, dado que no existen": *Ibídem.*, p. 355.

[39] *Ibídem.*

La cuestión estriba en determinar si el problema de las leyes insuficientes tiene otra solución que la de acudir a las reglas jurídicas no legales. Para HERNÁNDEZ MARÍN, la cultura jurídica continental contemporánea pretende solucionar el problema de las leyes insuficientes acudiendo a reglas correctoras de la legalidad (RCL). Entre éstas se encontrarían el Derecho consuetudinario, los principios generales del Derecho, el Derecho Natural o la aplicación analógica de las normas legales. Todas estas reglas van dirigidas a los jueces. Plantean el problema de crear inseguridad jurídica "tanto por la vaguedad de sus antecedentes, como por la vaguedad de sus consecuencias"[40]. Y también crean inseguridad jurídica porque "las fuentes a que se remiten en sus consecuentes, a fin de extraer de ellas reglas supletorias de las reglas legales, tampoco están delimitadas con precisión"[41]. Por tanto, nada garantiza que las reglas correctoras de la legalidad cumplan el objetivo para el que fueron creadas: conseguir una solución justa; sino que, por el contrario, la solución puede ser más inicua que aplicando el texto de la ley.

Para HERNÁNDEZ MARÍN estas reglas correctoras de la legalidad no serían la única solución al problema de las leyes insuficientes. Él propone una "regla realista correctora de la legalidad (RRCL). Esta regla permitiría al juez decidir cualquier caso (sea un caso no regulado, sea un caso regulado, en opinión del juez, de forma insatisfactoria) al margen de la letra de la ley, y conforme a la prudencia, conciencia, convicciones, sentimientos, etc., del propio juez"[42]. Esto es, pretende conferir al juez el poder que el Código civil suizo concede al aplicador del Derecho, pero sin cobertura legal alguna, es decir, consciente de que esto no es lo que prescribe nuestro propio Código civil. A juicio de HERNÁNDEZ MARÍN ésta sería una alternativa realista y valiente. Por un lado, de acuerdo con esta concepción, no existen otras normas ni principios al margen de las reglas legales, de tal manera que si éstas son insuficientes, no hay

[40] *Ibídem.*, p. 356.
[41] *Ibídem.*, p. 357.
[42] *Ibídem.*, p. 358.

más solución que acudir a la prudencia, conciencia o sentimientos del juez, "abandonada la letra de la ley, los jueces carecen de toda instancia en la que descargar la responsabilidad de sus decisiones"[43]. Por otro lado, dicha alternativa supone decir abiertamente lo que sucede en la realidad: "que es la prudencia, o la conciencia y la responsabilidad de los jueces las que determinan, en primer lugar, en qué casos y en qué medida aplicar la letra de la ley, o bien apartarse de ella; y determinan también, en segundo lugar, la solución concreta de los casos, tanto si dicha solución es obtenida a partir de las reglas legales, como si es formulada al margen de dichas reglas"[44]. Para HERNÁNDEZ MARÍN los sentimientos y convicciones de los jueces son entes más sólidos que todos los principios generales del Derecho, valores y otros entes ideales propuestos por la concepción estándar para resolver los supuestos de insuficiencia de la ley. Además, las reglas correctoras de la legalidad tradicionales pretenden ofrecer una apariencia de racionalidad a decisiones que son, necesariamente, irracionales, con el consiguiente engaño. En cambio la regla realista correctora de la legalidad elaborada por HERNÁNDEZ MARÍN, "no engaña a nadie"[45].

El autor reconoce que, a pesar de su bondad, su regla realista correctora de la legalidad presenta también el problema de atentar contra la seguridad jurídica, sin que quede, además, garantizada la consecución de la justicia. Para paliar este problema, HERNÁNDEZ MARÍN revisa su solución en el sentido de permitir que formulen decisiones basadas en la conciencia, sentimientos, convicciones, etc., sólo las instancias superiores de la magistratura "siempre que no perjudiquen a un particular, y en aquellos casos en que la inconveniencia de la decisión legalista (basada en el texto literal de la ley), dictada por el órgano inferior, sea grande y patente"[46]. Con ello se consigue que adopten tal tipo de decisiones los magis-

---

[43] *Ibídem.*
[44] *Ibídem.*
[45] *Ibídem.*, p. 359.
[46] *Ibídem.*

trados de quienes se supone más experiencia y conocimiento[47]; y, además, de este modo se privilegian las decisiones legalistas frente a las prudenciales.

Rebate, o al menos lo intenta, las tesis expuestas en el artículo citado por HERNÁNDEZ MARÍN, GONZÁLEZ LAGIER[48], abriendo así un debate del que, en ciertos aspectos, puede decirse que ha sido demasiado encendido. Como es obvio, GONZÁLEZ LAGIER defiende la concepción estándar del Derecho, lo cual le lleva a criticar la realista de HERNÁNDEZ MARÍN[49]. A su juicio, éste niega la existencia de la costumbre o los principios generales del derecho porque parte de un "concepto homogéneo de «existencia», que toma como paradigma de existencia el modo de existencia de

---

[47] Las decisiones prudenciales "no podrían ser tomadas por cualquier arrogante que acaba de acceder a la judicatura, como es posible en la actualidad": *Ibídem.*, p. 360.

[48] GONZÁLEZ LAGIER, D., "Los presupuestos ontológicos del Derecho (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»)", *DOXA*, 21, 1998, pp. 369-395.

[49] Fundamentalmente señala GONZÁLEZ LAGIER que la concepción factualista del derecho podría tener consecuencias contraintuitivas: *Ibídem.*, p. 370. A lo cual responde HERNÁNDEZ MARÍN que siendo "lo más racional creer que no existe un mundo distinto al mundo de los hechos y que, caso de que exista ese mundo, las entidades jurídicas no tienen allí cabida, es evidente cuál es la posición correcta respecto al problema de la naturaleza ontológica del Derecho: el Derecho es un hecho, como sostienen las concepciones factualistas o empiristas del Derecho. Pero a Daniel González Lagier, como a la mayoría de los juristas, esta conclusión le parece «contraintuitiva», «chocante», «extraña», etc. Según él, el que una concepción del Derecho sea una concepción empírica del Derecho no es algo digno de elogio. Al parecer, es mucho más intuitivo, racional, plausible, elogiable, etc., sostener lo contrario, o sea, las dos tesis antes citadas: que existe un mundo de ideas y que allí moran las entidades jurídicas. Mal está que se rechace la tesis de que el Derecho es un hecho. Pero que a estas alturas de la evolución de la cultura humana, asentada en la ciencia y en la tecnología, se califique dicha tesis como chocante, extraña, etc., resulta increíble (una buena muestra de los residuos anticientíficos que todavía quedan en el pensamiento jurídico, por mucho que se admire de boquilla a Galileo). Es más: incluso en el caso de que la citada tesis fuera falsa, lo normal, lo racional, a la luz de nuestro conocimiento actual, es pensar que es verdadera": "Réplica *a Los presupuestos ontológicos del Derecho*, de Daniel González Lagier", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomos XIII-XIV, 1996-1997, pp. 911-924, p. 915. Artículo publicado también en *DOXA*, 21-I, 1998, pp. 397-410. Contra esta réplica GONZÁLEZ LAGIER opuso su contrarréplica en "De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 925-932.

los objetos físicos"[50], cuando es perfectamente posible entender de forma distinta el concepto y los modos de existencia.

En primer lugar, se hace preciso distinguir entre «hecho» y «objeto físico». Si definimos los hechos como "aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras creencias", entonces los objetos físicos no serían hechos, porque no hacen verdaderas o falsas nuestras creencias. El texto de una ley no sería un hecho, sino un objeto físico. Sí sería un hecho físico la "existencia" de esos objetos. De estas premisas, GONZÁLEZ LAGIER extrae tres conclusiones. En primer lugar, que una concepción empírica o factualista del Derecho "no tiene por qué ser necesariamente una concepción del Derecho como objeto físico". En segundo lugar, "al distinguir entre objetos (o particulares) y hechos, debemos distinguir entre dos modos (o sentidos) de existencia (o de lo que hay en el mundo); y, en tercer lugar, "la decisión de introducir hechos junto con objetos físicos en la descripción de lo que hay es una decisión guiada por la necesidad de explicar mejor el mundo"[51].

Por otro lado, frente al argumento de HERNÁNDEZ MARÍN de acuerdo con el cual la concepción estándar es idealista porque admite hechos cuya existencia no puede ser comprobada empíricamente, GONZÁLEZ LAGIER entiende que es preciso distinguir entre *"lo que realmente existe y lo que creemos que realmente existe"*[52]. Todos los filósofos de la ciencia, sean de la orientación que sean, aceptan que la ciencia no es infalible, que todo conocimiento científico es por definición "presunto" y que, por tanto, la ciencia sería "inestable". Esta inestabilidad encuentra su causa en varias razones: toda teoría científica nunca puede dejar de ser una estimación incompleta que se avanza "desde la perspectiva de un conjunto de conceptos y conocimientos disponible en un momento determinado"[53]. Además, es perfectamente posible que todas nuestras

---

[50] GONZÁLEZ LAGIER, D., "Los presupuestos ontológicos del Derecho (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»)", *op. cit.*, p. 376.

[51] *Ibídem.*, pp. 377-378.

[52] *Ibídem.*, p. 378.

[53] *Ibídem.*

creencias aceptadas en un determinado momento, resulten falsas y ello porque "no podemos saltar el vacío entre lo que parece que es verdadero y lo que realmente es verdadero por medios lógicamente seguros"[54]. Y, en tercer lugar, "muchas de nuestras creencias aceptadas *resultarán* ser falsas"[55]. Por ello, es necesario distinguir entre "*lo que realmente existe* y *lo que creemos que existe*, entre realidad y conocimiento, entre el mundo y nuestra imagen del mismo"[56]. Y sería, a juicio de GONZÁLEZ LAGIER, razonable pensar "que para que una concepción sobre cualquier cosa sea considerada una concepción empírica no es necesario exigir que trate sobre entidades que realmente existen (porque entonces nunca podríamos saber si una teoría es o no empírica), sino que debe bastarnos con asegurarnos de que trata sobre entidades que creemos que existen, o –si queremos ser coherentes con una visión científica del mundo-, que la ciencia cree que existe"[57].

Continuando con el concepto de existencia, resalta GONZÁLEZ LAGIER que en todas las ciencias, incluso en la física, junto a los conceptos observacionales, contamos con los teóricos "que no pueden ser comprobados empíricamente pero nos resultan útiles o incluso necesarios. Conceptos como el de gravedad, electrón, campo magnético, gen, virus, etc. son conceptos teóricos"[58]. Ello no implica que cualquier concepto teórico pueda ser introducido en una ciencia, sino que debe haber alguna justificación para introducirlo: que resulten "de utilidad para explicar, predecir o controlar el mundo"[59]. Y se pregunta el autor hasta qué punto los conceptos teóricos son sólo ficciones ya que si "tales conceptos teóricos cumplen la función de ayudarnos a comprender y controlar el mundo, podemos llegar a pensar incluso que no son meras ficciones, que algo de realidad

---

[54] *Ibídem.*, p. 379.
[55] *Ibídem.*
[56] *Ibídem.*, p. 380.
[57] *Ibídem.*
[58] *Ibídem.*, p. 382.
[59] *Ibídem.*

hemos atrapado con ellos, que es posible que hagan referencia a algo existente «ahí fuera»"[60].

De todo lo anterior es posible concluir la distinción entre a) el mundo de lo que realmente existe ahí fuera y b) la imagen de ese mundo que nosotros hemos construido. Dentro de b) se encuentran, por un lado, aquellas cosas que creemos que existen porque, dentro de ciertos límites, hemos comprobado que existen y, por otro lado, aquellas cosas que creemos que existen "porque, aunque no podamos comprobarlo empíricamente, si no postuláramos su existencia, no podríamos explicar, predecir o controlar un sector importante del mundo"[61]. De ahí que debamos reformular la crítica a la concepción estándar en el sentido siguiente: "La concepción estándar del Derecho es idealista porque acepta hechos y particulares cuya existencia no es necesaria para explicar, predecir o controlar ningún fenómeno relevante relacionado con el Derecho"[62]. Con esta reformulación opina GONZÁLEZ LAGIER que la crítica a la concepción estándar del Derecho ya no resulta tan evidente. Si "creemos que existe" aquello que da respuesta a nuestras necesidades prácticas, entonces la costumbre y los principios generales del derecho sí existirían. Con todo, GONZÁLEZ LAGIER hace dos matizaciones. En primer lugar, que es exagerado decir que creemos que existe todo aquello que necesitamos que exista. Restringiremos "lo necesario" con estas dos limitaciones: "Entre dos teorías, escogemos aquella que permite explicar, predecir o controlar mejor nuestro objeto de estudio; y, en segundo lugar, cuando un concepto teórico que hemos introducido con fines explicativos (o predictivos o de control) cumple satisfactoriamente su función, acabamos otorgando «status de entidad existente» a su referencia"[63].

La segunda matización se basa en que no es necesario equiparar los principios generales del derecho y la costumbre a conceptos

---

[60] *Ibídem.*
[61] *Ibídem.*, p. 383.
[62] *Ibídem.*, p. 384.
[63] *Ibídem.*, p. 388.

puramente teóricos. Y es que, seguramente, "las reglas consuetudinarias y los principios se pueden explicar a partir de hechos (no sólo objetos físicos) observables"[64]. GONZÁLEZ LAGIER, distingue entre principios explícitos e implícitos. Los primeros, que se encuentran expresamente mencionados en el texto de la ley, no plantean problemas respecto a su existencia, ni siquiera desde el punto de vista de la concepción realista del Derecho mantenida por HERNÁNDEZ MARÍN. Los principios implícitos no se encuentran expresamente en el texto de la ley "pero sus condiciones de existencia y su contenido se pueden determinar sin recurrir a postular la existencia de entidades que carezcan por completo de conexión con la realidad"[65]. Si partimos de una relación inductiva, de abajo arriba, "para la cual los principios generales del Derecho son abstracciones y generalizaciones a partir de normas que sí se encuentran explicitadas en el texto de la ley; desde esta perspectiva, los principios jurídicos constituyen algo así como la «ideología» de un ordenamiento jurídico y se encuentran en una relación de interdependencia respecto al resto de normas del ordenamiento"[66]. Otra solución sería considerar los principios jurídicos o algunos de ellos como procedentes de la moral social o positiva de la comunidad "en cuyo caso estos principios son susceptibles de un análisis en términos de creencias compartidas y actitudes críticas semejante al de regla social"[67]. Frente a ello, HERNÁNDEZ MARÍN sostiene que "los principios y las normas consuetudinarias ni son hechos, ni son reducibles a hechos: de la misma manera que el ángel de la guarda o la fuente de la eterna juventud no son hechos, ni reducibles a hechos"[68].

Por otro lado, critica GONZÁLEZ LAGIER a HERNÁNDEZ MARÍN su defensa de la regla realista correctora de la legalidad

---

[64] *Ibídem.*

[65] *Ibídem.*, p. 389.

[66] *Ibídem.*, p. 390.

[67] *Ibídem.*

[68] HERNÁNDEZ MARÍN, R. "Réplica *a Los presupuestos ontológicos del Derecho*, de Daniel González Lagier", *op. cit.*, p. 916.

frente a las reglas correctoras de la legalidad mantenidas por la concepción estándar. Entiende GONZÁLEZ que hay dos alternativas. En primer lugar, que los principios generales del Derecho o las reglas consuetudinarias no existan, en cuyo caso hay que concluir que los jueces, a pesar de lo que manifiestan, en realidad resuelven los casos de acuerdo con su conciencia, sentimientos, prudencia, etc., con lo cual la regla realista correctora de la legalidad de HERNÁNDEZ MARÍN resultaría superflua; o bien sí existen, "en cuyo caso optar por la RRCL es la peor elección porque deja la decisión al arbitrio del juez en lugar de remitir a criterios que, aun siendo vagos, no son totalmente subjetivos y permiten la discusión y el control intersubjetivo"[69]. Y esta sería, para GONZÁLEZ LAGIER, la gran diferencia existente entre la concepción estándar y la realista. Aún siendo los principios generales del Derecho y el derecho consuetudinario de contenido borroso, "la exigencia de que los jueces recurran a ellos en caso de insuficiencia de la ley para justificar sus decisiones permite algún control de estas decisiones, cosa que no permite la concepción realista. Puede que, debido a esta vaguedad, la utilidad de los principios, etc., sea muy pequeña, pero ante la posibilidad de afectar a intereses de terceros, y ante la falta de alternativa mejor, cualquier pequeña utilidad tiene una importancia enorme, y no debemos despreciarla"[70].

HERNÁNDEZ MARÍN responde a esta conclusión de GONZÁLEZ LAGIER con una defensa tajante de su RRCL (Regla realista correctora de la legalidad) frente a las RCL (Reglas correctoras de la legalidad) propias de la concepción estándar. Así, señala que en el plano de la práctica "la RRCL no abandona la seguridad jurídica en manos de cualquier juez, ni para cualquier supuesto, como ocurre en la actualidad. Por ello, y frente a lo que afirma Daniel González Lagier, la RRCL no es superflua, desde el punto

---

[69] GONZÁLEZ LAGIER, D., "Los presupuestos ontológicos del Derecho (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»)", *op. cit.*, p. 394.

[70] *Ibídem.*

de vista práctico. Desde el punto de vista teórico, las ventajas de la RRCL sobre las tradicionales RCL son obvias, para un realista. Pero la RRCL también ofrece ventajas teóricas a un partidario de la concepción estándar como Daniel González Lagier. Pues le evita la ilusión de creer que las decisiones judiciales supuestamente basadas en principios jurídicos, valores, etc., son más controlables que las decisiones prudenciales"[71].

Como vemos, en este debate entre figuras tan destacadas de nuestra doctrina filosófico-jurídica, ninguno de los contrincantes ha podido convencer al otro de la corrección de su tesis. No voy a ser yo quien arbitre entre ellos. Ya he expuesto sus teorías. *A priori* me siento más cercana a las tesis de GONZÁLEZ LAGIER, aún reconociendo que la teoría de HERNÁNDEZ MARÍN es sugerente y atrayente. Por otro lado, creo que su desacuerdo se debe ni más ni menos a que se está refiriendo a objetos distintos. HERNÁNDEZ MARÍN mantiene que no existen los PGD y entiende por éstos entes ideales cuya fuente se encuentra en el igualmente ideal Derecho natural. Y en eso estamos de acuerdo. Por su parte, GONZÁLEZ LAGIER concluye en que puede admitirse la existencia de PGD, como hechos observables, en el caso de los principios que se extraen, vía inducción o generalización, de las normas del sistema. Tampoco le falta razón. Por tanto, sus conclusiones por paralelas son incomparables y ambas perfectamente válidas, a mi modo de ver. Pero, hasta llegar a ellas, ambos ofrecen disertaciones muy interesantes sobre el concepto de existencia, la existencia basada en la necesidad, etc., interesantes, digo, pero innecesarias, pues la tesis del contrario no precisa ser rebatida, al no contradecir la propia.

Entiendo que la afirmación de existencia de los PGD es irrebatible desde un punto de vista realista. Basta con leer el "hecho observable" artículo 1 del Código civil y la numerosa jurisprudencia que se refiere a ellos. En palabras de RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, "los principios son una noción plenamente operativa en la

---

[71] HERNÁNDEZ MARÍN, "Réplica *a Los presupuestos ontológicos del Derecho*, de Daniel González Lagier", *op. cit.*, p. 924.

práctica jurídica, y aunque haya motivos para contemplarlos con escepticismo y hasta incredulidad (...) lo cierto es que merecen ser tomados en serio. Por lo pronto, porque es habitual que leyes, funcionarios, juristas y teóricos los consideren auténticas fuentes del Derecho, aparte de elementos auxiliares de la interpretación jurídica. Y además, porque es una categoría analítica útil para entender el modo en que las diferentes normas jurídicas prescriben conductas o promueven estados de cosas"[72].

Ocurre que nuestro legislador no utiliza siempre conceptos determinables *a priori* (como el de buena fe, diligencia de un buen padre de familia, etc.), sino que exigen, para su determinación, que se despliegue la actividad interpretativa del juzgador. Esto es lo que ocurre con los PGD. Son posteriores a la labor de interpretación, que utiliza como fuente la inducción o abstracción de las normas de derecho positivo, o bien se deducen de normas más generales como pueden ser los valores o principios constitucionales. Y esas actividades de inducción, abstracción y deducción dan lugar a un principio que "existe" en el concepto realista del término, de la misma manera que la afirmación "los gatos son animales que tienen cuatro patas", que se ha inducido de la observación del animal gato, existe en el sentido realista del término o, cuando menos, sería contrafáctico decir que ese estado de cosas no es real.

Lo dicho no es contradictorio con negar la existencia de principios que se identifican con el contenido de un supuesto derecho natural. En efecto, dado que no hay una realidad observable "derecho natural", sería incorrecto decir que existe el principio x derivado de ese derecho. Por eso es perfectamente válida la conclusión sostenida por HERNÁNDEZ MARÍN. No coincido en cambio en algunos aspectos concretos de su teoría. Por ejemplo, deduzco que mantiene la existencia de lagunas axiológicas, inaceptables desde mi punto de vista. Ante el supuesto de hecho de la existencia de reglas legales que se consideran injustas, inoportunas o, en general,

---

[72] RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 25.

insuficientes o insatisfactorias actúan las reglas correctoras de la legalidad, las que propugna la concepción estándar, de acuerdo con esta posición (acudir a la costumbre o a los PGD) o la suya propia (RRCL: regla realista correctora de la legalidad). En primer lugar, desde mi punto de vista las reglas correctoras de la legalidad (por ahora no entramos en cuáles deben ser éstas) sólo podrían actuar ante insuficiencia de la ley, esto es, en supuestos de lagunas, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, pero no en el caso de leyes injustas, porque este supuesto de hecho para la aplicación de tales reglas no está previsto legalmente por el código civil, norma que "existe" y a la cual debemos atender.

¿Qué hacer por tanto ante una ley injusta? Sencillamente, nada. La judicatura puede presionar para que sea reformada, lo mismo que la doctrina científica, podemos organizar manifestaciones populares y escribir enconados artículos en la prensa contra ella, pero mientras exista el juez deberá aplicarla, porque ésta es la única actuación legal, la única actuación que se le permite. Si el "juicio de injusticia" se fundamenta en que la norma contradice un valor o un principio constitucional, por ejemplo, el juez puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad; pero si no es el caso, no le quedará más remedio que aplicarla. Podrá contestarme HERNÁNDEZ MARÍN que en realidad (en esa realidad que "existe") los jueces ante las leyes injustas las desconocen y las sustituyen por su propia conciencia, opinión, sentimientos, etc. Ante lo cual respondo que, primero, la existencia de ese estado de cosas hay que probarla (a través de encuestas, de estadísticas, etc.) y, por otro lado, aunque se pruebe, a esos jueces habrá que decirles: "pues señores, si eso hacen, obran contra *legem*; no actúan de acuerdo con lo que dispone el ordenamiento jurídico".

Por otro lado, es legal, es conforme con el ordenamiento jurídico, aplicar la costumbre o los PGD como fuentes subsidiarias (de primer y segundo grado, respectivamente), ante los supuestos de leyes insuficientes (no ante leyes injustas, repito), es decir, son legales las reglas correctoras de la legalidad defendidas por la concepción estándar, pero no es legal, no es conforme con el

ordenamiento jurídico, la RRCL de HERNÁNDEZ MARÍN. Sí sería legal, por ejemplo, en Suiza, donde el artículo 1.2 de su Código civil dispone que «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». En defecto de ley y costumbre el juez debe actuar « como si fuera legislador ». Pero no sería legal esta actuación en nuestro país, porque nuestro Código civil no dice esto, sino otra cosa. En nuestro Código civil no "existe" esto, sino otra cosa. Pero es que, además, si de conseguir mayores cotas de seguridad jurídica se trata, pienso que el juez estará más atado cuando tiene que hallar el principio que se induce de una determinada regulación o que se deduce de otra más general, que cuando puede actuar de acuerdo con sus propios sentimientos o convicciones. Por ejemplo, de los artículos que regulan la propiedad en nuestro Código civil (Libros segundo y tercero), no se puede inducir o abstraer de ninguna manera el principio de uso colectivo de la propiedad privada; pero nada impediría que un juez, convencido del mismo, aplicase ese principio (fruto de su propia convicción) en su decisión. ¿En qué supuesto estaría más atado? En mi opinión la respuesta es evidente. Con todo, si esa fuese la solución dispuesta por nuestro ordenamiento jurídico, nada habría que objetar. Pero el caso es que no lo es.

GONZÁLEZ LAGIER llega a una conclusión cierta pero a través de un camino pedregoso tomado de forma innecesaria. No es que "creamos que existan" los PGD, sino que existen efectivamente. No son conceptos que deriven su existencia de su necesidad. Es cierto que existen y es cierto que son necesarios, aunque cada vez menos, pero una afirmación no se sigue de la otra. Con todo, llega al final a la conclusión de que los PGD no son conceptos puramente teóricos sino hechos observables. Ya lo decía antes; basta con observar el Código civil, la jurisprudencia que los aplica o que los utiliza como criterio interpretativo o las exposiciones de motivos de normas en las que el legislador fundamenta su obra en tal o cual principio general. Toda la argumentación precedente de GONZÁLEZ LAGIER no era necesaria para llegar a su conclusión.

Pero no sólo HERNÁNDEZ MARÍN ha dudado de los PGD. Sin llegar al extremo de negar su existencia, PÉREZ LUÑO piensa que no sería nada aventurado considerar los PGD como una manifestación evidente de la mitología jurídica. Y ello porque en los mismos concurren las dos características básicas de los mitos: "1) Se trata de un intento de ofrecer una explicación para entender algo que no se entiende; 2) Promueven la imaginación de entes que no existen y/o dan vida a meras abstracciones"[73]. Por un lado, los PGD han permitido, como dice PÉREZ LUÑO «explicar» que, pese a la eventual insuficiencia de las leyes, y dado que los jueces no pueden ejercer su libre arbitrio, existen unos medios para garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico: los PGD. En efecto, admitido que las leyes pueden presentar lagunas, que los jueces no pueden crear Derecho y que el Derecho es un sistema completo capaz de dar respuesta a todos los conflictos jurídicos necesitados de ella, es preciso acudir al mito de los PGD, gracias al cual "se suscita la imagen de que el ordenamiento jurídico posee procedimientos que garantizan la respuesta adecuada a todas las controversias, aunque dicha respuesta no se halle prevista en la ley y sin que haya que admitir que la jurisprudencia sea fuente del derecho"[74].

Por otro lado, los PGD presentan otra característica propia de los mitos: la de forjar "imágenes inexistentes o meras abstracciones"[75]. En el lenguaje de los PGD son constantes e inevitables las referencias a otras fuentes del derecho. Desde el positivismo jurídico se defiende el carácter intrasistemático y autointegrativo de los principios, mientras que desde el iusnaturalismo se mantiene su carácter extrasistemático y heterointegrativo (PGD= derecho natural). De estos planteamientos se desprende "que los principios terminan por considerarse un duplicado de la ley, de la jurisprudencia, de la doctrina, de la costumbre, del derecho natural (entendido

---

[73] PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, nº 98, octubre-diciembre 1997, pp. 9-24, p. 19.

[74] *Ibídem.*, p. 20.

[75] *Ibídem.*

también como equidad, naturaleza de las cosas o moral jurídica), o los derechos humanos"[76]. Lo cual lleva a concluir que "los principios generales del derecho constituyen un «ente que no existe», o una realidad puramente abstracta. (...) Por tanto, los principios representan un ejemplo evidente de mitos jurídicos"[77]. Ello no supone declarar el carácter dañoso o peligroso de los principios, puesto que son un mito que responde, de acuerdo con PÉREZ LUÑO, a una necesidad propia de los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho: "reconocer el valor de la seguridad jurídica. Incumbe a los principios el ser una cláusula de cierre del sistema de fuentes del derecho"[78]. En definitiva, para el autor, los PGD "remiten siempre y necesariamente a otras fuentes normativas, se trata de una categoría que no existe como tal con sustantividad y autonomía propia. Ello equivale a afirmar que es un concepto ficticio o parasitario, que para adquirir realidad jurídica precisa tomar cuerpo en otra u otras fuentes del derecho. Esos caracteres son, precisamente, los que definen a los mitos jurídicos. Es cierto, que se trata de un mito justificado, pero ello no desmiente su carácter mítico"[79].

Como vemos, el autor deriva la "justificación" de los PGD (que no su existencia) del hecho de que son necesarios para garantizar la seguridad jurídica y la plenitud del sistema. Pero mantiene que se trata de entes que no existen y que promueven la imaginación. Ya he dicho antes que pienso que los PGD existen, no porque sean necesarios, ya que cada vez lo son menos, sino porque efectivamente existen si se obtienen a partir de las normas de derecho positivo, vía inducción, abstracción o deducción. Por tanto, no puedo estar de acuerdo con su supuesta mitología, porque no coincido con las premisas de PÉREZ LUÑO.

Y, por lo mismo, se acerca mucho más a mi tesis una posición en cierta medida intermedia como es la defendida por PRIETO SANCHÍS para quien "los principios generales del Derecho no existen

---

[76] *Ibídem.*, p. 21.
[77] *Ibídem.*
[78] *Ibídem.*, p. 22.
[79] *Ibídem.*, p. 23.

como fuente anterior a la interpretación"[80]. ¿Cómo argumenta el autor esta afirmación? Entiende que si entendemos literalmente lo que dispone el código civil sobre las fuentes del Derecho, esto es, que son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho "entonces con toda probabilidad los llamados principios generales aluden a una entidad fantástica"[81]. Y es que, a pesar de que son de uso común frases como se encuentra un principio general en la Constitución, o en la ley o en la jurisprudencia, cuando eso ocurre, "ya no estamos en presencia de una norma «principial», sino constitucional, legal o jurisprudencial. Por tanto, necesariamente un «principio general» ha de ser algo distinto; pero ¿cabe algo distinto?"[82].

Para PRIETO, desde una concepción positivista, la respuesta necesariamente debe ser negativa pues "salvo que creamos en realidades metafísicas y, con ello, abracemos algún género de iusnaturalismo, el Derecho como fenómeno empírico no puede expresarse más que a través de la ley (en sentido amplio) o de la costumbre (incluida la judicial) (...). En realidad, bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas. (...). Los principios generales del Derecho, al igual que el muy cercano argumento analógico, constituyen, pues, un caso de creación de Derecho en sede interpretativa. Esto significa que las fuentes del Derecho no son en pie de igualdad la ley, la costumbre y los principios generales, sino más bien la ley, la costumbre y sus consecuencias interpretativas"[83].

Coincido, por tanto, con la premisa de la que parte PRIETO, la de que los principios son normas que se inducen de normas. Pero llega a otra conclusión que no puedo compartir. Dice que si

---

[80] PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, *op. cit.*, p. 49.
[81] *Ibídem.*, p. 49.
[82] *Ibídem.*, p. 50.
[83] *Ibídem.*

los principios son normas de carácter reformulatorio de la ley y la costumbre entonces no pueden servir a la misión básica para la que fueron concebidos, esto es, la de colmar las lagunas dejadas por la ley y la costumbre. ¿Por qué no? [84]. En este punto no puedo estar de acuerdo ya que es perfectamente posible imaginarse un supuesto de hecho que no se puede incluir en ninguno de los artículos que regulan, por ejemplo, la posesión pero que sí puede ser resuelto aplicando el principio inducido de aquéllos de "protección al poseedor".

[84] Con todo, PRIETO se ocupará en esta obra del significado de los principios en los que habitualmente, en la actualidad, se piensa, ya que "cuando se alude a los principios no siempre se piensa en los principios generales del Derecho tal y como han sido descritos; mejor dicho, casi nunca se piensa en ellos, sino más bien en ciertas normas constitucionales, legales o jurisprudenciales que, no se sabe muy bien por qué, reciben el nombre de principios". Al respecto entiende el autor ya superada la polémica sobre el valor o fuerza jurídica de los principios constitucionales, con la conclusión de que "los principios recogidos en enunciados normativos tienen el valor jurídico propio de las fuentes que los reconocen, ni más ni menos": *Ibídem.*, p. 51. La teoría del Derecho actual se ocupa de determinar si es adecuado acuñar una categoría independiente –los principios- de las que predicar unos caracteres propios y específicos, distintos a las reglas. Y es de esta problemática de la que se va a ocupar el autor, problemática que excede nuestro objeto de estudio: los PGD.

3. Origen y concepto

El artículo 1.4 del Código civil dispone que los PGD son fuente subsidiaria, alegables en el caso de que no haya ni ley ni costumbre aplicables al caso, sin perjuicio de su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico. Se introdujo este artículo con la reforma del Título preliminar llevada a cabo en 1974. El primer artículo de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil contenía una delegación al Gobierno, en los términos del artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado para que modificase el Título Preliminar del Código civil. Tal como se dice en la Exposición de Motivos no se trata de una simple autorización, sino de una verdadera delegación en sentido técnico, es decir que el Gobierno podrá someter el texto articulado del Título Preliminar a la sanción del Jefe del Estado «con fuerza de Ley». A su vez, el artículo 2 de la Ley contenía las siete bases que debían servir de guía al Gobierno para confeccionar el texto articulado del Título Preliminar. Se disponía que en el mismo "se enumerarán de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la Ley sobre las demás fuentes" y que "Los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias".

Haciendo uso de esta delegación el Gobierno aprueba el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, texto articulado del Título Preliminar del Código civil. Explicaba que razones de importancia y prioridad en relación con las fuentes del ordenamiento jurídico les habían impulsado a incluir su regulación en el artículo primero del Código civil, con carácter protagonista, en lugar de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas tal como hacía el artículo 6 anterior a la reforma. "Cambia pues –señala el Gobierno- el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador"[85]. Los PGD aparecen como fuente subsidiaria respecto de la ley y la costumbre, único cometido en el que cumplen la función autónoma de fuente del derecho, además de tener "un significado informador de la ley o de la costumbre"[86].

Parece claro qué había en la *mens legislatoris* en la redacción dada a este artículo. Se trataba de garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico así como de ofrecer a nuestros jueces la posibilidad de cumplir el mandato que les impone el artículo 1.7 del Código civil sin grandes dificultades, que dispone el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Si un juez no encuentra una respuesta al caso que tiene delante en la ley o en la costumbre, podrá acudir a los PGD. Mi propósito último es ofrecer el concepto de PGD que, desde mi punto de vista, se encierra tras el artículo 1 del Código civil.

3.1. Origen

En primer lugar, es preciso que me refiera al origen de los PGD o, mejor dicho, a qué se ha dicho por la doctrina sobre esta cuestión. Cuando hablo de origen me refiero a la fuente de la cual brotan los PGD a que se refiere el artículo 1 del Código civil, es decir, los

---

[85] Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

[86] *Ibídem*.

principios que actúan como fuente subsidiaria directa en defecto de ley y costumbre y como informadores de todo el ordenamiento jurídico. La pregunta que se trata de responder ahora es la de a dónde debe acudir el juez para hallar esos PGD. Ya advertía en la introducción a este trabajo que no he consultado todas las fuentes bibliográficas que aluden a los PGD; de las que he consultado he extraído tres respuestas distintas a la pregunta sobre su origen. A saber, que proceden bien del Derecho natural; bien del poder de los jueces de crear derecho o, finalmente, del Derecho positivo. Veamos cada una de estas tesis.

1. Los PGD proceden de los contenidos del Derecho natural.

Resulta obvio que ésta es la respuesta que defienden los teóricos iusnaturalistas. Parten de la existencia de un Derecho natural como un orden objetivo de normas que están por encima del Derecho positivo que cumpliría las funciones de, por un lado, colmar las lagunas del derecho positivo y de la costumbre y, por otro, de informar (*ergo* como criterio de interpretación) todo el ordenamiento jurídico. Los partidarios de esta tesis vieron en el antiguo artículo 6 del Código y en el vigente artículo 1 una puerta abierta para alimentar (seguir alimentando) sus esperanzas de ver ese Derecho natural como un elemento más del Derecho. Por supuesto no es éste el lugar apropiado para exponer todas las críticas que dicha doctrina ha suscitado. Me remito a los numerosos estudios sobre la cuestión[87]. A mi modo de ver, esta supuesta ordenación objetiva e inmutable no existe o, aún admitiendo que existiese, nuestra inteligencia, fe, voluntad o cualquiera que sea la aptitud que tendría que descubrir tal ordenación objetiva, permanente e

[87] Por ejemplo, en palabras de ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, esta concepción ha sido objeto de numerosas críticas. En principio, las soluciones basadas en el tan lejano Derecho natural no serían siempre uniformes porque "a la disparidad de visión de tan elevados principios correspondería una diversidad de criterios que, incluso, podrían llegar a contradecir a las mismas leyes positivas". Además, los principios, "se revelan demasiado lejanos para su aplicación a cuestiones concretas": ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, *op. cit.*, p. 41.

inmutable, no ha conseguido su objetivo. Lo cual, a la postre, conduce al mismo resultado que si no existiese. Pero es que, aunque existiese, desde mi punto de vista, nuestro Código civil no apela a dicha ordenación cuando se refiere a los PGD. Si nuestro legislador civil hubiese querido decir Derecho natural, lo hubiese hecho tal como, según hemos visto, había sucedido con otros Códigos Civiles. Por tanto, a través de una interpretación literal del artículo 1 del Código civil, la conclusión es bien simple en el sentido de que los principios a los que se refería son los principios del derecho. ¿De qué derecho? se me puede preguntar ¿Por qué no entender que alude a los principios generales "del derecho natural"? Pues bien, para contestar a esta pregunta habrá que atender a la *mens legislatoris* y al ambiente social que alumbró la aprobación del código. Si lo que intentaba el codificador era garantizar la plenitud del derecho, la ausencia de lagunas y limitar con ello el poder creador del juez, lo más lógico es pensar que lo principios generales son los que se pueden inducir del mismo derecho positivo. A mi modo de ver esto es, y no otra cosa, lo que quería el legislador. Como señala PEIDRÓ PASTOR, la *mens legislatoris* de la Comisión Codificadora, "formada por mayoría de juristas que profesaban las ideas de la Escuela Histórica –tan contraria al Derecho Natural- nos lleva consecuentemente a interpretar tal expresión como 'principios del Derecho histórico patrio"[88]. Esta opinión viene avalada también por

[88] PEIDRÓ PASTOR, I., "Lógica y Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, Tomo XII, pp. 241-287, p. 274. Asimismo, dice VALLET DE GOYTISOLO que la expresión "fuentes del ordenamiento jurídico español" aparece en 1974, con la reforma del Título preliminar. Es cierto, nos dice, que el concepto de ordenamiento jurídico ha sido impulsado por el positivismo normativista, pero ese influjo no estaba presente entre los miembros de la Sección de lo Civil de la Comisión de Códigos y, mucho menos, en el ánimo del propio proponente del texto, José Castán, quien siempre se mostró iusnaturalista y nada tenía de kelseniano y quien, además, estaba convencido de la primacía de la justicia en su significado material más clásico. Sin embargo, continúa VALLET "hay que reconocer que, vista con perspectiva actual, el cambio del texto del viejo art. 6.2, por el nuevo 1.1, del Código civil, en su planteamiento y terminología, se adecua fácilmente a la concepción jurídica dominante. Hoy, el positivismo y el formalismo, pese a sus quiebras y creciente conmoción de sus cimientos, minados por todos lados y desde las más opuestas posiciones, continúan dominando: "Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico». Introducción a su estudio", *op. cit.*, p. 827.

la disposición transitoria 13ª del mismo Código civil, que dispone que "Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento".

Lo cierto es que muchos de los autores que se unieron a la empresa iusnaturalista utilizando como arma los PGD no extrajeron todas las consecuencias a las que un "activismo iusnaturalista puro" conduciría. Y es que, aunque mantienen la existencia del Derecho natural y que los PGD "son" Derecho natural, con todo, exigen el trámite de la positivación, entendida ésta en sentido amplio[89], para entender aplicables los principios de Derecho natural. Es el caso del Prof. DE CASTRO. Así, señala este autor que hay PGD (lo cual se traduce en que "no todos") que encuentran su origen en el Derecho natural. Pero los contenidos del Derecho natural, para formar parte del ordenamiento positivo precisan del trámite de la positivación. De este modo, las reglas de Derecho natural "positivizadas" poseen la autoridad conferida por dos tipos de fuentes: la de la fuente que le da su contenido (el Derecho natural) y la de la fuente que la incorpora al ordenamiento (la positivación). Esta última puede derivar de la incorporación a la ley, de la acción de la jurisprudencia, o de la Administración, de algún grupo social o de la comunidad en general[90].

Por tanto, el Derecho natural *a priori* no forma parte del ordenamiento jurídico. Para que así sea es preciso que se positivice, que se filtre en el ordenamiento jurídico. Los principios generales serían producto del vivir de la propia comunidad, alumbrada o guiada por los contenidos del Derecho natural, origen mediato de los PGD. Como vemos, DE CASTRO parte de un concepto de positivación muy amplio. Conforme al mismo las normas de Derecho natural adquieren un nuevo valor: bien de normas legales, bien de normas consuetudinarias, bien de principios generales, en este último caso, "sólo cuando la recepción se hace por la comunidad y

[89] Su aplicación en una sentencia bastaría para entender cumplido dicho trámite.
[90] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 416.

sin que se formule en una regla específica"[91]. Con todo, se observa en lo mantenido por el autor cierta ambigüedad sobre los PGD, ya que también mantiene que son los "principios sociales o juicios de valor, que expresan la convicción de un pueblo y que se imponen a sus miembros, (...) los que de modo más puro manifiestan la peculiaridad de los principios generales; son creación del vivir de la comunidad, y, a la vez, su autoridad se deriva de la misma comunidad, coincidiendo así el origen del contenido y el de su eficacia jurídica. Se diferencian de la ley en su carencia de formulación y de la costumbre en no requerir el uso para su afirmación"[92].

De acuerdo con lo expuesto la tesis de DE CASTRO sobre los PGD estaría a medio camino entre quienes los hacen derivar directamente del Derecho natural y los que encuentran su origen en un consenso social o en las convicciones de un pueblo.

2. Los PGD encuentran su origen en el poder creador del Derecho que detentan los jueces.

Mantiene esta tesis que los PGD los crea el juez en la resolución de los casos concretos. No se trata, con todo, de una tesis uniforme, sino que en la misma se pueden distinguir dos versiones. De acuerdo con la primera, ese poder creador no sería ilimitado sino que el juez, en esa labor de creación, tendría que utilizar o tener en cuenta los valores sociales o convicciones vigentes en cada sociedad. Ello permitiría la adaptación del Derecho a las cambiantes realidades sociales, con lo cual se evitaría la consecuencia que, para los autores que mantienen esta tesis, se deriva de la teoría que entiende como PGD los inducidos del propio derecho positivo,

---

[91] *Ibídem.*

[92] En concreto, ley y principio general se asemejan en que ambos proceden de la voluntad de la comunidad, pero se diferencian en que la ley procede de la voluntad política, en tanto que el principio deriva de la convicción nacional. A su vez, costumbre y principio general también tienen en común el hecho de carecer de formulación, aunque la costumbre es impuesta por la presión social de ciertos grupos y es admitida como uso social, mientras que el principio representa una convicción de la comunidad, con independencia del modo en que se revele su existencia (*ibídem.*, nota al pie 2.)

esto es, la congelación del ordenamiento jurídico. Para la segundan versión, el juez tendría un poder ilimitado. Entre los autores que mantienen la libre creación de los PGD por parte de los jueces o lo que es lo mismo, la solución *hic et nunc* creada por el juez, nos encontramos con HERNÁNDEZ MARÍN a cuya teoría ya hemos hecho referencia *supra*[93].

Como representante de la primera versión de esta tesis, invoco por primera vez el nombre del gran teórico de los principios, ESSER, hacedor de la magna obra *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, figura que, en mi opinión, ha sido relegada y postergada por gran parte de la doctrina. Es preciso tener en cuenta que ESSER ha escrito sobre los principios "en y para" un ordenamiento jurídico cercano, como sistema, al nuestro y, por tanto, permítanme reivindicar en esta sede su obra, y ello a pesar de que no coincido con muchos de los postulados que mantiene.

Para este autor la intención positivista de inferir los PGD, deductivamente, del derecho positivo, era una "táctica de muy cortos horizontes"[94]. En el proceso de formación del principio tiene un gran protagonismo la actividad judicial. Ante la constatación de un problema, la judicatura puede ofrecer una solución puntual, singular, a través de un principio que no será, todavía, auténtico principio como fuente del Derecho. Sólo cuando se eleve a la consideración de "pensamiento jurídico general", podrá considerarse tal. Nos encontramos entonces ante formación judicial del Derecho, "con un sedimento permanente en la práctica y en la doctrina"[95].

El principio reconocido, para ser tal, debe formar parte del derecho positivo, pero ¿de qué hecho depende esa incorporación? En el pensamiento codificador de la época desde la que nos habla ESSER se introdujeron una multitud de principios producto de la

---

[93] pp. 25-29.

[94] ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, traduc. Eduardo Valentí Fiol., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956, p. 14.

[95] *Ibídem.*, p. 34.

"invención abierta" "arraigando hasta tal punto en la dogmática, que con el aparato conceptual de ésta se han convertido en parte de un pensamiento en apariencia puramente axiomático, en el que las consideraciones de 'política jurídica' y la casuística vinculada a problemas se han establecido, como islotes aparentemente extraños al sistema, dentro del marco de las cláusulas generales, normas en blanco e instituciones de reciente creación"[96].

Añade que un principio jurídico no es un precepto jurídico ni una norma jurídica en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que "requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones"[97]. Es la sentencia judicial la que se convierte en agente transformador de un principio pre-positivo en precepto positivo. Para construir una nueva norma particular, el juez debe recurrir a **principios extrasistemáticos**, que serían los tópicos. En el ámbito pre-positivo de los principios hallamos la **ética jurídica o la convicción general** (negrilla mía) "la ενδοξα o, en la terminología del *common law*: de la *public policy* y el *common sense*"[98]. Estos ενδοξα están también presentes en la fase de elección de normas y selección de supuestos de hecho. Los principios pre-positivos que se extraen de esas fuentes pasan, como señala ESSER, un proceso de incubación hasta entrar, propiamente, en el pensamiento jurídico. El autor habla también de "formas mentales constantes, en las que se realiza de un modo típico la transformación de juicios prejurídicos de valor en auténticas estimaciones jurídicas"[99].

ESSER se pregunta también si un principio que no haya sido fijado puede convertirse en parte del derecho positivo si así lo dispone la autoridad legal. Entiende que una solución ficticia y capciosa sería decir que todo principio es Derecho positivo dentro

---

[96] *Ibídem.*, pp. 61-62.
[97] *Ibídem.*, p. 65.
[98] *Ibídem.*, p. 68.
[99] *Ibídem.*, p. 72.

del ámbito en que ha sido positivizado, pues para unos lo importante es que el principio hubiese sido formulado mientras que otros sólo considerarían positivación su expresión pormenorizada en una norma o institución creada por la ley o la jurisprudencia. Para ESSER ambas opiniones son incorrectas ya que, a su juicio, los "principios no escritos son los más fuertes, aun en el campo de lo positivo"[100]. Entiende que hay formas de positivación distintas de la incorporación a un texto, y, además, dicha incorporación no es garantía suficiente de la formulación inequívoca del principio[101].

Por tanto, el juez va en busca de un principio para la solución puntual a un caso que se le plantea y acude a principios extrasistemáticos que se hallan en la ética jurídica o convicción general. Utiliza tal principio que en esa su primera aplicación no es un principio positivo sino "pre-positivo", principio éste que precisa de un proceso de incubación. Para ser un principio positivo debe convertirse en un "pensamiento jurídico general", esto es, debe servir de regla general para todos los casos similares que se presenten. Hasta tal punto es importante ese proceso de incubación, esa "sedimentación en la doctrina y en la práctica" que en el caso de que un principio se incorporase a una norma positiva sin haber experimentado tal proceso previo, ello traería aparejado que ese principio careciese de una formulación inequívoca. Los principios no escritos, que han pasado todo el proceso por él descrito, son para ESSER los más "fuertes" y su positivación sería totalmente accesoria. Por otro lado, el instrumento que convierte un principio pre-positivo en positivo es la sentencia judicial. ESSER mantiene, por tanto y como ya he dicho, la formación judicial del Derecho.

También se puede deducir un cierto "activismo judicial" de la obra de DÍEZ PICAZO. Se pregunta por el origen de los PGD, por lo que él llama el poder normativo que se encuentra en ellos y reconoce que "resulta casi imposible de encontrar"[102]. A su juicio

---

[100] *Ibídem.*, pp. 89-90.

[101] *Ibídem.*, p. 91.

[102] DÍEZ-PICAZO, L., "La doctrina de las fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, octubre-diciembre de 1984, pp. 933-952, p. 941.

tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva. Y si se trata de ser más realistas y concretos "acabaremos por confundir el poder concreto que se realiza a través de los principios generales del Derecho con el poder que ostentan los órganos a los cuales se concede el poder de formulación de tales principios"[103]. La enumeración de las fuentes del ordenamiento jurídico que hace el artículo 1.1 del Código civil plantea el problema de la falta de homogeneidad entre sus elementos ya que la ley se "encarna en los textos redactados y promulgados por el poder legislativo y la costumbre en los usos", pero "¿Dónde están –en este escenario- los principios generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos"[104]. Al juez le correspondería "encarnar" esos espíritus.

Así pues, DÍEZ PICAZO habla de ese espíritu colectivo o alma colectiva como desencadenante del poder normativo que se encuentra en los PGD, pero siendo más "realista" parece entrever que en realidad ese origen hay que buscarlo en la voluntad o poder de quienes dicen cuáles son los PGD, es decir, de los aplicadores del derecho, más en concreto, de los jueces.

3. Los PGD hay que extraerlos, vía inducción o abstracción, de las normas de Derecho positivo.

Es la posición que yo mantengo. Y otros muchos; en general todos los teóricos que se pueden calificar, aunque sea a grandes rasgos, de iuspositivistas. A título de ejemplo, CLEMENTE DE DIEGO, aunque posteriormente reformule su tesis, en 1925 definía los PGD como "normas jurídicas (que) son dictados de razón y convicciones jurídicas que son fundamento de la ordenación de una relación de la vida o expresan la necesidad de un cierto modo de obrar o contienen una serie de reglas de conducta necesarias para el mantenimiento de la armonía social. La especialidad de estas normas reside en que están concebidas en los términos más

[103] *Ibídem.*
[104] *Ibídem.*, p. 944.

generales y en que su virtud imperativa procede, no tanto de ellos mismos, sino del nexo lógico y necesario que les liga con las normas concretas de un Derecho positivo"[105]. Es precisamente esta última puntualización sobre la conexión necesaria con el Derecho positivo la que elimina cualquier duda sobre el origen que CLEMENTE DE DIEGO atribuye a los PGD. Y ello es lo que le conduce a dar la razón al Tribunal Supremo cuando niega a los PGD la posibilidad de ser alegados solos.

El autor no niega que los principios, en abstracto, existan, pero entiende que son tan abstractos y, por lo mismo, susceptibles de distintas interpretaciones, que es preciso que sean concretados tal como ha dispuesto el legislador. Tienen, con respecto a las normas de Derecho positivo, más valor doctrinal, pero también, menor valor normativo. Con todo, la ciencia debe ver el Derecho positivo como "un organismo vivo contenido dentro del total social, y que indaga su espíritu íntimo, sus ideas informadoras, las corrientes que le transforman y sus instituciones y reglas aisladas. Merced a este trabajo es como se descubren todas las normas latentes en el sistema jurídico"[106]. De ahí que para extraer los principios de Derecho sea necesario acudir a las enseñanzas de la doctrina, pero también a los precedentes jurisprudenciales y los ejemplos que suministra la legislación extranjera.

Aunque CLEMENTE DE DIEGO mantenga una clara concepción positivista, la revisará años más tarde. Así, en el Prólogo de la obra de DEL VECCHIO *Los principios generales del Derecho* dirá que afirmar, como él había hecho en trabajos anteriores, que los principios a los que se refería el Código civil español eran los informadores de la propia legislación, esto es, los que habían servido al legislador para estatuir las reglas de derecho positivo, tal como entiende también la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, era un planteamiento incorrecto. Y es que, nos dice, tal versión de

---

[105] CLEMENTE DE DIEGO, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho, op. cit.*, pp. 151-152.

[106] *Ibídem.*, p. 153.

los PGD impedía la extensión del derecho positivo, encerrándolo en el marco del derecho ya aceptado por el legislador, lo cual conducía a un círculo vicioso. Si los PGD cumplen su función de fuente primaria en el caso de que no haya ley o costumbre aplicables al caso, no se entiende cómo los fundamentos de las leyes vienen a colmar las lagunas de las leyes mismas. Por mi parte, no tengo mayores dificultades en entenderlo. Se pregunta Clemente de Diego "aquellas relaciones nuevas, totalmente nuevas, que reclamen un principio distinto del en la ley comprendido; *quid*?"[107]. Ocurre que afirmar que esa situación nueva reclama un principio distinto ya supone emitir un juicio de valor y aumentar, con ello, la discrecionalidad del juez.

Sostiene que si para esas situaciones nuevas aplicamos los principios del Derecho positivo entonces congelamos éste, no salimos de su ámbito, en lo que "no sólo no hay progreso, sino que ni encontraremos la regla y solución adecuadas"[108]. Concluye CLEMENTE DE DIEGO que, tal como dispone el Código civil si la solución no está prevista ni en la ley ni en la costumbre, podemos acudir a los PGD "y es claro que han de ser los de la misma ley y costumbre, y cuando ellos no alcancen a satisfacer la necesidad del momento o a dar la solución requerida, entonces, para no ponerse enfrente de la inexorabilidad del fallo proclamado en el párrafo 1° de aquel artículo 6°, hay que buscarla en la propia realidad social investigada con criterio científico, fecundizada e iluminada por los *principios de razón y de justicia*, y para ello goza el intérprete de más amplia libertad, pues tiene que construir la solución *ex novo* del fondo mismo del ambiente social que le rodea *bajo la presión de los más altos principios de justicia intrínseca* (cursiva mía)"[109]. Por tanto, su tesis deriva hacia el iusnaturalismo, convencido, seguramente, por los argumentos de DEL VECCHIO.

---

[107] Prólogo a la obra de Del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, Traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 1979, 3ª ed., p. 23.

[108] *Ibídem.*

[109] *Ibídem.*, p. 25.

Para mostrar otro ejemplo de esta tesis acudo a VILLAR PALASÍ para quien el principio general "encuentra su génesis en la realidad de las normas que componen el ordenamiento. De ahí que no sea infrecuente encontrar en las sentencias la formulación de un principio general al lado del artículo concreto de una ley que viene a recogerlo, pero, sin embargo, son casos diferentes"[110]; suponen, eso sí, la introducción de los valores de consenso ideológico de una sociedad, y la generalización de estos valores en cuanto están insertos en normas positivas. El PGD por sí no ordena nada, "es una simple directiva informadora del ordenamiento jurídico, pero no es una norma, ni es equiparable a una norma generalizada"[111]. Por tanto, para este autor, el origen inmediato se situaría en la ley y el mediato en el consenso ideológico existente en la sociedad[112].

---

[110] VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 140.

[111] *Ibídem.*, p. 141.

[112] REINOSO BARBERO opina que no existe un origen empírico común de los PGD, sino que hay orígenes particulares y adaptados a cada ordenamiento jurídico. Entiende tan desacertada la afirmación de que los PGD son derecho romano, como la que mantenga que son Derecho natural o la que establezca cualquier otro origen. Lo que sí puede decirse "es que los principios generales del Derecho español vienen dados fundamentalmente por el Derecho romano y por nuestra tradición jurídica, que recoge unas veces y rechaza otras al Derecho natural. Asimismo podrá afirmarse que los principios generales expresamente reconocidos por el Derecho austriaco son aquellos de Derecho natural, sin que suponga un obstáculo el haber sido formulado con anterioridad por el Derecho romano": REINOSO BARBERO, F., *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Formularios de Recursos de Casación Civil, Penal, Laboral y Apelación Contencioso-Administrativa*, Dykinson, Madrid, 1987, p. 121. Lo que dice el autor es que no existe una procedencia empírica común de todos los PGD "partiendo de la base de que éstos son Derecho positivo y que por tanto su utilización está subordinada a los avatares de la aplicación diaria. Con esto estamos rechazando la práctica totalidad de las tesis formuladas en este campo, que maximalizando el sentido de «área cultural jurídica» quieren ver en los principios generales unos axiomas comunes". En el caso de nuestro propio ordenamiento jurídico, será la jurisprudencia la que nos diga cuál es la procedencia de los PG de nuestro Derecho. Así las sentencias "van a evidenciar cuáles son los principios generales del Derecho español y si en ellos acredita su presencia el Derecho romano". Hay otros autores que señalan que es posible la existencia conjunta de varios orígenes de los PGD. Es el caso de CABANILLAS GALLAS para quien las bases extralegales valorativas pueden estar expresamente reconocidas y señaladas por el propio poder constituyente, pueden resultar de juicios de valor existentes en un momento histórico o pueden consistir en principios derivados de la naturaleza de las cosas o del derecho natural o, en fin, pueden ser el resultado de principios extraídos de la naturaleza orgánica

3.2. Conceptos ofrecidos por la doctrina

Mantener un origen u otro, condicionará el concepto que se mantenga de los PGD. Es cierto que origen y concepto son dos cuestiones muy relacionadas, pero esa relación no supone la identificación. En este apartado seguiré, con algunas matizaciones, la clasificación de las distintas acepciones de PGD que lleva a cabo PÉREZ LUÑO[113]. De acuerdo con ella, en una primera acepción, los PGD actuarían como metanormas o como "reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas"[114]. Así, el Código civil español se refiere al "carácter informador del ordenamiento jurídico" que cumplen los PGD. En segundo lugar, se puede hablar de principios jurídicos en sentido ontológico, "como *principia essendi* a los que remite el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas". También el Código civil se refiere a los PGD en este sentido, cuando señala que son fuentes del ordenamiento jurídico español, que se aplicarán "en defecto de ley o costumbre". En este caso, la juridicidad de los principios deriva de su condición de elementos que forman parte integrante del ordenamiento jurídico que se puede referir a ellos de forma expresa o tácita "ya que hay que entender que si los principios jurídicos fueran únicamente los explícitamente recogidos en los textos normativos no tendría sentido reiterar en una disposición expresa su carácter de fuente y la posibilidad de su aplicación"[115]. En tercer y último lugar, los PGD pueden entenderse en su dimensión axiológica, como los "*prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico"[116]. En esta acepción, la juridicidad de los principios deriva bien de que

---

de las instituciones o de las estructuras sociales: CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, pp. 69-70.

[113] PÉREZ LUÑO, A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *op. cit.*, pp. 16-18.

[114] *Ibídem.*, p. 17.

[115] *Ibídem.*

[116] *Ibídem.*, p. 18.

el derecho se remita a ellos como canon de inspiración o bien de que se considere que deben ser parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho[117].

Cada una de las distintas escuelas y concepciones jurídicas ha asumido alguna de estas acepciones de los PGD. Así, el positivismo jurídico ha puesto el acento en los principios que se inducen del sistema jurídico. La Escuela histórica observa los principios como la representación de los fuentes tradicionales generadoras del Derecho. Por su parte, las diversas posturas iusnaturalistas centran su atención en la concepción axiológica de los principios[118].

Cinco son, a grandes rasgos, los conceptos de PGD que he hallado en la doctrina jurídica que he consultado. Dos de ellos se corresponden con las principales teorías jurídicas que, en materia de PGD, se han pronunciado en abierta oposición. Me refiero, por supuesto al iusnaturalismo y el positivismo jurídicos. Mientras los primeros identifican los PGD con los principios del Derecho natural (luego veremos qué Derecho natural), los segundos mantienen que los PGD se extraerían, vía inducción o abstracción, del propio ordenamiento jurídico, posición ésta que es, ya lo he dicho, la que mantengo. Relacionada con el primer grupo de autores, pero merecedora de un estudio propio se encuentra la teoría que defiende los PGD son principios jurídicos, pero no de la ley, sino más allá de la ley de acuerdo con una concepción integral del Derecho que incluye mucho más que el derecho positivo, como por ejemplo, principios morales. En cuarto lugar, he incluido a los autores que mantienen que los PGD no son otra cosa que manifestaciones del poder de los jueces de creación del Derecho. Por último, nos encontramos

---

[117] PÉREZ LUÑO pone como ejemplo de estos principios los de generalidad de las normas, su claridad, irretroactividad, coherencia y posibilidad de cumplimiento, esto es, los requisitos de la seguridad jurídica: *Ibídem.*

[118] *Ibídem.* Sobre la clasificación de los principios en la obra de PÉREZ LUÑO *vid. El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Discurso leído el día 12 de diciembre de 1993 en el acto de su recepción pública por el Ilustre Sr. D. Antonio Enrique Pérez Luño y contestación del Ilustre Sr. D. José Martínez Gijón*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 39-41.

con la teoría que identifica los PGD con los valores o convicciones sociales. Veamos estas teorías.

1. Concepción iusnaturalista sobre los PGD

En este grupo se pueden identificar dos posiciones distintas. Hay, en primer lugar, quienes mantienen que los PGD "son" derecho natural. Y, en segundo lugar, hay autores que parten de afirmar la derivación del derecho positivo a partir del derecho natural y que, por tanto, para llegar a los principios universales del Derecho natural, hay que partir del derecho positivo, concreción de aquéllos, pero siempre teniendo en cuenta los valores vigentes y las necesidades concretas, existentes en cada sociedad. Se trata de una teoría que, en última instancia, mantiene un concepto de Derecho que va más allá de la ley, la costumbre y los PGD extraídos de la ley ya que parte de que en el concepto de Derecho habría que incluir el derecho natural o, en general, valores o principios pertenecientes a la moral. El recurso a los PGD en supuestos de lagunas supone, según esta tesis, poner en práctica un procedimiento de heterointegración del Derecho

Citaré en primer lugar, al Ilustre G. DEL VECCHIO, uno de los representantes más destacados de la concepción iusnaturalista de los PGD quien, además, como hemos visto, logró convencer a iuspositivistas férreos como es el caso de CLEMENTE DE DIEGO. Con todo, DEL VECCHIO no es un iusnaturalista "puro" en el sentido de que no lleva hasta sus últimas consecuencias los postulados de su doctrina puesto que, como veremos, mantiene que en el caso de que existan contradicciones entre los principios de derecho natural y las normas positivas, deberán prevalecer éstas últimas. Los principios de Derecho natural sí desplegarían todo su potencial en los supuestos de lagunas. Pero entiendo que en "su concepto" de derecho no entrarían los principios de derecho natural.

En 1920 el autor pronunciaba en Roma la presentación de sus Lecciones de filosofía. En ellas, partía de reconocer que los intérpretes de ese momento estaban de acuerdo, casi sin excepción, en que por PGD no debía entenderse los principios de Derecho natural,

manteniéndose una visión exclusivamente histórica o positivista del fenómeno jurídico. Constataba también que la negación del Derecho natural "se considera todavía como un indispensable acto de fe y casi un deber de buena crianza para el jurista; de lo cual tenemos precisamente una prueba en la presteza con que, (...), se suele, ante todo, negar que contenga alusión alguna a tal derecho, como si se tratara de alejar una sospecha injuriosa"[119].

Su tesis se basa en que es necesario reconsiderar las cosas. Por PGD que se consagran en su código civil, el italiano, no deben entenderse los principios generales del derecho italiano, calificando esta restricción como una "limitación étnica"[120], sino que claramente se refiere a las "verdades supremas del derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos"[121]. Esto es, los PGD deben entenderse como los principios del Derecho natural racionalista. De este modo, existe una *ratio juris* de carácter universal que ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica desde los romanos hasta el momento presente.

Ese Derecho natural no pierde su condición de tal por el hecho de que, en ocasiones, se plasme en el Derecho positivo. Tanto en el Derecho como en todas las ramas del saber, corresponde a la reflexión crítica y filosófica la función de reivindicar los presupuestos y principios tácitos. Esa función es necesaria para proporcionar las normas precisas a los casos particulares y los problemas prácticos, en los cuales "revélase imperiosamente la urgencia de acudir a una noción o a un principio de carácter general, para resolver

---

[119] DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho, op. cit.*, p. 45.

[120] *Ibídem.*, p. 48. Y en la p. 65 nos habla Del Vecchio de la *imposibilidad* de extraer de las normas particulares, positivas, los principios generales, pues "así como de los principios generales no pueden obtenerse *a priori*, por simple deducción, todas las normas particulares del ordenamiento jurídico, que contienen también elementos empíricos y contingentes; así tampoco puede inferirse de las simples normas particulares el conocimiento apropiado de aquellos principios, que en su generalidad superan virtualmente toda aplicación particular". En mi opinión, ambas cosas son perfectamente posibles.

[121] *Ibídem*, p. 49.

una dificultad o para desentrañar la verdadera naturaleza de un fenómeno"[122].

En definitiva, de acuerdo con DEL VECCHIO, los PGD representan la razón suprema y el espíritu que informa las normas de derecho positivo. En el caso de que éstas recojan los PGD puede parecer innecesario acudir a éstos. Pero incluso entonces, los PGD continúan ocupando el lugar lógica y jerárquicamente superior con respecto a sus consecuencias, las normas positivas. En el supuesto de que no haya norma positiva aplicable al caso, serían los PGD los que proporcionasen la solución al caso. Desde una visión amplia, los PGD representan "una fuerza viva, que domina todos los sistemas y actúa sobre la estructura de éstos, haciendo que se modifiquen y evolucionen según los *principios eternos de la Justicia, inherentes a la naturaleza humana* (cursiva mía)"[123]. Pero, por otro lado, DEL VECCHIO no duda en mantener la existencia de una estrecha relación entre el Derecho vigente y aquel Derecho natural, de tal forma que el criterio y el fundamento adecuado para la investigación de los PGD se encuentra "tan sólo en aquel cuerpo de doctrina general acerca del Derecho, que no es obra artificiosa de un pensador aislado, sino que responde a una verdadera y sólida tradición científica, íntimamente ligada a la génesis de las mismas leyes vigentes"[124]. El autor, como ya he dicho, restringe su defensa del Derecho natural al Racionalista, del que se deducen principios racionales. Así, nos habla de la necesidad de acudir a la "razón jurídica natural"[125] para hallar esos principios, que más tarde o más temprano se suelen incorporar a los Derechos positivos, estableciéndose entre aquellos principios y las normas incorporadas a los Derechos positivos, una relación de género a especie. La necesidad de recurrir a los principios se mantiene viva porque todo Derecho positivo es necesariamente incompleto.

---

[122] *Ibídem.*, p. 100.
[123] *Ibídem.*, p. 139.
[124] *Ibídem.*, p. 73.
[125] *Ibídem.*, p. 115.

Puede ocurrir, no obstante, reconoce el autor, que la relación de género a especie no se produzca y existan contradicciones entre los principios de la razón natural y el Derecho positivo. En estos casos, señala DEL VECCHIO, el intérprete "debe atenerse a las leyes tal y como son y no como debieran ser según los puros principios". Llegar a otra conclusión significaría confundir "la función del juez con la del legislador; obrando así se despojaría al derecho positivo de aquella certidumbre que, en cuanto tal, no puede dejar de pertenecerle"[126]. Ello conduce a la conclusión de que los PGD no pueden prevalecer sobre las normas de derecho positivo, con lo cual esa superioridad jerárquica de los principios del derecho natural no se traduciría en la declaración de invalidez de una norma positiva que lo contradijese. Su virtualidad práctica, entonces, se desvanece. Con todo, DEL VECCHIO insiste en que en ese supuesto de contradicciones entre las normas positivas y los PGD puede parecer superfluo el recurso a éstos, pero "incluso en ese caso, subsiste inalterable la misma jerarquía, en la cual corresponde lógicamente a los principios la prioridad y supremacía, con relación a lo que no son más que sus consecuencias, y estas consecuencias sólo pueden ser plenamente inteligibles merced a aquellos principios"[127]. La utilidad de los PGD todavía se observa con más claridad cuando no existe norma aplicable y es necesario acudir a los "principios de la razón jurídica natural, que constituyen las bases necesarias para definir toda relación humana y social"[128].

DEL VECCHIO no es, ya lo he dicho, un iusnaturalista puro. Para GARCÍA FIGUEROA, el planteamiento de DEL VECCHIO es "en el mejor de los casos, inconsistente"[129], y es que si lo consideramos un iusnaturalista ontológico que vincula, por tanto, el derecho positivo al derecho natural, "entonces él mismo declara su

---

[126] *Ibídem.*, p. 118.

[127] *Ibídem.*, p. 138.

[128] *Ibídem.*

[129] GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 104.

censura al reconocer que existen sistemas jurídicos que no respetan los principios de derecho natural por él citados y además incurre en cierta contradicción al sugerir la superioridad de las normas positivas sobre las justas en caso de que las primeras entren en contradicción con las segundas"[130], mientras que si lo consideramos un iusnaturalista deontológico "entonces resulta incoherente porque deviene un positivista con convicciones metaéticas descriptivistas y en tal caso es víctima de sus propias críticas"[131].

Por el contrario, no deja lugar a dudas sobre su profesión iusnaturalista LÓPEZ ARANGUREN ya que entiende que cuando se apela a los PGD, en realidad se alude, directamente, al Derecho natural. Y es que la primera función del Iusnaturalismo es la hermenéutica, que se refiere, aparte de la interpretación de los términos, a las lagunas. Se trata de "una función supletoria, para la que filosófica y jurídicamente se ha recurrido a conceptos tales como el de *orthós lógos*, el de *aequitas*, o el de los "principios generales del derecho" (principios *del* derecho, con genitivo posesivo)"[132]. Todavía el derecho natural tiene otra función, en la que también estarían presentes los PGD y que resulta de que el derecho positivo no es una realidad cerrada en sí misma, sino proyección de una *Welstanschauung*, de un *way of life*, de una cultura, a las cuales tiene que apelar jurídicamente, en ocasiones. Son "si se quiere, otra vez los principios generales del derecho, pero ahora con genitivo de origen: los principios metajurídicos de los que el derecho procede y en los que el derecho se funda"[133].

Utiliza la expresión "idea de Derecho" que entiendo asimilable al Derecho natural, LARENZ, para quien los PGD son los "pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible"[134]. La expresión "posible" es la que nos introduce en

---

[130] *Ibídem.*

[131] *Ibídem.*

[132] LÓPEZ ARANGUREN, J. L., "Un concepto funcional del llamado Derecho natural", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1962, Tomo IX, pp. 1-8, p. 3.

[133] *Ibídem.*

[134] LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo, p. 32.

el terreno del "deber ser". Esa "idea de Derecho", que se puede identificar con Derecho natural, no es "conceptualmente" Derecho, precisa su positivación y, por tanto, no afecta al concepto mismo de Derecho. Por sí solos los principios no son reglas susceptibles de aplicación, lo que no obsta para que puedan transformarse en reglas. Indican, eso sí, la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar. Al establecer las reglas del comportamiento humano se elige entre distintas posibilidades de actuación. Pues bien, los principios contienen "predecisiones" sobre los valores que hay que perseguir para dar satisfacción al principio[135]. Se pueden reconocer los principios, antes que en ningún otro sitio y aunque de modo limitado en el Derecho positivo. Pero ¿cómo se reconocen los principios de Derecho positivo? Entiende LARENZ que en este punto hay que ponerse en guardia porque puede ocurrir que buscando esos principios de Derecho positivo "nos estemos limitando a generalizar reglas elevando su grado de abstracción"[136]. Y es que el principio no se obtiene de la regla sino que el proceso es el inverso. El grado de generalidad no es decisivo para el principio, lo decisivo es "su aptitud como causa de justificación y su acuñación en una regulación o en varias"[137]. Por mi parte, pienso que el principio ha dado lugar a la regla; por ello puede inducirse de la misma. Se trata, desde mi punto de vista, de un viaje de ida y vuelta. La norma jurídico positiva se ha podido inspirar, en el momento de su creación, en principios o valores de carácter social, o en otro tipo de principio. Ante un supuesto de laguna, ese principio cobra de nuevo protagonismo, pero ya no como principio social o del tipo que sea, sino como un auténtico principio jurídico (PGD) que se induce de las normas del sistema y que viene a colmar esa laguna.

Con todo, para LARENZ, no todos los principios que podemos encontrar en un Derecho positivo son principios del Derecho justo. Si éstos deben ser causas de justificación de las regulaciones, sólo

---

[135] *Ibídem.*, p. 33.
[136] *Ibídem.*, p. 35.
[137] *Ibídem.*, p. 36.

pueden ser principios del Derecho justo "aquellos que se caractericen ante todo por remitir una carga de sentido inmediata a un sentido de base o final o, si nos referimos al carácter teleológico de todas las regulaciones, a un objetivo o fin último de todo el Derecho, en el cual contemplamos al mismo tiempo la última causa de justificación de su pretensión normativa"[138]. Para designar este sentido fundamental o fin último la moderna filosofía del Derecho alude a la «idea del Derecho», que LARENZ considera como "el principio fundamental de todo el Derecho en relación con el cual nuestros «principios de Derecho justo», como primera concreción, son ya principios de segundo grado"[139].

La "idea del Derecho" de LARENZ aparece como una entidad de lo más diluido. Por ejemplo, nos dice el autor que, sobre su contenido "sólo podemos hacer en grandes líneas afirmaciones provisionales, ya que no se nos ha dado una directa aprehensión de «lo finalmente válido»"[140]. El autor reconoce que la invocación escueta de la evidencia de un contenido de la idea del Derecho es sospechosa, "aunque no se deba negar que la evidencia existe"[141]. En el caso de la idea del Derecho podemos proceder de varias formas. Una primera posibilidad es suponer, de forma hipotética, que la idea del Derecho tiene un contenido mínimo, y esperar la confirmación de esta suposición porque nos permite reconocer principios que serían concreción de la idea del Derecho. En las sucesivas aplicaciones de esa idea ésta ganaría en claridad y en certidumbre. Otra posibilidad es llevar a cabo "un cierto pronóstico de proposiciones que poseen justeza por sí mismas, aunque sea provisional, esté necesitada de confirmación y posea seguridad sólo a medias"[142].

Sin duda, la idea del Derecho a la que hace referencia LARENZ se puede identificar sin grandes dificultades con el Derecho natural. De hecho, él mismo así lo reconoce al señalar que debemos rechazar

---

[138] *Ibídem.*, p. 38.
[139] *Ibídem.*, p. 39.
[140] *Ibídem.*
[141] *Ibídem.*
[142] *Ibídem.*, p. 40.

la pretensión de que "el Derecho natural, el derecho justo o la idea del Derecho tengan una validez absoluta en el sentido de que sean una verdad válida para todos"[143]. Limita, por tanto, ese contenido mínimo de la idea del Derecho a la Filosofía del Derecho occidental, ya que sólo podemos pretender que nuestras afirmaciones sean aceptables para aquellos cuyo entendimiento del mundo y del Derecho está apegado al de la cultura occidental. "Para quien sale de ella y se hace, por ejemplo, budista o pertenece a otro círculo cultural, pueden valer otras categorías y otros valores. Sobre este punto no queremos emitir ningún juicio"[144]. En este sentido, se puede decir que LARENZ apela a lo que podríamos llamar "Derecho natural occidental".

Concluye LARENZ, "los principios de un Derecho positivo tienen vigencia del mismo modo que éste y toman parte del modo de ser del Derecho positivo"[145]. Los principios del Derecho justo no están sometidos a los vaivenes del tiempo. Su vigencia no es la temporal del Derecho positivo, "sino la ideal (...) de proposiciones verdaderas de concepción certera"[146]. Puede ocurrir que el principio del Derecho justo se introduzca en el Derecho positivo, pero entonces su modo de vigencia cambia. Tiene que ser así porque, admitir que parte del Derecho positivo tiene una vigencia intemporal (la parte que procede de los principios del Derecho justo) sería tanto como admitir un retorno al pensamiento iusnaturalista. Si los principios de Derecho justo se incorporan al Derecho positivo adquieren la vigencia temporal del mismo. El contenido de un principio del Derecho justo se escapa a la aprehensión directa de nuestro pensamiento "y sólo se nos ofrece de manera mediata a través de su concreción en un Derecho positivo"[147]. De acuerdo con LARENZ "no hay un camino más seguro para el conocimiento de

---

[143] *Ibídem.*, p. 42.
[144] *Ibídem.*
[145] *Ibídem.*, p. 195.
[146] *Ibídem.*, p. 198.
[147] *Ibídem.*, p. 199.

lo *absolutamente* válido"[148]. Por tanto, el principio es absoluto, no lo es nuestro conocimiento sobre él[149], planteamiento éste claramente iusnaturalista.

Se puede calificar también como iusnaturalista a DÍAZ COUSELO pues afirma que cuando se refiere en su obra a los PGD alude a los principios superiores que informan todo el Derecho y no a los de un Derecho de un país o de una rama de éste. Los principios del derecho nacional o de sus distintas ramas serían aplicaciones de aquellos principios superiores. Si las circunstancias son parecidas van a jugar los mismos principios superiores, aunque sus concreciones varíen en función del desarrollo cultural de la comunidad concreta en la que nos encontremos[150]. No obstante, en su definición de los PGD no queda tan clara su adhesión iusnaturalista, ya que los concibe como "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"[151].

Y ¿cómo se llega al conocimiento de los PGD? DÍAZ COUSELO expone detenidamente cuál es el camino seguido por el dogmático para hallar los PGD. En un primer momento estudia los textos legislativos para descubrir en ellos los PGD sobre los cuales se fundan y, de esta manera, poder hallar la respuesta al caso concreto. Cuando hace esto, su labor, aunque de forma inconsciente, está guiada por las valoraciones vigentes en su sociedad. Debe realizar juicios de valor puesto que tanto "la construcción de un sistema como la interpretación y aplicación del Derecho se efectúan sobre la base de juicios de valor"[152]. Lo que ocurre es que los PGD que se descubren

---

[148] *Ibídem.*

[149] "yo no diría que cambian los criterios sobre lo justo en sí mismo considerado y, por tanto, los principios del Derecho justo, sino que cambia el conocimiento que nosotros tenemos de ello y el modo y la medida de su realización por su concreción en el Derecho positivo": *Ibídem.*

[150] DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del Derecho, op. cit.*, p. 76.

[151] *Ibídem.*, p. 79.

[152] *Ibídem.*, p. 85.

a través de la observación (experiencia) de las normas positivas no son los principios universales de todo Derecho, sino sólo las concreciones de éstos en el concreto conjunto de normas que estamos observando. Para llegar al conocimiento de los PGD universales es preciso realizar una operación de estimativa que también se basa en la observación (experiencia) de lo que nos rodea, pero no sólo. Es necesaria también la intervención de nuestra razón, 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"[153].

Por tanto, la concepción de DÍAZ COUSELO es empirista, en el sentido de que sostiene que el dogmático debe acudir para hallar los PGD en primer lugar a la observación de las normas positivas, que serían una concreción de los principios universales de todo Derecho; ello le permitirá valorar qué principios se encuentran en esas normas aunque en esa valoración influyan también los valores vigentes en la sociedad. Pero, para llegar a los valores universales de todo Derecho necesario, debe el intérprete, también, observar lo que nos rodea, pero además tiene que utilizar su razón, pues precisamente en nosotros mismos, en nuestra razón se encuentran los principios de la verdad jurídica general, que se verán reflejados, en mayor o menor medida en las normas jurídico-positivas. Y si no hay norma expresa que regule el caso ni se puede acudir a la analogía, esto es, cuando nos hallamos ante una auténtica laguna, es preciso acudir al PGD aplicable, es decir a aquél "al que hubiera tenido en cuenta el legislador, de haber previsto esa necesidad y actuando de acuerdo con las *necesidades y valoraciones de la comunidad respectiva* (cursiva mía)"[154]. Entonces ¿qué mantiene finalmente, que el valor procede de la razón del intérprete o de la realidad social, de una especie de "razón social"? Parece, en un primer momento, que DÍAZ COUSELO se decanta más por la segunda opción puesto

[153] *Ibídem.*, p. 86.
[154] *Ibídem.*, p. 88.

que dice que el juez no debe actuar ligado a su convicción personal, sino a la voluntad jurídica de la comunidad, a aquella que proviene de la propia conciencia de la comunidad, a aquellos valores de los que la comunidad es consciente, pero no a otros que sigue, pero de los que no sería consciente, ya que "siempre en estos casos debe tenerse presente, además del valor justicia, el valor seguridad jurídica"[155]. Pero más adelante sostiene que el conocimiento de los PGD "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 *a priori* racional vacío de contenido"[156]. Entiendo que lo que quiere decirnos DÍAZ COUSELO es que partimos de los principios que se extraen de nuestra razón para llegar a la solución concreta del caso, pero que en esa operación debemos actuar como si fuéramos legisladores. Y el legislador cuando crea una norma parte de la verdad jurídica general pero debe adaptarla a los valores y circunstancias concretas de la sociedad, que obtiene a través de la observación. De ahí que las normativas concretas, aplicación de esos principios correspondientes a la verdad jurídica general, adopten distintas formas en cada ordenamiento jurídico. Por tanto, el planteamiento de este autor sería claramente iusnaturalista en el plano de mayor abstracción, el del derecho natural universal o verdad jurídica general, pero pierde "pureza iusnaturalista" al bajar a las ordenaciones concretas puesto que ese derecho natural general debe adaptarse a las circunstancias propias de cada sociedad.

Siguiendo con la muestra de autores que mantienen una concepción iusnaturalista de los PGD le toca el turno a DE CASTRO. Aunque son varios los conceptos de PGD que nos ofrece a lo largo y ancho de sus trabajos, parece que la idea que subyace a todos ellos es la de la existencia de una ordenación superior, distinta a la ley positiva, en definitiva, un Derecho natural. Así, nos dice, los PGD

---

[155] *Ibídem.*, p. 89.
[156] *Ibídem.*, p. 95.

aluden a "una realidad jurídica independiente y superior a la ley positiva, a aquella que le da sentido jurídico, valor moral y eficacia social"[157], o "tipo de exteriorización del Derecho, (...) criterios de valoración no formulados, a los que se reconoce fuerza de evidencia jurídica"[158]; en un concepto muy amplio y, en negativo, incluyendo en su seno todo "el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre"[159]. También en un significado amplio, serían las "ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación"[160]. Y también serían "el aire mismo en el que jurídicamente se vive, aquello en cuya existencia no se piensa mientras no es puesto en cuestión"[161].

Para DE CASTRO, el significado y los caracteres especiales de los principios "se dan en aquellos que merecen el nombre de principios generales del Derecho y no convienen a la *ratio iuris* de una o varias reglas, ni a las máximas (aunque estén en latín) inventadas para facilitar el aprendizaje del Derecho o coleccionadas en los repertorios"[162]. Los verdaderos principios, los que tienen su fuente en la comunidad, no ofrecen duda alguna sobre su positivación. Incluso los principios más altos, los de Derecho Natural, al estar fuera de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en la propia comunidad, ya que existen fuera de ella. Los Tribunales no crean los PGD, sino que están obligados a aplicarlos y obedecerlos, contribuyendo, eso sí, a perfilarlos y depurarlos. A su juicio, el error del positivismo jurídico consiste en condenar a todo el iusnaturalismo por igual. El iusnaturalismo de corte católico no merecería tal condena. Y es que, para el autor, sólo la doctrina de la escuela católica del Derecho natural merece el

---

[157] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 413.
[158] *Ibídem.*, p. 415.
[159] *Ibidem.*, p. 419.
[160] *Ibídem.*, p. 420.
[161] *Ibídem.*, p. 421.
[162] DE CASTRO, F., "Fuentes del Derecho e interpretación jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, 1958, 1°, pp. 235-259, p. 245.

calificativo de Derecho natural, que concibe a éste como el "firme e inatacable conjunto de verdades objetivas, derivadas de la ley divina y eterna"[163]. En las relaciones entre Derecho natural y PGD sostiene asimismo tres premisas fundamentales. De acuerdo con la primera, al sostenerse que los principios del Derecho natural son PGD, se alude al Derecho natural objetivo y se rechaza, de esta forma, las pretendidas reglas que no son sino invención arbitraria del Derecho natural individualista. La segunda premisa alude a que no todos los principios del Derecho natural son recibidos por el Derecho positivo y, por última, tercera premisa: no todos los PGD son de Derecho natural, puesto que, además de éstos, existen los principios tradicionales y los políticos[164]. Afirma DE CASTRO que para los autores positivistas escépticos la norma del Código civil que manda aplicar los PGD está, en realidad, abriendo paso a la actividad creadora y libre de los jueces. Ante lo cual opone el autor que, a pesar de que se pueda mantener la independencia y el poder jurídico creador del juez en mayor o menor medida, lo que no se puede afirmar es que "cada juez pueda investir a cualquier regla, conforme a su capricho, a su prejuicio o a su honrada convicción personal, del carácter de principio general del Derecho. La negativa de los principios generales, aunque equivocada, no es ilógica; en cambio, es una *contradictio in se* el calificar de general a lo individual y arbitrario, al convertir en libre actividad creadora a la que ha de ser meramente ejecutora"[165]. Y es que, para DE CASTRO Y BRAVO los PGD encuentran su fuente de producción en el Derecho natural clásico, de raíz católica. No pueden ser, por tanto, cualesquiera que se les ocurran a los aplicadores del Derecho.

Por su parte, CABANILLAS GALLAS, partiendo de un enfoque también claramente iusnaturalista, aplica a los PGD unas ideas

---

[163] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 410.

[164] *Ibídem.*, p. 411. *Vid.* un estudio detenido del papel del Derecho natural en el pensamiento de Federico de Castro en el artículo "El Prof. Federico de Castro y el Derecho natural", de J. VALLET DE GOYTISOLO, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, julio-septiembre, 1983, pp. 1685-1727.

[165] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibídem.*, p. 414.

básicas. Los principios no se hallan ni fuera ni dentro del sistema porque no se puede identificar el sistema con la ley; no son presupuestos lógicos de las normas legales o consuetudinarias; no se obtienen *únicamente* (cursiva mía) por deducción o por idealización de la *ratio legis*; no son un conjunto de valoraciones que trasciendan inevitablemente del mismo sistema, sino que es posible entender que se encuentran incluidos de un modo inmanente dentro del sistema, sin necesidad de formulaciones expresas; su medio de recepción más constante es la formulación jurisprudencial[166]. Todo ello implica que acepta "una concepción sustancial y no formal del derecho, que tiene como punto de enfoque (...) más que una metafísica de la justicia, un hallazgo de los principios generales como expresión de una *justicia material* (cursiva mía) escenificada técnicamente en función de problemas jurídicos concretos"[167]. Los PGD tienen el carácter de derecho positivo a partir del momento en que han sido "encarnados en una institución por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica"[168]. Menciona también el concepto de "naturaleza de las cosas". En este sentido observa el derecho natural desde un enfoque fenomenológico, desde el cual se pone en evidencia el vínculo que el derecho positivo no puede dejar de tener con la denominada «naturaleza de las cosas». Por ésta hay que entender "aquellas características estructurales del individuo, y aquellas realidades del fenómeno social que constituyen el inevitable dato, empíricamente constatado y constatable, del que tiene partir todo intento normativo"[169].

Si CABANILLAS GALLAS se refiere a una "justicia material", GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien debemos la difusión de la llama-

---

[166] Señala CABANILLAS que, para él, "lo trascendente respecto del tema (...) es dejar constancia de la importancia decisiva de la adecuación del derecho al caso, como primer paso para la creación de un principio, y después reconocer que normalmente la labor jurisprudencial es decisiva para su reconocimiento", CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, p. 91.

[167] *Ibídem.*, p. 69.

[168] *Ibídem.*, p. 150.

[169] *Ibídem.*, p. 106.

da "concepción sustancialista del Derecho" en el sector jurídico administrativo, mantiene una concepción plenamente coherente con el concepto de justicia material. Al igual que en CABANILLAS, sería la justicia asociada a la resolución del "problema concreto". En síntesis, los PGD son "expresión de una justicia material", y el cauce de penetración de una concepción sustancialista y no formal del Derecho[170]. Ahora bien, esa justicia material no puede tratarse de una "abstracta e indeterminada vocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez", sino que se especifica "técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos"[171]. A juicio del autor es la ciencia jurídica la encargada de desvelar y descubrir los principios generales sobre los que se articula y debe expresarse el orden jurídico. Ello lo hace a través de "conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto"[172]. Señala, como conclusión el autor que hay que entender superado ya el positivismo legalista, puesto que la ley es "más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática, sin conexión con la justicia, lo que explica que pueda hablarse también de un principio de legalidad, y con mayor énfasis aún que en nuestras sociedades, en las mismas sociedades comunistas"[173]. Y es que el Derecho excede necesariamente de la ley y esto "antes que como cuestión de principio, (...), como hecho de común experiencia de la vida jurídica real; ese hecho elemental e incontrovertible desmorona sin más la construcción positivista y remite inapelablemente el *criterium* del Derecho a principios supralegales, en cuya consistencia objetiva pueden no sólo encontrar su apoyo las instituciones positivas, sino

---

[170] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 30-31. Este trabajo fue publicado con anterioridad en la *Revista de Administración Pública*, nº 40, 1963, así como en los *Estudios de Derecho público y privado* ofrecidos al profesor Ignacio Serrano, Valladolid, 1965.

[171] *Ibídem.*, p. 31.

[172] *Ibídem.*, pp. 33-34.

[173] *Ibídem.*, p. 28.

también la seguridad y la certeza su manipulación técnica, que en otro caso quedaría entregada al simple arbitrio del intérprete"[174].

Por otro lado, el autor se apoya en VIEHWEG en el intento de demostrar la importancia del pensamiento tópico para enfrentarse al gran problema de determinar lo justo aquí y ahora[175]. Para comprender el verdadero carácter de los PGD es necesario que la ciencia jurídica sea una ciencia tópica o que utilice como método el método tópico. Y ello puesto que el descrédito de los PGD (y con ellos de la idea de un Derecho natural) proviene de su pretendida formulación axiomática, de ser considerados como primeras verdades a partir de las cuales y, por simples deducciones, se podría llegar a las últimas ramificaciones del Derecho positivo. Pues bien, en esta concepción es donde precisamente reside el error. El Derecho natural (y con él los PGD, parece querer decirnos el autor) está presente en el Derecho positivo ya que en cuanto se aplica es ya Derecho positivo, pero en este proceso de positivación "el Derecho natural ya no puede mostrarse puro y absoluto, al modo de una idea platónica (...) sino historificado necesariamente, lo que es decir adicionado, complementado y matizado por elementos que el pensar jurídico ha obtenido tópicamente en función de los problemas. No hay, pues, un dualismo de órdenes jurídicos, sino un orden único, aunque, como verdadero orden humano, mire simultáneamente lo absoluto y lo contingente[176]. Y es precisamente esa conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural en criterios técnicos lo que se expresa en el concepto PGD[177].

---

[174] *Ibídem.*, pp. 52-53.

[175] "No se trata sólo de hacer relevante, frente a la tradicional preocupación por el sistema, la significación esencial que para el Derecho tiene, y no puede menos de tener, el problema o el caso concreto, o, mejor, la serie de problemas, la casuística, cuya resolución es toda la misión del Derecho. Es realmente algo mucho más hondo, es hacer notar que es el problema y no el sistema el centro mismo del pensamiento jurídico. El Derecho se nos presenta como un conjunto de respuestas a problemas concretos, pero ocurre que, por mucho que se depuren o se extiendan cuantitativamente estas respuestas, siempre queda intacta e inaccesible la *Grundaporie*, la aporía o problema fundamental del Derecho, que consiste en determinar qué es lo justo": *Ibídem.*, p. 57.

[176] *Ibídem.*, pp. 61-62.

[177] *Ibídem.*, p. 63.

Parece que el planteamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA se debe más a un desencanto con la ley, con el Derecho positivo en general, que a un convencimiento pleno sobre las virtudes de lo que, a mi modo de ver, no es más que un intento de justificación de la libre actuación judicial. Nos habla de la búsqueda de la justicia material en el caso concreto, justicia que, dado que no podemos encontrar en la ley, dejamos que sea el juez quien la determine. Cierto es que actualmente es innegable la crisis de la ley, su hipertrofia o la situación de desbordamiento de las fuentes del Derecho, en la gráfica expresión de PÉREZ LUÑO. Pero lo que se debe hacer es atacar la causa de la crisis desde el propio sistema y no haciendo caso omiso del mismo, lo que haríamos si pusiésemos en manos del juez la competencia para determinar lo justo *hic et nunc*, sin ningún tipo de límite. El juez puede tener y de hecho ejerce facultades de libre apreciación en sus labores de interpretación y aplicación del Derecho; pero ello no supone un cheque en blanco para hacer lo que le plazca. Dejándole hacer se vulnerarían los principios democrático y de seguridad jurídica, bases de todo estado de Derecho.

Y de un administrativista pasamos a un civilista. GORDILLO CAÑAS parte de que cabe distinguir dos versiones, sustancialmente distintas, pero no excluyentes, de los PGD. Una primera, que viene determinada "por la preocupación desde las que se les concibe y por la función que se les asigna"[178]. Desde esta perspectiva, los PGD se entienden como principios naturales y estarían enraizados en la conciencia social. Serían superiores y previos a la Ley; se les "reconoce la condición de Fuente material del Derecho, absolutamente prioritaria o necesaria, en cuanto están llamados a integrarse en la Ley como su contenido necesario, so pena de ilegitimidad. Los principios nacen fuera del Ordenamiento y son anteriores al mismo, pero están llamados a encontrar acogida en él para la justa y legítima regulación de los conflictos sociales"[179].

---

[178] GORDILLO CAÑAS, A., "Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLI, Fascículo II, Abril-Junio 1988, pp. 469-515, p. 493.

[179] *Ibídem*.

La segunda versión de los PGD sitúa el centro de sus miradas en el momento de la aplicación de la Ley, esto es, en el ejercicio de la actividad judicial. En este sentido se trata de "evitar la laguna jurídica, o, más generalmente hoy, de encontrar los medios de solución que permitan la justicia en el caso concreto"[180]. Se entiende que los principios están implícitos en la Ley. Se trata, por tanto, de una visión con más apoyo, tanto legal, como doctrinal. Lejos "de captarse directamente y en bruto de las convicciones sociales, se entienden ahora –versión refinada y aristocratizante de los Principios- obra de la dogmática del Derecho"[181]. De este modo, el principio serviría para, en el momento de interpretación y aplicación de la Ley, extender el ámbito de una norma lagunosa o bien para extraer la norma aplicable de la "perspectiva sistemática", para hallar la solución justa del caso concreto. Desde este punto de vista, es difícil justificar el valor de los PGD como fuente autónoma del Derecho, función que sí les asigna el Código civil.

Como se puede observar, ambas concepciones se sitúan en momentos distintos, lo cual permite concebirlas como perfectamente compatibles. Incluso se podría pensar que son "cada una de ellas, exponentes, más que de dos mundos separados, de un *continuum*, que, arrancando de las convicciones sociales básicas, llegaría hasta las últimas y más elaboradas disposiciones normativas"[182].

Opina también GORDILLO CAÑAS que la última versión sería suficiente en épocas de normalidad jurídica, pero en épocas de crisis y de rápida evolución sería necesario destacar de nuevo la dualidad, ya que es "entonces cuando más vivamente se comprueba la fractura entre el mundo de las convicciones sociales y el de las normas legales: no es sólo que hay normas sin conexión necesaria con un valor objetivo (...), sino que hay valores, sentidos y vividos socialmente como tales, sin traducción legal, bien por simple obsolescencia legal, bien por precipitación legislativa. A lo

---

[180] *Ibídem.*, p. 494.
[181] *Ibídem.*, pp. 494-495.
[182] *Ibídem.*, p. 496.

que debería ser pura línea de continuidad, sucede ahora la ruptura. (...) Es entonces cuando la segunda y más extendida visión de los Principios –consecuencial a la Ley- se revela insuficiente, y cuando la primera –visión prelegal- clama por sus fueros"[183].

Precisamente, asegura GORDILLO CAÑAS, los PGD tendrían la función de "mediación social-positiva de los contenidos del Derecho natural" y podrían ser el "instrumento hoy necesario para dar respuesta adecuada a la nueva problemática jurídica"[184].

Se pregunta también GORDILLO CAÑAS por la naturaleza de los PGD: "¿Principios objetivos de Derecho Natural? ¿Valoraciones y convicciones con arraigo social? ¿Criterios inducidos del Ordenamiento legal en vigor? Posiblemente, de todo, pero distinguiendo. Las convicciones sociales básicas terminan por remitir (...) al *natura justum*, y éste, por serlo, debe resultar captable desde la intuición humana general: para Cicerón la verdadera Ley es *recta ratio, naturae congruens, difusa in omnes*, y para Santo Tomás, es propio del hombre actuar según razón. Aquí se dibuja un primer sector de principios, apto, *data conditione*, para exigir y desempeñar una peculiar funcionalidad. Pero, de otra parte, y con independencia de su fundamento *a se*, la norma legal presupone un criterio inspirador, al cual da circunstanciado desarrollo: he aquí un posible sector de principios con evidente significación para la interpretación y aplicación de la Ley"[185]. Critica el autor el tratamiento legal de los principios en el artículo 1 del Código civil. Para él, siendo fuente del Derecho "ni son fuente formal, ni son fuente subsidiaria tras la Ley y la costumbre. Los principios son contenido, y no cauce regulador; es decir, son fuente, pero no formal, sino material del Derecho; por ello tienen vocación *informadora* del Ordenamiento. Bastará comprobar que los más básicos y fundamentales Principios encuentran su reflejo normativo en la Constitución para concluir la existencia de Principios superiores en rango a la Ley ordinaria.

---

[183] *Ibídem.*, p. 497.
[184] *Ibídem.*, p. 471.
[185] *Ibídem.*, p. 505.

Otra cosa deberá decirse de los Principios técnicos y contingentes cuyo único fundamento radica en la misma Ley que los adopta; éstos, que se aplican siempre con la Ley, sólo la suplen, desde su generalidad, en defecto de previsión legal específica"[186]. Por otro lado, el Principio sigue siendo Principio aunque se incorpore a la Ley o a la Constitución y está "necesitado, por ello, de desarrollo legal y de determinación casuística en su aplicación judicial"[187].

También es expresiva de una identificación clara entre Derecho natural y PGD la tesis de SERRANO VILLAFAÑE para quien la aportación del Derecho natural al Derecho positivo es decisiva en varios sentidos: directamente como conjunto de principios superiores de justicia, que ni legislador ni juez pueden traspasar, o como interpretación razonable o, finalmente, como principios generales del Derecho, "que también son, para quienes no los reducen a una minimización positivista, principios del Derecho Natural"[188]. Y más adelante afirma que el Derecho natural cumple una misión supletoria y crítica del Derecho positivo, porque suple sus deficiencias y vacíos "mediante la doctrina de la equidad y de los principios generales del Derecho, de la idea de justicia, que no son, en definitiva, sino nuevos nombres del Derecho Natural"[189].

2. Los PGD son principios jurídicos, pero no de la ley, sino más allá de la ley de acuerdo con una concepción integral del Derecho que incluye mucho más que el derecho positivo, como por ejemplo, principios morales.

Se trata de una tesis muy cercana a la anterior, hasta el punto de que, a grandes rasgos, de los autores que voy a tratar en este apartado, ESSER y DWORKIN, se puede decir que mantienen una concepción iusnaturalista de los principios. Pese a ello, pienso

---

[186] *Ibídem.*, p. 508.

[187] *Ibídem.*, p. 515.

[188] SERRANO VILLAFAÑE, E., "Aportación del Derecho natural al Derecho positivo", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, Tomo XII, pp. 297-327, pp. 316-317.

[189] *Ibídem.*, p. 319.

que sus teorías presentan ciertas peculiaridades que se apartan de algunos rasgos generales del iusnaturalismo y que los hacen merecedores de un tratamiento diferenciado.

ESSER advierte que en sus planteamientos va a partir de la observación del proceso real de creación efectiva del derecho[190]. En esta situación, en el continente el protagonismo corresponde a los jueces, cuya actividad conduce a lo que ESSER denomina "legislación judicial"[191], lo cual lleva aparejado a su vez que el centro de gravedad se desplace desde el sistema codificado hacia la casuística orientada según principios. Mantiene el autor que para evitar que el juez se deje llevar por sus apreciaciones subjetivas, debe acudir para decidir a las "energías configuradoras de la conciencia social y sus tradiciones, que se expresan en el sistema de una doctrina jurídica o en el método de series de sentencias basadas en precedentes y que avanzan por vía de argumentación. (...) Sólo podemos llamar jurídico, en el sentido de "justiciable", un procedimiento que sea comprobable racionalmente según notas susceptibles de precisión, pues así demuestra poseer una fundamentación inequívoca y compleja"[192]. Los principios son una fuente especial del derecho, y lo son en cuanto parte del *corpus iuris* total al que pertenecen. Los principios no son fuente del Derecho en sí, las fuentes son los hechos o actos de la jurisprudencia, legislación, etc., cuando actúan orientadas por los principios[193]. Éstos orientan dichos actos y se convierten en derecho positivo cuando, por "haber informado esta fuente de derecho, han dado lugar a un determinado resultado jurídico"[194].

Por tanto, el papel de la jurisprudencia es importantísimo, pues, entiende ESSER, toma de las codificaciones principios que

---

[190] ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, op. cit.*, p. 19.

[191] *Ibídem.*, p. 31.

[192] *Ibídem.*, pp. 107-108.

[193] "la fuente no es el acuerdo del Parlamento o la sentencia en tanto que acto; la legislación o la jurisprudencia, es lo que crea la norma": *Ibídem.*, p. 177.

[194] *Ibídem.*, p. 176.

ningún legislador ha metido en ellas, "mientras que las ideas básicas del texto, que son expresión de la ideología de la época, las va dejando de lado a medida que envejecen"[195]. La labor de la jurisprudencia es, por tanto, de adaptación de la legislación y los principios que la informan, a los cambios. La teoría continental sobre las fuentes del Derecho disimula lo que en realidad hace el juez cuando introduce nuevos principios interpretativos de la legislación. De esta forma, "justifica místicamente la interpretación haciéndola pasar como el descubrimiento de un sentido que "dormía" en el texto como la Bella en el bosque, pero estaba desde un principio implícito en él"[196].

Por tanto, ESSER parte de un concepto de ordenamiento jurídico que es mucho más que el derecho codificado, con inclusión, señala, de los *Standard*, de las costumbres no concretadas en normas[197]. A través de la interpretación, la jurisprudencia actualiza las normas de derecho escrito, convirtiéndolas en una mina de aquellos principios generales que *le interesa* proclamar, de tal manera que la fuerza creadora de la jurisprudencia "pone las disposiciones del derecho escrito al servicio de los fines de la época"[198]. Los principios no escritos son para ESSER los más fuertes. Sin embargo, les niega eficacia jurídica, carácter normativo y ello por su falta de determinabilidad o concreción. En opinión de DE CASTRO, parece ésta una razón poco satisfactoria, ya que es "ciertamente, nota de los principios su carencia de concreción externa y de formulación oficial (ni promulgación ni uso probado); pero ello no parece obstáculo para su aplicación al caso. La formulación general o amplia de una regla no empece su determinabilidad o aplicabilidad"[199]. Para DE CASTRO, el problema del concepto de PGD que utiliza ESSER es que es tan amplio que resulta prácticamente inútil.

---

[195] *Ibídem.*, p. 223.
[196] *Ibídem.*, p. 225.
[197] *Ibídem.*, p. 233.
[198] *Ibídem.*, p. 313.
[199] DE CASTRO, F., "Fuentes del Derecho e interpretación jurídica", *op. cit.*, pp. 235-259, p. 243.

ESSER utiliza también el argumento de la "necesidad" de solventar un caso para justificar que el juez cree un principio. De esta manera, es la fuerza de los hechos, la necesidad de solventar una necesidad actual lo que lleva al juez a reconocer dicha necesidad y ello mucho antes de que cualquier estudio dogmático haya preparado el terreno para una reforma legislativa. Y ¿cuál es el proceso que sigue el juez para ello? el juez halla "en el suelo de las antiguas instituciones, cuyo uso formal es repudiado por el tráfico moderno que considera angosta e insuficiente su tutela, un pensamiento jurídico general que se presta a ser empleado a favor de estas relaciones de hecho"[200]. Y, de esta forma, dice ESSER el principio "crece de la práctica y con la práctica"[201]. El *corpus iuris* contemporáneo es siempre el producto de la judicatura. Según ESSER, lo que hace la jurisprudencia es entresacar de las palabras de la ley las normas jurídicas ocultas en ellas y para ello debe practicarse una jurisprudencia "orientada en la realidad social actual e inspirada por la conciencia jurídica de su tiempo: una concepción del Derecho en modo alguno ingenua, sino controlada por la dogmática establecida, (...), lo que podemos llamar una "mentalidad jurídica"[202]. Estos poderes que se conceden a la jurisprudencia y los principios generales que la informan presuponen que todo el ordenamiento jurídico del Estado es concebido como un sistema. En este sentido, el concepto clave que sintetiza la tesis de ESSER sobre el concepto de Derecho es el de "corpus iuris total".

En su teoría asumen también un importante papel los precedentes judiciales, hasta el punto de que llega a decir que "la acuñación de principios en el continente no es un acto legislativo único de los tribunales supremos, sino un proceso continuo en el que los precedentes de significación más o menos amplia se desarrollan paulatinamente hasta madurar en principios, hasta llegar al reconocimiento de un principio jurídico material que sale a la

---

[200] *Ibídem.*, p. 315.
[201] *Ibídem.*, p. 316.
[202] *Ibídem.*, p. 335.

luz con la jurisprudencia constante y que sigue estando sujeto a ulteriores moldeamientos"[203]. Cuándo se puede considerar que una serie más o menos progresiva de precedentes judiciales declarando la solución al caso en base a un principio, conlleva la acuñación definitiva del mismo, es una cuestión que no tiene una respuesta clara. Son muchos los factores que pueden influir en la duración de este proceso: la peculiaridad de los casos, la fidelidad a la ley, etc. Con todo, puede haber casos en los que una toma de posición de principio puede presentársele al juez de modo tan súbito, que le baste un solo precedente para aplicar dicho principio. Por tanto, tenemos al juez plantado ante el "problema" que resuelve con principios.

Todo ello conducirá a un replanteamiento de la idea de "sistema" propia del derecho continental codificado. Constata ESSER que principios y sistema se implican recíprocamente, ya que todos los principios tienden a la formación de un sistema y al establecimiento de una jerarquización. El proceso que se da en toda cultura jurídica, de acuerdo con ESSER, sería el siguiente. Se descubren los problemas, se forman los principios que les dan solución y luego se articula el sistema[204]. Con todo, dependiendo de la época que se esté viviendo, se producirá el predominio de uno u otro: del sistema o del problema. ESSER se refiere al pensamiento jurídico continental de su época para decirnos que en el mismo cada vez es más frecuente una fundamentación directa de las sentencias utilizando "principios jurídicos generales", lo cual es, nos dice, incompatible con la idea del *Codex* "sea por causa de insuficiencia de las leyes, sea como punto de partida de valoraciones y concepciones totalmente nuevas"[205].

Junto a la jurisprudencia, también a la dogmática le corresponde un importante papel en la formación de los principios, en opinión de ESSER. Encuadrar y fundir sistemáticamente un

---

[203] *Ibídem.*, p. 354.
[204] *Ibídem.*, p. 11.
[205] *Ibídem.*

principio en un *corpus iuris*, es tarea de la dogmática. Si al juez le corresponde la solución del "problema" jurídico a la dogmática le asigna la función de confeccionar el sistema. La doctrina no crea directamente elementos del ordenamiento, normas, sino que se limita a "ofrecer al legislador y al juez los elementos formativos de normas, principios, conceptos, categorías e ideas sistemáticas, y sobre todo reglas metódicas, de *leges artis*"[206].

Y, concluye ESSER con lo que entiendo es "su" concepto de principio, el "principio racional de una institución no es ningún demiurgo, sino el extracto históricamente incoloro de la solución especial que la judicatura y la doctrina, con sus ideas condicionadas por la época y la sociedad, han dado a una necesidad social y a un conflicto de intereses igualmente condicionados por la época"[207].

ESSER opina que es preciso librarse tanto del optimismo positivista acerca del sistema vigente, como también de las especulaciones iusnaturalistas, que se basa en afirmar la existencia de un sistema estático de derecho natural previamente dado, situado "más allá de los elementos formativos históricos de los ordenamientos positivos"[208]. El juez traslada lo ético o político a lo jurídico a través de los medios tradicionales de los ενδοξα, lo cual contradice por un lado, la supuesta unión entre Derecho y moral, entendida en el sentido mantenido por el Derecho natural. Y, por otro lado, se opone también a la idea histórica o positivista del supuesto carácter autónomo de las reglas positivas frente a todo lo metajurídico[209]. La labor judicial sería el puente de "comunicación entre valores éticos substanciales (elementos de derecho natural, irreductible *droit natural* como dice GÉNY) y los valores formales e institucionales del derecho"[210]. Los iusnaturalistas monísticos y los positivistas dualísticos puros compiten infructuosamente planteando formulaciones

---

[206] *Ibídem.*, p. 392.
[207] *Ibídem.*, p. 410.
[208] *Ibídem.*, p. 15.
[209] *Ibídem.*, pp. 76-77.
[210] *Ibídem.*, p. 77.

antinómicas "cada una de las cuales recibe de la unilateralidad del partido contrario (...) argumentos suficientes para enmascarar sus propias deficiencias"[211]. Y esa labor judicial de transformación de principios pre-positivos en positivos pasa inadvertida para ambos contrincantes[212].

De acuerdo con ello, la concepción de ESSER se puede considerar mediadora porque, para él son igualmente falsas, por ser unilaterales, la concepción de los iusnaturalistas monistas y la de los positivistas puros. En opinión de FEDERICO DE CASTRO, en realidad, la crítica de ESSER al positivismo puro, se limita a rechazar el legalismo. Además, considera el Derecho natural en el mismo plano que a los intereses de grupo o de clase, credos políticos y concepciones sociales, es decir, "como materia utilizable por el juez para fundamentar la sentencia"[213]. Al igual que el positivismo, ESSER excluye de lo jurídico (como metajurídico o prejurídico) a la Moral y al Derecho natural. Postula, entiende DE CASTRO, un positivismo "judicialista", ante lo cual, sentencia que "la posición de independencia o superioridad en que se coloca al juez respecto a la Moral y al Derecho natural ("moribus solutus") supone la posibilidad de dar el nombre de Derecho a las reglas injustas, inmorales o amorales establecidas por quienes sean llamados jueces (p. ej., tribunales populares, de partido, etc.)[214].

Hay muchos autores que han identificado la doctrina de ESSER con la desarrollada por DWORKIN, además de colocar a ambos la etiqueta iusnaturalista. Así, para GARCÍA FIGUEROA, existe en ambos "una común actitud consistente en la búsqueda de una cierta vía media entre positivismo y iusnaturalismo que

---

[211] *Ibídem.*, p. 80.

[212] No está del todo clara en la obra de ESSER las relaciones que existen, a su juicio, entre Derecho y moral. En cierto sentido se produce un proceso de fusión entre ambos órdenes. Piensa que sería nefasto que los conceptos y argumentos jurídicos fuesen considerados como categorías independientes: "el método jurídico quedaría estéril sin la incorporación de aquellas verdades morales reducidas a evidencias de fuerza lógica o social": *Ibídem.*, p. 78.

[213] DE CASTRO, F., "Fuentes del Derecho e interpretación jurídica", *op. cit.*, pp. 239-240.

[214] *Ibídem.*

termina desembocando en éste último, al identificar los principios con postulados de justicia"[215]. Esta identificación, a juicio de RAMOS PASCUA no es acertada. Y es que, si bien es cierto que ambos autores se dirigen contra el positivismo jurídico, no se dirigen contra la misma versión de la concepción positivista. La de DWORKIN "se enfrente a la versión del positivismo jurídico anglosajón o Jurisprudencia analítica, y más concretamente a la doctrina de H. HART, que representa un positivismo jurídico ya muy evolucionado y matizado, mientras que la de J. ESSER hace objeto de su crítica a la versión del positivismo legalista continental, que representa una postura algo más primitiva o rígida"[216]. Para ESSER, entiende RAMOS PASCUA, los principios serían productos de la discrecionalidad judicial, esto es, "manifestaciones claras de la creación judicial del Derecho"[217]. Nacerían de la práctica judicial de resolución de conflictos y, a través de ella, penetrarían en el Derecho. RAMOS PASCUA entiende que ESSER trata de ocultar el hecho de que atribuye a los jueces la facultad de crear Derecho ya que afirma que los principios no valen *per se*, sino por haber sido incorporados en algún precedente judicial; y, sin embargo, sostiene que los precedentes no obligan por su propia autoridad formal, sino por los principios que contienen[218]. Esto quiere decir, a juicio de RAMOS PASCUA, que si bien ESSER reconoce la importancia de los principios en la vida jurídica, no parece "hallarles el lugar específico que les corresponde en el sistema de fuentes del Derecho y termina así devaluándolos en alguna medida. En el fondo, sólo los considera expresión de las convicciones o de las voliciones que manifiestan los jueces en su labor de resolución de problemas

---

[215] GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico, op. cit.* p. 126. "Asimismo –continúa- no debemos olvidar la vinculación de Esser a la corriente hermenéutica (la *juristische Hermeneutik*), a la que la "teoría interpretativa" de Dworkin se muestra próxima singularmente en *Law´s Empire*": *ibídem.*

[216] RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *op. cit.*, p. 278.

[217] *Ibídem.*, p. 279.

[218] *Ibídem.*, p. 280.

jurídicos concretos"[219]. Cree RAMOS PASCUA que la importancia que ESSER confiere a los principios se debe a que "cree necesario apelar a ellos para que resulte admisible la creación judicial del Derecho bajo la apariencia de no ser tal creación, sino aplicación de ciertos elementos de indiscutible raigambre jurídica (...) En suma, ESSER concibe de un modo puramente instrumental los principios generales del Derecho. Le sirven para dar cobertura a su verdadero ideal: un Derecho de juristas, un Derecho en el que el factor decisivo no sean las reglas ni los principios, sino la voluntad de los jueces, auxiliados por la doctrina, de resolver los litigios apoyados en sus propias convicciones valorativas rectamente orientadas, y en su consciencia de los objetivos ordenadores del sistema jurídico (de sus normas e instituciones) y de las necesidades del tráfico"[220].

Por eso, continua RAMOS, la concepción de ESSER es perfectamente compatible con la positivista de HART quien, siguiendo la tradición del positivismo jurídico anglosajón, reconoce la discrecionalidad o capacidad de crear Derecho que poseen los jueces cuando las normas jurídicas válidas no ofrecen una respuesta clara al problema jurídico que deben resolver. Cuando el juez "se enfrenta a uno de tales casos dudosos en los que el Derecho positivo calla, o al menos balbucea, ha de traspasar las fronteras de lo jurídico y crear Derecho para el caso". Para ello "tendrá que hacer uso de valores, convicciones e intereses sociales, propósitos u objetivos políticos, principios de moralidad y justicia o cualesquiera otros elementos que pudieran considerarse «buenas razones» para una decisión"[221]. Por el contrario, DWORKIN niega que los jueces dispongan de discrecionalidad fuerte o en sentido propio cuando deben resolver un caso difícil. Si actuaran discrecionalmente en estos casos, los jueces estarían legislando *ex post*, lo cual conculcaría el derecho de los litigantes a que se les aplicase el Derecho existente. Además, dicha actuación conculcaría la prohibición de crear derecho, función

---

[219] *Ibídem.*, p. 281.
[220] *Ibídem.*
[221] *Ibídem.*, p. 282.

reservada en las sociedades democráticas actuales al legislador. Además, si se examina lo que los jueces dicen que hacen, se observará que siempre dicen que fundan sus decisiones en el Derecho vigente y no que son fruto de su invención.

Pienso que RAMOS PASCUA, al interpretar las palabras de ESSER va mucho más allá de las mismas. Coincido con GARCÍA FIGUEROA en que ambas teorías presentan un cierto "parecido de familia". Esto es lo que me ha llevado, precisamente, a su tratamiento conjunto; pero, a diferencia de GARCÍA FIGUEROA no estoy tan segura de su adscripción al iusnaturalismo. La teoría de ESSER también versa, en el fondo, sobre el concepto mismo de Derecho. En este sentido, al igual que DWORKIN, habla del ordenamiento jurídico como mucho más que el Derecho codificado; ordenamiento jurídico que forma el que denomina "corpus iuris total" que recuerda mucho al concepto de Derecho como integridad de DWORKIN. Además, al igual que DWORKIN, ESSER concede un gran protagonismo a la judicatura en ese poder conformador del Derecho. Así sostiene que el *corpus iuris* contemporáneo es siempre el producto de la judicatura. Porque es precisamente la labor judicial la auténtica fuente de los principios y no los principios mismos; éstos sólo informan la labor judicial. En ESSER el principio crece de la práctica y con la práctica hasta formar un "pensamiento jurídico general". Al juez le corresponde la adaptación de la legislación y sus principios a los cambios sociales. Pero en esa adaptación no disfruta de una discrecionalidad total. Está limitado por los precedentes, por la dogmática y por las necesidades sociales. El juez de ESSER, como el de DWORKIN, jamás tendría discrecionalidad en sentido fuerte, pues no crea el principio *ex novo*, no es "su principio", fruto de su libre arbitrio.

Aunque él haya negado su adhesión a la causa iusnaturalista lo cierto es que la mayor parte de los intérpretes de DWORKIN entienden que sus postulados destilan iusnaturalismo por todas partes. Sin entrar todavía en esta cuestión lo que sí está fuera de toda duda es que ataca frontalmente la visión positivista del Derecho, sobre todo la de HART. Se propone defender que cuando los

juristas se encuentran ante un caso difícil, acuden a estándares que no operan como normas, sino como principios o como directrices políticas. La cuestión es si esos principios son o no parte del Derecho. Al respecto se pueden adoptar dos posturas contrapuestas. La primera consistiría en admitir que los principios son efectivamente obligatorios como Derecho, que son parte del mismo y el juez estaría obligado a aplicarlos. La segunda postura sostiene que los principios no forman parte del ordenamiento jurídico sino que cuando acude a ellos el juez o tribunal estaría echando mano de instrumentos extrajurídicos, que estaría facultado a aplicar o no, pero sin una vinculación a hacerlo[222]. Optar por una u otra de estas alternativas no deja de tener importancia. De aceptar esta segunda opción, la aplicación de los principios supondría un "acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*"[223].

Para defender la autoridad y el peso de los principios, DWORKIN apunta la necesidad de apelar a una "amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencia a prácticas y sobreentendidos comunitarios"[224]. Los principios se aplican en base a un "sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo"[225]. Sin embargo, la regla de reconocimiento de HART, opina DWORKIN, no nos sirve para determinar cuándo un principio debe ser un principio jurídico. No existe fórmula alguna que permita dilucidar cuánto apoyo institucional es necesario para convertir un principio en jurídico ni para fijar el peso que tiene cada principio. De modo que, aunque sean utilizados por las instituciones jurídicas, como los tribunales cuando deciden un caso, éste no es un criterio hábil para reconocer un principio como jurídico. Concluye por tanto DWORKIN que "si tratamos los principios como Derecho, debemos rechazar el primer

---

[222] DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, trad. Marta Gustavino, p. 81.

[223] *Ibídem.*, p. 82.

[224] *Ibídem.*, pp. 89-90.

[225] *Ibídem.*, p. 95.

dogma de los positivistas, que el Derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra"[226]. Si la regla de reconocimiento hartiana no sirve para dar cabida a los principios, es necesario acudir a otro tipo de regla. Así, DWORKIN se pregunta si la teoría del "apoyo institucional" podría dar cabida a los principios. De acuerdo con esta teoría, "un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión"[227].

De todo ello concluye DWORKIN con una descripción del Derecho, que más bien es una "antidescripción", ya que, en realidad, lo que quiere es oponerse a la idea de que «el derecho» sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean. "Más bien insisto en que un resumen preciso de las consideraciones que deben tener en cuenta los abogados para decidir sobre un determinado problema de derechos y deberes jurídicos incluiría proposiciones que tuvieran la forma y la fuerza de principios, y en que los propios abogados y jueces, cuando justifican sus decisiones, usan frecuentemente proposiciones que han de ser entendidas de esa manera. Creo que nada de todo esto me compromete con una ontología del derecho que suponga una teoría determinada de la concreción. (...) O bien puede referirse a principios morales que están en la base de las instituciones y las leyes de la comunidad, en el sentido de que tales principios figurarían en una teoría del derecho bien fundada, (...). El que un principio sea principio de la comunidad en este sentido sería objeto de discusión y no de crónica, aunque lo que típicamente se cuestionaría sería el peso del principio, no su condición de tal"[228].

---

[226] *Ibídem.*, p. 99.

[227] *Ibídem.*, p. 128.

[228] *Ibídem.*, pp. 140 y 144. "El derecho como integridad es un enfoque que permite al ciudadano una actitud activa frente al derecho. Le recomienda que tome el derecho como un dato interpretativo y que colabore a la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas. El derecho para Dworkin no es un producto acabado

En su obra *Law´s Empire*[229] el autor defiende una teoría del Derecho como integridad, que sería "a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal. El programa que ofrece a los jueces que deben decidir casos difíciles es esencialmente interpretativo: el derecho como integridad les pide que continúen interpretando el mismo material que reclama haber interpretado bien por sí mismo"[230]. En concreto, el derecho como integridad exige "que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de adjudicación respeta la ambición que supone la integridad, la ambición de ser una comunidad de principio. (...) Los jueces deben tomar sus decisiones sobre derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principio, no de política: deben presentar argumentos de por qué las partes tenían derechos y deberes legales "nuevos" que pusieron en vigor en el momento en que las partes actuaban o en algún otro momento pertinente del pasado"[231]. Requiere, en suma "que un juez verifique su interpretación de cualquier parte de la gran red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad preguntándose si ésta podría formar parte de una teoría coherente que justifique toda esa red. Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles "tratando de hallar, en un grupo de decisiones coherentes

---

ni tampoco es la justicia. Es algo menos y algo más. Es algo menos que la justicia porque la coherencia –es decir, la virtud de la integridad- exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no sólo por un conjunto de normas sino también por un conjunto de principios": CALSAMIGLIA, A., "El derecho como integridad: Dworkin", *Working Paper* nº 25, Barcelona, 1990, 13 pp., p. 8, (http://www.diba.es/icps/working_papers/llistat.htm).

[229] *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, Barcelona, 1988, trad. Claudia Ferrari.

[230] *Ibídem.*, p. 165. *Vid.* CALSAMIGLIA, A., "El concepto de integridad en Dworkin", *DOXA*, 12, 1992, pp. 155-176.

[231] *Ibídem.*, p. 176.

sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. Ellos tratan de realizar esa estructura y expediente complejos lo mejor que pueden"[232].

En DWORKIN, por tanto, se acude a la moral para conseguir principios, pero no cualquier principio moral es, *per se*, un principio jurídico. Para que lo sea es necesario que satisfaga tres condiciones. A saber, que contenga una exigencia de justicia, equidad o cualquier otra dimensión de la moralidad; que sea coherente con el sistema jurídico en su conjunto y, por último, que cuente con cierto apoyo institucional, como, por ejemplo, el haber sido citado en sentencias anteriores. Cuanto más apoyo institucional, más fuerza se le otorgará al principio.

Como se puede observar, Derecho y moral aparecen en el pensamiento de DWORKIN estrechamente relacionados. A juicio de RAMOS PASCUA "en último término en el pensamiento de DWORKIN el Derecho viene a disolverse casi completamente en la moral social y política, en cuanto los principios, que como sabemos vienen a condensar la moralidad apta para justificar la práctica jurídica (la moral en la que se inspira la historia institucional: la moralidad política), se configuran como las auténticas fuentes del Derecho"[233]. RAMOS PASCUA sostiene que la doctrina de DWORKIN exhala claramente aliento iusnaturalista puesto que, a la postre, sólo considera una norma válida si y sólo si "se ajusta a la moralidad que inspira la vida jurídica. (...) Es, en definitiva, la moralidad política lo que en última instancia determina qué derechos y deberes tienen los ciudadanos"[234]. DWORKIN acaba viendo en los principios el verdadero Derecho, lo cual resulta criticable para RAMOS PASCUA porque ese planteamiento olvida que los principios, "por muy importante que sea su función en la vida del Derecho, operan siempre en los intersticios que deja abiertos inevitablemente la insuficiencia

---

[232] *Ibídem.*, pp. 183-184.

[233] RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *op. cit.*, p. 288.

[234] *Ibídem.*

connatural a las reglas jurídicas y su necesidad de interpretación"[235]. La práctica jurídica real avala esta opinión ya que la referencia primera de jueces, abogados y ciudadanos son siempre las reglas válidas[236]. Sólo cuando la interpretación de las normas es oscura o cuando no se encuentran reglas válidas en el sistema para resolver el caso, se acude a los principios. Y "este modo de operar resulta mejor descrito mediante el modelo, expresamente rechazado por DWORKIN, del sistema de reglas y principios"[237]. Modelo que, por otra parte, no es menos deseable que el mantenido por DWORKIN, e incluso más, porque el acuerdo sobre cuáles son las reglas válidas del sistema es fácilmente alcanzable, acuerdo valioso en aras a alcanzar la máxima seguridad. Pero "el modelo propuesto por DWORKIN, en el que probablemente cada sujeto y también cada juez llegaría en muchos casos a resultados distintos a la hora de identificar las exigencias del Derecho, convierte el orden jurídico en un laberinto de desencuentros"[238]. Pero no todo el planteamiento de DWORKIN es criticable. A juicio de RAMOS PASCUA acierta "al negar la discrecionalidad judicial en sentido estricto; acierta al insistir en el carácter jurídicamente vinculante de los principios, y acierta al ofrecer un método plausible para identificar los principios vigentes. Un método que, sin prescindir ilusamente de la realidad positiva del Derecho pone en contacto al orden jurídico con la moral social y política"[239]. En realidad, lo que nos quiere transmitir DWORKIN es que el Derecho jamás es incompleto, que no es posible la existencia de lagunas del mismo, sí de la ley. La tesis iuspositivista, como sabemos, sostiene lo contrario. Es preciso tener en cuenta que la teoría DWORKIN se enmarca en un sistema jurídico, el norteamericano, que difiere notablemente del nuestro sobre todo en el gran protagonismo que concede al juez que, a grandes rasgos, crea derecho a través del precedente judicial.

---

[235] *Ibídem.*, p. 289.
[236] *Ibídem.*
[237] *Ibídem.*
[238] *Ibídem.*
[239] *Ibídem.*, pp. 289-290.

Con todo, no creo que la teoría de DWORKIN pueda calificarse, sin más, como iusnaturalista, o en todo caso, DWORKIN sería un iusnaturalista que no concede un poder ilimitado al juez en la determinación de los contenidos de la moralidad. Es cierto que uno de los requisitos del principio moral para poder ser principio jurídico es un requisito sustancial que se basa en que el mismo responda a una exigencia de moralidad en general. Pero junto a este requisito el autor incluye otros dos que limitan el poder del juez. Un requisito de coherencia con el sistema jurídico en su conjunto y el necesario apoyo institucional del principio a través de, por ejemplo, su cita en sentencias anteriores. Creo que estos dos últimos requisitos alejan la teoría de DWORKIN del iusnaturalismo en sentido estricto y suscitaría mi adhesión a la misma, salvo por un elemento. Para DWORKIN es el juez el que "llama" a la moral cuando decide no aplicar una regla del sistema o cuando el mismo presenta una laguna. En todo caso es el juez quien decide cuándo "debe llamar" a la moral. Mi tesis sería otra, en concreto, la que está vigente en ordenamientos jurídicos como el nuestro. En mi opinión, en éstos sí es posible también introducir contenidos sustanciales de moral en el ordenamiento jurídico, pero la "llamada" a dichos contenidos corresponde al propio ordenamiento jurídico, a las normas del sistema, y nunca al juez. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 1255 del Código civil de acuerdo con el cual "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, *a la moral*, ni al orden público". Es cierto que cuando el juez tiene que comprobar que un contrato no es contrario a la moral, utiliza los contenidos sustantivos de ésta como criterio, lo que en definitiva supone incorporar los mismos al sistema jurídico; pero la "llamada a la moral" la ha realizado una norma del propio sistema, que habilita al juez a acudir a sus contenidos. No es fruto de su libre decisión.

La tesis de DWORKIN provoca, en mi opinión, una mayor inseguridad jurídica que esta última, pero también, es preciso reconocerlo, una mayor seguridad que la tesis positivista hartiana que

mantiene la atribución al juez de una discrecionalidad en sentido fuerte cuando las normas del sistema callan. Por mi parte pienso que es casi imposible que se produzca este supuesto. Siempre es posible extraer un PGD implícito en la legislación positiva o en todo caso, en sistemas que cuentan con un texto constitucional plagado de valores y principios explícitos como el nuestro, sería muy difícil pensar en un supuesto que no se pudiese solventar de acuerdo con aquellos. Ante ausencia de ley (incluida la ley constitucional) y costumbre aplicables habría que acudir a los PGD que se inducen de las propias normas. Puede ocurrir que el principio inspirador de las normas, en el momento en que se elaboraron, fuese un principio moral, que una vez plasmado en las normas se ha juridificado. Tal principio hará un viaje de ida y vuelta. De ida, en el momento en que inspiró la creación de las normas positivas; de vuelta, cuando debe colmar las lagunas de dichas normas. ¿Quiere esto decir que ese principio moral, por ser tal, es jurídico? o ¿quiere decir que el Derecho es el Derecho mismo más la moral? No. El principio es jurídico no porque se considere justo, sino porque ha sido inducido del ordenamiento jurídico, con independencia de su procedencia originaria.

Cierto es que la aplicación de tales principios, implícitos o explícitos, no dará lugar a la "única respuesta correcta" tal como postula DWORKIN, pero sí, al menos, permitirá desechar ciertas respuestas como absolutamente incorrectas. De acuerdo con lo dicho la teoría que defiendo estaría más cerca del Derecho como integridad de DWORKIN que de la teoría positivista de HART, con las reservas apuntadas. En el derecho norteamericano, la doctrina del *stare decisis* pretende conferir seguridad y predecibilidad al sistema, estableciendo la obligación, salvo supuestos muy excepcionales, de seguir el precedente. Por tanto, el *common law* es un derecho creado por los jueces (*judge made law*), sobre la base de decisiones establecidas. DWORKIN se opone a dos tesis que constituyen los cimientos del positivismo hartiano. Por un lado, a la radical separación entre Derecho y moral y, por otro lado, a la existencia de discrecionalidad en sentido fuerte en el supuesto de

existencia de lagunas. Pienso que la primera crítica no está justificada, sí la segunda. Y es que, conceptualmente, Derecho y moral son dos ordenaciones separadas. Otra cosa es que, como he dicho, el ordenamiento jurídico haga llamadas a la moral, en cuyo caso, los contenidos de aquélla se juridifican. También puede ocurrir lo contrario, es decir, que un sujeto, individualmente, asuma la obligación moral de cumplir las normas jurídicas vigentes en el ordenamiento. Sí asumo la segunda crítica de DWORKIN, por las razones apuntadas[240].

Intenta mediar entre HART y DWORKIN, entre otros muchos, CARRIÓ en su obra *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, aunque acabe por inclinarse más hacia el modelo de la regla de reconocimiento de HART. Lo que se pregunta el autor es hasta qué punto los principios caben en este último modelo, un modelo que concibe el derecho de una comunidad como un "conjunto de reglas o normas identificadas por medio de una regla de reconocimiento aceptada (...) que especifica los criterios que deben satisfacer las reglas o normas particulares para ser consideradas como parte del

---

[240] PRIETO SANCHÍS entiende que no podemos acudir a la teoría de DWORKIN para explicar los PGD a los que hace referencia el artículo 1.4 del Código Civil: "en el modelo de Dworkin los principios no se (configuran) como normas de aplicación subsidiaria, al modo de los principios generales de nuestro Código Civil, sino como el núcleo decisivo del Derecho que permite mantener una concepción integral del mismo y dar solución adecuada a cualquier caso que presente problemas, tanto si éstos obedecen a una ausencia de disposición legal como si obedecen a que esa disposición no proporciona un resultado justo a la luz de la moralidad. Por eso, entre los distintos elementos que componen el Derecho –reglas y principios- no existe una relación formal o dinámica en el sentido kelseniano, sino una relación estática o de contenidos en el sentido iusnaturalista. No discutiremos ahora el iusnaturalismo de Dworkin, pero lo cierto es que (...) también aquí la solución a los problemas jurídicos quiere hacerse descansar en una teoría coherente de valores objetivos, que no se obtienen por inducción del Derecho positivo, sino que el intérprete recaba directamente del entramado social. Iusnaturalista o no, a Dworkin se le podrían dirigir –y se le han dirigido- muchas de las críticas ideadas para el Derecho natural. Así pues, la censura de Dworkin a la teoría positivista del Derecho descansa realmente en una concepción distinta de lo que el Derecho significa; si su teoría ha de justificar y no sólo descubrir el material jurídico positivo es porque supone que éste no constituye más que una pequeña parte del Derecho, que ha de ser coherente con otro Derecho de orden superior, que no podemos captar ni mediante el análisis del lenguaje ni mediante constataciones empíricas, pero que existe objetivamente en la sociedad y en las instituciones": PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 90-91.

sistema[241]. Para CARRIÓ, no existe la pretendida diferencia lógica entre las reglas jurídicas y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse de su propia transgresión (que, para DWORKIN, sería un principio). Tampoco es cierto en la práctica que las reglas permitan enumerar de antemano todas sus excepciones. Para ello habría que imaginar *a priori* todas las circunstancias posibles de aplicación, lo cual es imposible. Además, la regla de reconocimiento de HART posee una textura abierta de tal manera que cuando nos preguntamos si una determinada pauta es ya una regla del sistema, dicha pregunta no tiene una respuesta definitiva, ya que aunque "enunciemos la regla de reconocimiento con la mayor precisión posible ella no determinará cuántas veces debe observarse una concreta pauta de comportamiento para que sea considerada *ya* una costumbre jurídica, ni cuántas veces los jueces deben fundar su decisión en una regla general para que ésta sea considerada *ya* una norma jurisprudencial, ni cuántas veces debe dejar de observarse una ley para que ella no sea *ya* una norma del sistema"[242]. Por supuesto que existen casos claros de reglas de las cuales se puede afirmar categóricamente su pertenencia al sistema jurídico; pero no todos los casos son claros. Por tanto, la regla de reconocimiento tiene un "núcleo central de significado claro y su periferia de casos dudosos"[243]. Con todo, lo que sí afirma CARRIÓ es que la regla de reconocimiento constituye el criterio último que permite identificar las reglas del sistema, ya se trate de reglas específicas, Standard o reglas de otro tipo, puesto que nada hay "en la regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última"[244]. Por tanto, CARRIÓ atacará el núcleo de la crítica de DWORKIN al positivismo

---

[241] CARRIÓ, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1970, p. 45.

[242] *Ibídem.*, p. 61.

[243] *Ibídem.*, pp. 62-63.

[244] *Ibídem.*, p. 63.

hartiano, la idea de que los principios no pueden ser reconocidos por su regla de reconocimiento. Sí podrían identificarse a través de la zona de penumbra que presenta dicha regla. La corrección de este argumento invalidaría la polémica entre HART y DWORKIN, ya que, en ese caso, ambos serían "presuntos": presunto positivista y presunto iusnaturalista, respectivamente, conclusión que me parece plausible.

3. Concepción iuspositivista sobre los PGD

Es, a mi modo de ver, la teoría más acertada. Los principios se obtendrían a través de la abstracción lógica o la inducción generalizante a partir de las normas jurídicas válidas en las que estarían implícitos, o se deducirían de otras normas más generales. De ahí la idea de codificar los principios así obtenidos, idea que se intentó sobre todo en Italia, pero que nunca produjo resultados satisfactorios, en opinión de RAMOS PASCUA[245].

De acuerdo con esta concepción, los PGD son siempre implícitos. En este mismo sentido, PRIETO SANCHÍS sostiene que los principios constitucionales son principios explícitos, frente a los PGD que son siempre implícitos. La constitucionalización de una serie de principios tiene la virtualidad de distinguir esos principios constitucionalizados de los PGD. Y es que, para PRIETO SANCHÍS, los tradicionales PGD han de concebirse siempre fuera de la ley y la costumbre, de manera que están implícitos o deben ser deducidos del conjunto del ordenamiento, y una disposición normativa que lo contradiga deba considerarse una excepción al principio[246]. Por tanto, los PGD surgen de las disposiciones normativas, utilizando tanto un procedimiento inductivo como deductivo. Si se utiliza el primer procedimiento es porque se supone que el principio "constituye el elemento medular de un conjunto de disposiciones

[245] RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *op. cit.*, p. 276. Un ejemplo de catálogo de principios y máximas es el que ha elaborado Gerardo PEREIRA-MENAUT en su obra *Tópica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, Arcana Veri, Santiago de Compostela, 2001.

[246] PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, *op. cit.*, p. 136.

que contemplan casos semejantes y se convierte así en una norma generalizante o expansiva capaz de regular nuevos casos también análogos. En la segunda forma de argumentar, en cambio, el punto de partida se halla en una norma general o en un principio, de donde se desprende otro que se presume implicado o exigido por aquél; relación de implicación que puede consistir en las consecuencias lógicas de la norma explícita, pero también en los valores o intereses tutelados por ella"[247].

Por supuesto no toda la doctrina comparte este punto de vista. Así, para RAMOS PASCUA, esta "concepción positivista moderada, en la línea de H. L. A. HART y J. ESSER"[248], que adopta PRIETO SANCHÍS es insatisfactoria por varias razones. La primera, porque, tal como sostiene PRIETO, la regla de reconocimiento permite identificar los principios expresamente plasmados en la Constitución y en las leyes, pero se trataría de una "identificación insuficiente, puramente formal o nominal" ya que de poco sirve "conocer que la regla de reconocimiento de un orden jurídico permite identificar como principios inspiradores básicos o valores superiores del mismo los de, por ejemplo, igualdad y libertad, si no se sabe en que consiste tal igualdad y tal libertad. Es sabido que caben diversas concepciones de lo que esos valores implican o exigen, y no es posible determinar qué implican o exigen en un orden jurídico concreto sin esclarecer su sentido y alcance a la luz de las convicciones ético-políticas en las que ese orden jurídico descansa. En suma, es irrelevante que a través de las regla de reconocimiento pueda identificarse el rótulo o los ropajes externos de los principios, cuando parece obvio que su contenido, su alcance, su sentido, su carne y su sangre (por así decirlo), no puede determinarse sin enfocarlos desde perspectivas o instancias que trascienden el angosto cercado del Derecho positivo"[249]. PRIETO replica a esta crítica de RAMOS diciendo que "confunde el problema del reconocimiento con los

[247] *Ibídem.*, pp. 145-146.

[248] RAMOS PASCUA, J. A., "Sobre principios y normas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 533-543, p. 539.

[249] *Ibídem.*, p. 540.

problemas de la penumbra o indeterminación que caracteriza al lenguaje normativo: lo que distingue el concepto de la libertad (art. 1.1 C.E.) del concepto de reunión pacífica (art. 21.1) (...) es simplemente la mayor vaguedad del primero"[250]. Lo que la regla de reconocimiento permite es identificar enunciados normativos, no se encarga de resolver los problemas de su aplicación.

No es tampoco éste el lugar para mencionar todas las críticas que la concepción positivista en general ha recibido. Sí incluiré, a título de ejemplo, tres críticas que van dirigidas, en concreto, a la concepción iuspositivista de los PGD. En primer lugar, la de DAMIÁN TRAVERSO, que reprocha al positivismo que su grado determinativo no sea completo, "no sólo porque su «textura» sea la mayoría de las veces «abierta», sino porque no pocas veces los tejidos positivos son tejidos muertos que caen en el desuso y en la obsolescencia más absoluta"[251]. Y es que la vida social, la moralidad social, en ocasiones va por delante de la motorización jurídica del Estado. El positivismo es, a juicio de este autor, un ideal inalcanzable, de tal manera que en ocasiones es inevitable remitirse a la verdadera y originaria fuente del Derecho, dando entrada a los PGD que no son más que una "manera velada de «positivar» ese manantial inapresable y fundante del deber ser. Esto es, una manera de determinar lo indeterminable"[252]. Pero, aunque el Estado no reconociese su existencia, los PGD estarían ahí «velis nolis», funcionando en la vida jurídica. Precisamente, la remisión a los PGD constituye "una manera de hacernos creer en una inmanencia positivista, cabalmente a través de lo que es «la prueba plena» de la trascendencia del derecho positivo. Por contra, la desgracia del derecho positivo es precisamente que no puede culminar su afán determinativo"[253].

---

[250] PRIETO SANCHÍS, L., "Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 545-553, p. 551.

[251] DAMIÁN TRAVERSO, J., "La decisión administrativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo I, 1984, pp. 129-148, p. 134.

[252] *Ibídem.*, p. 135.

[253] *Ibídem.*

La segunda crítica proviene de DÍAZ COUSELO que opina que la idea de recoger los PGD, infiriéndolos de las normas positivas, posee horizontes muy cortos. Opina que el ascenso desde las normas particulares es, además de trabajoso, ineficaz para conocer los principios generales supremos, los universales. De esta manera, 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 (...) que carece de lo universal que implica la esencia del Derecho"[254].

En coherencia con su concepción iusnaturalista de los PGD también va a dirigir sus críticas a la versión positivista DE CASTRO. En su opinión, este planteamiento supone incurrir en un error de bulto: el de confundir principios lógicos o abstracción científica con principios jurídicos creadores. Y es que los principios lógicos que se obtienen vía abstracción de las realidades concretas, tal como señala el positivismo jurídico no pueden crear nueva materia, que es una de las funciones que se le asignan a los PGD, y obtener de unas disposiciones legales una disposición que en ellas no se encontraba sólo puede hacerse a través de dos caminos, señalados por el autor pero de los que destacaré el segundo: escamotear, como si fuesen principios abstraídos de las normas, principios políticos o morales, evitando así cualquier tipo de crítica. Concluye DE CASTRO Y BRAVO afirmando que no puede, por tanto, "hablarse de principios de "Derecho positivo", principios del "ordenamiento jurídico del Estado", entendiendo con tales frases el conjunto de disposiciones legales o estatales. En el positivismo jurídico no hay posibilidad de verdaderos principios jurídicos, pues con su método no pueden obtenerse de las disposiciones jurídicas, y su dogma básico niega lo que fuera de ellas existe; comienza y termina en el legalismo al pie de la letra, pero paradójicamente se opone así al cumplimiento de las disposiciones legales que remiten a los principios generales del Derecho"[255].

---

[254] DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, p. 74.

[255] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 414.

4. Los PGD son manifestaciones de los juicios de valor, convicciones o sentimientos de los aplicadores del derecho. Son, en definitiva, producto de su actividad creadora.

Es preciso distinguir los distintos significados que se atribuyen a la palabra "creación". Hay un grupo de autores que sostienen que cuando el juez alega un PGD en realidad está desplegando su libre actividad creadora de Derecho. Por otro lado, hay autores que hablan de creación en el sentido de que el PGD es posterior, siempre y necesariamente, a la labor de interpretación y aplicación del Derecho que lleva a cabo el juez, aunque utilice material normativo. Entendida la creación en este último sentido, no tengo mayores problemas en afirmar que los jueces, efectivamente, crean Derecho.

En el primer sentido, los PGD serían, ni más ni menos que creaciones de los jueces. Suele acompañar a esta afirmación la denuncia de la ficción que establecen los ordenamientos jurídicos que niegan ese poder a los jueces pues, lo confiesen o no, en estos sistemas los jueces también crean Derecho. Así, a juicio de GARCÍA FIGUEROA si observamos la función que se asigna a los PGD en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, de colmar las lagunas existentes en los mismos, la concepción positivista, reformulatoria en la dogmática jurídica, de los mismos, se ve seriamente afectada, dado que si la elaboración de PGD "está atribuida a la ciencia jurídica, sin que ésta pueda modificar la base del sistema (...) tal modificación es precisamente lo que se requiere de los principios cuando son llamados *in ultimum subsidium* para la integración del sistema"[256]. Este inconveniente favorece una interpretación no positivista de los PGD puesto que la doctrina de los mismos "contemplada desde una perspectiva positivista, consagra una ficción, consistente en afirmar que los principios son descubiertos en el derecho y no elaborados por la discreción del juez o la actividad de la dogmática jurídica"[257].

---

[256] GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico, op. cit.*, p. 136.
[257] *Ibídem.*, p. 137.

Para el autor, la alternativa a esta ficción es el "método legislativo" del artículo 1° del Código civil suizo que conmina al juez a actuar como si fuese legislador cuando se encuentre ante una laguna. Esta opción "es plenamente consistente con la tesis positivista de la discreción judicial"[258]. GARCÍA FIGUEROA nos habla también de ficción y de la solución óptima que es la ideada por el Código civil suizo. El caso es que no es ésta la establecida por nuestro propio Código civil. Cuestión aparte sería que se postulase una reforma de nuestro sistema jurídico en ese sentido. Por mi parte, no entiendo por qué hay que calificar de "ficción" la afirmación de que los PGD se extraen, vía abstracción, inducción o deducción, de las normas de derecho positivo. Pienso que el proceso es perfectamente factible. La alternativa sería, dice GARCÍA FIGUEROA, una disposición pareja al artículo 1 del Código civil suizo. El caso es que en nuestro sistema no existe tal disposición. Actualmente no es legal que el juez haga tal cosa, por mucho que sea, como sostiene el autor, una solución consistente con la tesis positivista de la discreción judicial. Pero es que, además, no creo que sea una solución tan consistente como parece con dicha tesis. Y es que si un ordenamiento jurídico dice al juez que, en caso de laguna, actúe "como si fuera legislador", el supuesto de hecho para abrir la puerta a la discrecionalidad judicial ya no se produce[259]. No existirá jamás una laguna del Derecho puesto

---

[258] *Ibídem.*

[259] Comparto la definición de discrecionalidad que ofrece RODRÍGUEZ-TOUBES, como la "posibilidad de que el órgano judicial se encuentre en ocasiones ante un caso que no cuente con solución jurídica –ya sea por causa de lagunas, de antinomias o incluso por la incertidumbre sobre el sentido de la norma aplicable-, pero que pese a todo deba resolver. En particular porque en su sistema jurídico rige la prohibición del non liquet. En estas circunstancias, si efectivamente se dan, el órgano judicial deberá resolver el caso al margen del Derecho, según su propio juicio sobre cuál debe ser la solución, y en esto consiste la discrecionalidad": RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales, op. cit.*, p. 21. Desde mi punto de vista, en nuestro ordenamiento jurídico, ni hay decisiones discrecionales en el sentido indicado, ni debe haberlas. En todo caso, si existiesen, pienso que el ordenamiento jurídico delega totalmente la decisión en la voluntad del juez, por ello no coincido con RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ cuando sostiene que"el Derecho exige a los jueces que, en caso de tener que decidir discrecionalmente, lo hagan razonadamente, teniendo en cuenta y aplicando una norma lo más general posible, con amplitud de miras,

que el juez puede decidir como si fuera el legislador y su solución, sea cual fuere su contenido, no será moral, ni política, sino siempre jurídica. El Derecho no calla, aunque, es cierto que su regulación es meramente formal, a la espera de que la llene de contenido el juez. Pero el sistema jurídico nunca deniega la solución al caso. Nuestro ordenamiento jurídico prescribe al juez que cuando no haya ley ni costumbre aplicables, debe acudir a los PGD, esto es, a los principios que se inducen de las propias normas positivas del sistema o bien a los que se deducen de otras normas más generales. Es cierto que en estos casos hay una laguna de la ley, pero el ordenamiento jurídico proporciona la solución. Ello no supone negar, en ambos sistemas, la existencia de una laguna, en el sentido de que hay una ausencia de regulación antes de la labor de aplicación del Derecho por parte del juez, al que éste después pondría remedio con los instrumentos que he mencionado. En este sentido comparto la opinión de SEGURA ORTEGA para quien "negar las lagunas aduciendo para ello que pueden ser colmadas en el proceso de aplicación del Derecho, sería lo mismo que negar la existencia de una enfermedad

---

en lugar de resolver puramente *ad hoc* para salir del paso": *ibídem.*, p. 22. Cuestión distinta es que el autor esté declarando un "deber ser". Por otro lado, no todos los autores utilizan la expresión "discrecionalidad judicial" en el sentido indicado. Así, para SEGURA ORTEGA, la discrecionalidad del juez se produciría siempre en el marco del ordenamiento jurídico. Las normas del mismo permiten que el juez adopte distintas soluciones, incluso contradictorias entre sí, de tal manera que el autor define la discrecionalidad como "la libertad, poder o facultad que las normas del sistema otorgan a los jueces –explícita o implícitamente- para elegir entre dos o más soluciones (todas ellas posibles) debiendo siempre justificar las razones de su elección". En esta definición el autor distingue tres elementos: "En primer lugar, la discrecionalidad implica un poder de elección por parte del sujeto que va a decidir. Tal poder o facultad no tiene, en principio, un carácter absoluto. Ello es así porque la independencia y la libertad del juez están sometidas no sólo al imperio de la ley sino también, al principio de responsabilidad que exige que su actuación pueda ser susceptible de ser controlada de algún modo. (...). En segundo lugar, la existencia de la discrecionalidad precisa de un fundamento normativo. (...). Por último, el tercer elemento de la discrecionalidad está representado por la necesidad de justificar (motivar) el propio ejercicio del arbitrio, es decir, la elección realizada por el juez así como los resultados a los que llega deben ser comunicados a las partes. En caso contrario (...) la decisión deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria": SEGURA ORTEGA, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 21-22.

por el hecho de que haya un tratamiento adecuado para conseguir el restablecimiento de la salud"[260].

Al segundo sentido alude, por ejemplo, INIESTA DELGADO, para quien los PGD serían entidades de carácter ideal que tienen un origen discutido por la doctrina (el derecho natural, para unos o el propio ordenamiento jurídico, para otros, a través de inducción o abstracción), pero para todos se configurarían como "entidades indeterminadas antes de que el juez las recoja en la motivación de su sentencia"[261]. A partir de entonces son ya *enunciados*. Por tanto, la labor del juez es creativa en el sentido de que elabora enunciados que no existían antes en el mundo jurídico, lo cual sería "independiente de que mantengamos o no que existen las entidades a que nos referíamos anteriormente –ya sean positivas o naturales-, puesto que lo que resulta evidente es que esas entidades no son enunciados, sino más bien conceptos o entidades proposicionales"[262]. Para elaborar el enunciado PGD el juez se vale de diversos materiales. Con todo, la alegación de un PGD no basta, por sí sola, para fundamentar una sentencia, sino que se necesitan otros enunciados que definan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, elementos no definidos por el PGD. Estos enunciados también son creados por el juez. "De este modo, el principio general del Derecho se verá rodeado de toda una corte de normas, igualmente de creación jurisprudencial"[263]. Y concluye afirmando que todos estos enunciados "son nuevos con respecto a cualquier enunciado que existía previamente en el ordenamiento jurídico. Si consideramos que estos enunciados son jurídicos, debemos llegar a la conclusión de que en la justificación a través de principios se produce creación judicial del Derecho"[264].

---

[260] SEGURA ORTEGA, M., "El problema de las lagunas en el derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VI, 1989, pp. 285-312, p. 299.

[261] INIESTA DELGADO, J. J., *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 245.

[262] *Ibídem*.

[263] *Ibídem.*, pp. 245-246.

[264] *Ibídem.*, p. 246.

Y en la misma línea señala PEIDRÓ PASTOR que los PGD son Derecho válido, pero no derecho positivo, "por cuanto la positividad de la norma por ellos inspirada sólo será alcanzada, a virtud de la determinación concreta con arreglo a las circunstancias fácticas que realice el órgano jurisdiccional competente (judicial o administrativo)". En la ley, la concreción es anterior a su aplicación. En la costumbre, la concreción es simultánea a su manifestación y aplicación. En cambio, en los PGD la concreción es posterior al reconocimiento de su validez. Norma jurídica válida es la norma potencialmente aplicable en un sistema jurídico. Esta aplicabilidad es inmediata en la ley y en la costumbre, y mediata en los PGD[265]. Cuando la norma está en disposición de producir efectos, se dice que está vigente. En el caso de los PGD la vigencia se produce tras el acto del órgano jurisdiccional en virtud del cual el principio es adaptado al hecho, originando una norma positiva.

5. Los PGD son valores o convicciones sociales.

A diferencia de lo que hemos visto en el apartado anterior, en este caso, los valores, convicciones, sentimientos, etc. con los que se identifican los PGD no son los individuales del aplicador del Derecho sino los del sujeto colectivo, del grupo social. Varias son las críticas que tal concepción suscita. En primer lugar, si el sistema persigue como objetivo una mayor seguridad jurídica, es indiscutible que esta identificación no va a colaborar en ese sentido. Además, como ya he dicho, no creo que sea la interpretación correcta del artículo 1 del Código civil cuando alude a los PGD ni creo tampoco que eso es lo que "debiera ser". Por último, la jurisprudencia tampoco acepta, hasta donde yo sé, principios identificables con supuestos valores éticos o morales de la sociedad. Como ya he señalado, en mi opinión los PGD no son los valores jurídico-éticos de la comunidad, sino los inducidos o deducidos del propio ordenamiento jurídico a través de la actividad de interpretación, sin perjuicio de

[265] PEIDRÓ PASTOR, I., "Lógica y Derecho", *op. cit.*, pp. 271-272.

que dicha interpretación pueda adaptarse a la "realidad social" es decir, tener en cuenta las circunstancias sociales, tal como dispone el art. 3 del Código civil.

Hay autores, no obstante, que señalan que el acuerdo doctrinal en torno a los PGD se ha producido gracias a esta concepción, mientras que la discrepancia se ha visto limitada al ámbito de la discusión filosófica. Esto es así porque los estudiosos "técnicos" de los mismos han llegado al acuerdo de situar su origen en el interés de la comunidad en que se realicen valores compartidos. En palabras de RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, "principios jurídicos no son (sólo) las prescripciones abstractas del legislador, o las que cabe inducir de normas jurídicas concretas, sino (también) las prescripciones más o menos abstractas que cabe fundamentar directamente en los valores sociales"[266]. Parece que el autor no ve con malos ojos este hecho, pues, al comentar la obra de otra autora, afirma que ésta "acierta al ver la relación directa entre los principios jurídicos y los valores sociales"[267].

Veamos qué argumentos ofrecen tres de los autores que identifican los PGD con valores o convicciones sociales. En alguno de ellos está clara la asimilación PGD/valores sociales. Es el caso de VILLAR PALASÍ y ARCE. El primero quiere contrastar la visión filosófica de la visión estrictamente jurídica del tema[268]. Los PGD, serían algo esencialmente valorativo; no estático ni permanente, responden a la ideología social "y es la penetración de tal ideología, de los valores predominantes en la sociedad e incluso de los mitos aceptados en cada país y en cada momento en el ordenamiento jurídico"[269]. Serían el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de la sociedad con el sistema jurídico; en "cuanto recojan tales valores tendrán efecti-

---

[266] RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 26.

[267] *Ibídem.*, p. 28.

[268] VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, *op. cit.*, p. 129.

[269] *Ibídem.*, pp. 130-131.

vidad, que perderán de otra manera"[270]. Por lo que se refiere a la definición de PGD, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS parte de su consideración como "ideas fundamentales de la organización jurídica de la Nación"[271]. Esas ideas fundamentales emanan de la conciencia social de tal modo que es ésta su causa eficiente; cumplen la triple función fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de todo el ordenamiento jurídico. De todas estas notas el autor extrae la siguiente definición de PGD: "ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico"[272].

En otros autores, en cambio, no está tan clara la identificación. En concreto no está demasiado claro si los PGD, como valores sociales, forman parte del concepto mismo de Derecho o son sólo su fundamento. Es el caso de BELADÍEZ ROJO para quien en la actualidad los juicios de valor vuelven "a formar parte del concepto mismo del Derecho"[273]. Pero, junto a esto señala también cosas como que ya no cabe buscar el fundamento del Derecho ni en la ley ni en los fines de la norma, sino en los valores que la informan "valores éstos que, si bien pueden ser identificados a través de las leyes, son previos a ellas, encontrándose en la realidad social que la norma pretende regular"[274], y que, "el fundamento del Derecho ha sido siempre aquello que una determinada comunidad ha considerado valioso"[275]. Una vez que "en una determinada sociedad se ha consolidado la idea de que la soberanía reside en el pueblo,

---

[270] *Ibídem.*, p. 131.

[271] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, op. cit.*, p. 76.

[272] *Ibídem.*, p. 79.

[273] BELADÍEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 27. Por otro lado, y por lo que respecta a la cuestión terminológica, para BELADÍEZ ROJO, las expresiones «principios jurídicos», «principios del Derecho» y «principios generales del Derecho», designan, todas ellas, el mismo fenómeno: "la fuente del Derecho que expresa los valores jurídico-éticos de la comunidad".

[274] *Ibídem.*

[275] *Ibídem.*, p. 28.

parece lógico que el Derecho *se fundamente* en sus convicciones jurídicas, pues es de la comunidad de donde surge todo el poder jurídico. *Los principios jurídicos serán así los valores jurídicos propios de esa sociedad"* (cursiva mía)[276]. Sostiene la autora, además, que los valores jurídico-éticos de la comunidad "constituyen, sin más, los principios jurídicos o los principios generales del Derecho"[277], sin que sea necesaria su incorporación al ordenamiento jurídico a través de textos positivos, ya que las circunstancias "que pudieron determinar en un momento histórico concreto la exclusión del Derecho de toda consideración valorativa que no fuese la adoptada por el legislador en sus textos positivos no existen ya en la actualidad"[278]. Reconoce BELADÍEZ ROJO que de su concepción de los principios jurídicos puede derivarse cierta inseguridad jurídica pero, alega, lo mismo puede decirse de la concepción que sólo admite como principios jurídicos los derivados del derecho positivo pues "inducir los principios de los distintos textos legales exige realizar una operación jurídica que se presta a los más variados resultados dependiendo del valor que se quiera «encontrar»[279]. Segundo "porque, ¿qué valor jurídico no puede ser inducido de un texto positivo? Una adecuada interpretación puede justificar la existencia de los valores más variados"[280]. Y, en tercer lugar, aún en los casos en que el principio se induce del derecho positivo, "su mera enunciación no es suficiente para determinar su alcance y contenido. Con su formulación expresa no se ahuyenta el fantasma de la inseguridad jurídica. Piénsese, por poner sólo un ejemplo, en el alcance que el Tribunal Constitucional ha otorgado al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución)"[281].

¿Cómo se reconocen esos valores jurídico-éticos de la comunidad: esto es, cómo reconocer los principios generales del Derecho?

---

[276] *Ibídem.*, p. 29.
[277] *Ibídem.*, p. 31.
[278] *Ibídem.*, p. 39.
[279] *Ibídem.*, p. 40.
[280] *Ibídem.*
[281] *Ibídem.*, p. 41.

BELADÍEZ ROJO es de la opinión de que se reconocen a través de los sentimientos, de manera que no pueden "ser objeto de conocimiento a través de los medios ordinarios. Desde este punto de vista, los valores no son objetivos"[282]. De modo que "si lo que se pretende es buscar un criterio que determine con exactitud cuándo una idea no es sólo un juicio subjetivo de valor, sino que además constituye un valor propio de toda la comunidad, se adelanta desde ahora que este *criterio infalible no existe*"[283]. Ya que los datos objetivos que garantizan que se trata de un valor de toda la comunidad "sólo pueden conseguirse a través de la aplicación de los principios jurídicos, por lo que, cuando todavía estos principios no han sido aplicados, no existen criterios que permitan *asegurar* que el valor que expresa constituye un auténtico principio general"[284]. No sería necesaria la positivación para que exista, pero como a pesar de que exista no podemos "reconocerlo", la única forma de mostrar su vigencia social es a través de su aplicación.

Pero, para que un principio pueda ser aplicado es necesario que el operador jurídico que quiera aplicarlo convenza a aquellos ante quienes quiere aplicarlo de su condición de principio general del derecho. De tal manera que "el jurista que alegue la existencia de un nuevo principio deberá (al menos, en la medida de lo posible) fundamentarlo en datos objetivos (...) que le permitirán demostrar que no se trata de un juicio de valor personal"[285]. ¿Qué instrumentos puede utilizar para ello? Precedentes anteriores, prácticas administrativas, la propia costumbre...También puede el operador jurídico probar la existencia del principio general demostrando que en torno a él se ha constituido una institución jurídica "esté o no positivamente reconocida"[286]. También se puede alegar la existencia de otros principios de los que "indirectamente (ya que si fuese directamente el principio nuevo carecería de sustantividad

[282] *Ibídem.*, p. 54.
[283] *Ibídem.*, p. 55.
[284] *Ibídem.*
[285] *Ibídem.*, p. 58.
[286] *Ibídem.*, p. 59.

no siendo más que una forma diferente de expresión de aquél) se pueda deducir la generalidad de ese valor jurídico"[287]. Y, en definitiva, el jurista puede utilizar "todos aquellos recursos (...) de los que se pueda valer: conexiones objetivas de sentido, estándares, acudir al criterio de la naturaleza de las cosas, a una interpretación sistemática del Derecho positivo que permita inducir de la misma ese valor, etc."[288]. Pero teniendo claro, eso sí, que ninguno de estos criterios es definitivo para poder afirmar con certeza el carácter definitivo de principio de la idea. Y es que "todo principio hasta que se hace evidente ha de pasar por una fase previa en la que es imposible tener una garantía total de que se está realmente ante un auténtico principio jurídico, razón por la cual no se puede pretender reconocer, descubrir o hallar estos nuevos principios según un criterio infalible"[289].

Entiende la autora que parece evidente que si los principios jurídicos son el fundamento del Derecho, son Derecho[290]. En mi opinión o son el fundamento o son el concepto mismo. No cabe la identificación. En la concepción de principios que, entiende como la mayoritaria en nuestra doctrina, "los principios jurídicos son obligatorios desde que se integran en la conciencia colectiva"[291], sin que sea imprescindible que se incorporen al ordenamiento jurídico bien a través del derecho positivo bien a través de su aplicación por la jurisprudencia. Mantiene, por tanto, un concepto de Derecho en el que se incluye su fundamento, concepto con el que no coincido.

Por mucho que trate de convencernos la autora de que su concepción de los PGD como valores jurídico-éticos de la comunidad, producen la misma o mayor seguridad jurídica que la teoría que afirma que hay que extraerlos, vía inducción, de las normas de Derecho positivo, no lo consigue. Porque, si bien es cierto que, de esa labor de inducción, cabe que se extraigan varios resultados,

---

[287] *Ibídem.*
[288] *Ibídem.*
[289] *Ibídem.*, p. 62.
[290] *Ibídem.*, p. 75.
[291] *Ibídem.*, p. 81.

lo cierto es que no cabe "cualquier resultado". Y si de controlar la labor judicial de aplicación del Derecho se trata, pienso que es mucho más fácil fiscalizar si el juez ha procedido a dicha inducción que preguntarle qué tipo de estudio ha llevado a cabo para concluir que x es un valor jurídico-ético de la comunidad. Coincido con la autora en que se ha hecho un uso desmedido del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, pero, a través de un control en negativo habría que concluir que en dicho artículo no cabe todo. En definitiva, la alternativa que nos propone BELDÍEZ ROJO conduce a un mayor poder judicial y, por consiguiente, a una mayor inseguridad jurídica. Más si se tiene en cuenta que sus PGD se descubren por el juez a través de los "sentimientos". Coincido con ella en que sólo cabe reconocerlo después de su aplicación, de lo cual se deduce que el acto del juez es constitutivo de tal principio. Para reconocerlo antes de su aplicación sería necesario constatar que ese sentimiento individual del juez se ha incorporado a la conciencia colectiva lo cual, reconoce la autora, resulta imposible.

3.3. Mi concepto de PGD

Los PGD constituyen instrumentos de autointegración del Derecho[292]. Se obtienen vía inducción de normas de Derecho positivo que serían concreciones del principio[293], o bien se deducen de

---

[292] Así lo mantiene gran parte de la doctrina. A título de ejemplo SEGURA ORTEGA, que incluye entre los métodos de autointegración del Derecho el recurso a la analogía y a los PGD. Señala, además, los peligros que traen aparejados los procedimientos de heterointegración del Derecho, puesto que la respuesta ya no viene dada por el ordenamiento con lo cual el control de la decisión se hace mucho más difícil y que "uno de los procedimientos característicos de la heterointegración ha sido el recurso al Derecho natural": SEGURA ORTEGA, M., "El problema de las lagunas en el derecho", *op. cit.*, p. 312.

[293] A juicio de BOULANGER el enunciado de un principio no escrito es la manifestación de "l'enjuit d'une législation" A su juicio, la jurisprudencia no cuenta, en los sistemas de derecho continental, con un poder creador de Derecho. Los principios existen, aunque no se reflejen en el Derecho positivo, pero la jurisprudencia se limita a "declararlos", no los crea. La jurisprudencia lo que hace es completar la labor, necesariamente incompleta, del legislador: BOULANGER, J., "Principes généraux du droit et droit positif », en *Le droit privé français au*

normas del ordenamiento más abstractas, como pueden ser, por ejemplo, los valores, principios o derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Una vez que los principios se plasman en la legislación, se juridifican. Si posteriormente, dicha legislación presenta alguna laguna, vuelven a actuar los principios. En definitiva, los PGD son siempre implícitos. Se trata de la posición que yo mantengo y que, por lo demás, está a mi modo de ver, tras el artículo 1.4 del Código civil. El juez nunca tendría una discrecionalidad en sentido fuerte porque el ordenamiento nunca calla. Cuando no ofrece la solución expresamente, la "susurra" a través de los PGD.

Como hemos visto, esta concepción ha sido objeto de duras críticas, casi de tantas como el positivismo en general. La primera objeción que, por ejemplo, señala CLEMENTE DE DIEGO (después de haber sido "reconvertido" a la causa iusnaturalista) es que manteniendo la concepción iuspositivista el derecho no progresa dado que no salimos de su ámbito. La pregunta sería si el progreso del derecho positivo debe venir de la mano de la jurisprudencia actuando a través de los PGD o sólo de los cambios que lleve a cabo el órgano habilitado para crear Derecho: el legislador. Desde mi punto de vista lo único "legal" en nuestro país es lo segundo, con independencia de que el órgano juzgador pueda tener una amplia discrecionalidad en sus labores de interpretación y aplicación del Derecho. El caso es que no puede crearlo. A CLEMENTE DE DIEGO no le gusta la constatación de este hecho por las consecuencias que se derivan de él, principalmente por el peligro de congelación del ordenamiento jurídico. Aunque partamos del hecho de que efectivamente sea un peligro real, ello no debe llevarnos a desconocer el hecho en sí que ocasiona dicho peligro. Y es que las cosas son como son y no como nos gustaría que fuesen. No podemos negar un estado de cosas por las consecuencias que se derivan del mismo. No podemos negar

---

milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert, Tome 1, Études générales, Droit de la familie, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, París, 1950, pp. 51-74, p. 67.

que hay crisis económica porque no nos gusta la consecuencia de tener que contener el gasto, por ejemplo. No podemos negar que los PGD a los que se refiere el artículo 1 del Código civil sean los que se inducen del derecho positivo vigente y ello porque no nos guste la consecuencia de congelación del sistema jurídico que tal hecho trae aparejada.

Pero es que, además, en nuestro ordenamiento jurídico actual, tal peligro no es real, desde mi punto de vista. Ya he dicho que coincido con PRIETO SANCHÍS en la afirmación de que los PGD son posteriores a la labor de interpretación que lleva a cabo el juez, existen desde ese momento, y no antes. Y es que para inducir o abstraer principios de normas positivas o deducirlos de las mismas, es preciso interpretar dichas normas. Cierto es que, como ya he dicho, esos principios han hecho un viaje de ida y vuelta. En el momento en que se crearon las normas funcionó como valor o principio que inspiró al legislador en su elaboración, legislador que pudo acudir a diversas fuentes: a principios de legislaciones pasadas, a principios utilizados por la jurisprudencia en sentencias anteriores a la legislación por desarrollar, convicciones sociales dominantes, necesidades a cubrir, utilidad, etc. Para observar esta multiplicidad de fuentes basta con leer las exposiciones de motivos de las normas. Una vez aprobada la legislación, sin perjuicio de su carácter informador (como instrumento interpretativo de las propias normas), el principio puede venir a cubrir una laguna de esas normas cuando no hay una respuesta determinada en el texto de las mismas. En toda legislación subyace un principio a descubrir a través de la interpretación.

¿Eso quiere decir que el principio se mantenga inalterable por los siglos de los siglos? Por supuesto que no, ya que la interpretación de las normas de las que los inducimos o deducimos pueden adaptarse a la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas", tal como dispone el artículo 3.1 del Código civil. Cierto es también que el cambio de principio exige una fundamentación reforzada por parte del Tribunal, y que la introducción de un nuevo principio, dadas las restricciones que establece el Tribunal Supremo para po-

der alegar un PGD, puede ser difícil, pero no imposible. Base legal para ello hay. En conclusión, no existe tal peligro de congelación del ordenamiento jurídico. Pero es que, de no existir el artículo 3.1 del Código civil, base legal para esa evolución del Derecho, nada se podría hacer. Podemos criticar el hecho porque no nos gusten sus consecuencias y promover, entonces, una reforma legal, en el sentido, por ejemplo, de que se incluya en nuestro Derecho una cláusula como la del Código civil suizo que ante la existencia de lagunas dice que el juez debe actuar "como si fuera legislador", pero mientras no exista tal posibilidad, hay que atenerse a lo que dispone la ley. Admitir que el juez pueda acudir a esa realidad social presionado por los principios de justicia intrínseca es abrir la puerta a la creación del Derecho por parte del juez, pero sin cobertura legal para ello.

4. Nuevo panorama surgido tras la aprobación de la Constitución Española de 1978

El Código civil, en su redacción fijada por la Reforma de 1974, estableció un sistema de fuentes que, por razones obvias, no tenía en cuenta lo establecido en ningún texto constitucional. En 1978, esto es, cuatro años después, se aprueba la Constitución española, texto, como sabemos, plagado de valores y de principios expresos. La aprobación de este texto va a afectar inevitablemente al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, tanto hacia el pasado como hacia el futuro. Hacia el pasado, es posible, de acuerdo con lo que establece la Disposición derogatoria de la Constitución, en su punto 3, la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas preconstitucionales que se opongan a las disposiciones de la Constitución[294]. No sólo se trata de una "depuración" posible de acuerdo con esta disposición, sino también necesaria. Por otro lado, la Constitución afecta también al Derecho posterior a sí misma. Le afectará tanto en la forma de creación como a su contenido. Y no sólo en el momento de su creación, sino también posteriormente, cuando sean aplicadas. Y es que la Constitución, como la norma

[294] Disposición derogatoria, punto 3: "Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución".

superior del sistema, será el criterio último para medir la validez de las normas y de las sentencias judiciales que las apliquen.

Pues bien, la pregunta que ahora debemos responder es cómo ha afectado la aprobación del texto constitucional al artículo 1.4 del Código civil y al sistema de fuentes en general. En primer lugar, cuando el Código civil, en su artículo 1.1 dispone que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los PGD hay que entender incluida en ese concepto "ley" también la Constitución española. Si no interpretamos este artículo en este sentido, esto es, si no incluimos la Constitución en ese "ley", tendríamos que entenderlo derogado como norma preconstitucional que desconoce el sistema de fuentes instaurado tras la Constitución misma. Además, la Constitución no será cualquier ley, sino la ley superior de la jerarquía normativa. Utilizando el mismo argumento, cuando el artículo 1.4 dispone que los PGD se aplicarán en defecto de ley o costumbre se entiende incluida en ese concepto de "ley" también la Constitución.

¿Ha afectado la aprobación de la Constitución al concepto de PGD mismo? Desde mi punto de vista sí, pero en el sentido de que ha ampliado su procedencia. Me explico. Hay PGD que siguen siendo principios implícitos en las normas de Derecho positivo y que se obtienen vía inducción. Pero, junto a éstos, y ante la existencia en el texto constitucional de multitud de normas muy generales y abstractas (valores, principios, derechos fundamentales...), es posible hallar PGD vía deducción de dichas normas. Por otro lado, pienso que la aprobación del texto constitucional ha afectado también a la aplicabilidad, o mejor a la necesidad de recurrir a los PGD. Y ello porque si antes de la aprobación de la Constitución era difícil encontrarnos con una laguna de la ley (auténtica laguna y no laguna "axiológica"), tras esa aprobación será mucho más difícil que el juez no pueda acudir a alguna de las normas de la Constitución, sea valor, principio, derecho, etc. Sólo en el caso de que no encuentre ahí la solución y ante una laguna de la ley, constitucional, infraconstitucional y de la costumbre, sólo en ese caso,

entrarán en escena los PGD. Supuesto que desde mi punto de vista es muy difícil que se produzca.

Los principios expresos recogidos en nuestro texto constitucional han sido el objetivo fundamental de atención por parte de la doctrina "principialista", sobre todo por lo que respecta a su distinción con las reglas. No son el objeto de mi investigación en esta sede porque, y en esto coincide la mayor parte de la doctrina, no son auténticos PGD, no son principios de los del artículo 1 del Código civil. Con todo, ha habido autores que sostienen exactamente lo contrario y por eso creo que merecen un análisis en este estudio. Citaré a dos de ellos. Se trata de ARCE y GORDILLO CAÑAS. Sostienen que los principios constitucionales expresos son PGD y expresan el contenido del Derecho natural, con base en el argumento de que si los PGD son los principios más fundamentales es lógico pensar que se incorporen a la norma básica del sistema, en nuestro caso, el texto constitucional. Incluso GORDILLO llega a afirmar que la Constitución es, en este sentido, el subrogado imprescindible o la mediación necesaria del Derecho natural. En este sentido, la Constitución vendría a sustituir al Derecho natural mismo que, paradójicamente, a pesar de haber triunfado por ver sus contenidos incluidos en la norma básica del sistema, ya no sería necesario, lo cual conduce a su negación.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS entiende que la Constitución por ser la "Norma suprema de la organización jurídica de la Nación, no sólo encierra los principios generales del ordenamiento y refleja la filosofía de la vida jurídica (...), sino que, además, en cuanto síntesis de las aspiraciones de un pueblo (...), es lógico que de alguna manera consagre los principios básicos de su organización"[295]. Y que "en la trascendental modificación de nuestro ordenamiento jurídico operada por la Constitución subyace, como eje de rotación, la sustancial mutación experimentada en sus principios jurídicos generales"[296]. Para el autor, la crisis del positivismo ha conducido

---

[295] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, *op. cit.*, p. 13.

[296] *Ibídem.*, pp. 14-15.

a "una concepción principial del Derecho"[297]. Se pregunta el autor si existen PGD en cuerpos normativos y "parece que debe ser en la Constitución donde más propiamente hayan de figurar insertados"[298], porque no en vano "es la Constitución la norma suprema, fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico, tronco del que nacen todas las ramas del Derecho y eje, a su vez, de un ordenamiento que se ha podido calificar de «principial» para no dejar de ser sistemático[299]. Los PGD se enlazan con la idea de un derecho fundamental o más alto, "superior al derecho positivo e inderogable por éste, nacen ligados al concepto de Derecho natural, y tal idea se atribuye, ahora, a la Constitución"[300].

Por su parte, GORDILLO CAÑAS afirma que la Constitución "en su doble dimensión de expresión del más amplio y básico consenso social y de super-Ley o de Ley de leyes, inspiradora de todo el Ordenamiento, está llamada a cumplir esa función de puente, incardinado en el vértice del Derecho positivo, entre las convicciones sociales más fundamentales y la Ley ordinaria que debe recogerlas y consagrarlas en términos de normatividad vinculante"[301]. Y es que la norma constitucional está llamada a ser "la instancia jurídica que, supraordinada al resto del Ordenamiento, aunque dentro del mismo (...) puede jerarquizar las Fuentes del Derecho, e imponerle al mismo tiempo la necesidad de su contenido justo. He aquí cómo por esta vía los Principios Generales del Derecho pueden corporeizarse y obtener efectividad en su función informadora del Ordenamiento"[302]. El autor opina que el Derecho Natural ha constituido históricamente la más sólida base sustentadora del edificio del Derecho, pero también reconoce que a día de hoy es inviable

---

[297] *Ibídem.*, p. 42.
[298] *Ibídem.*, p. 94.
[299] *Ibídem.*
[300] *Ibídem.*
[301] GORDILLO CAÑAS, A., "Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho", *op. cit.*, p. 471.
[302] *Ibídem.*, p. 475.

que esa función fundamentadora sea efectiva y ello por "lo limitado de las primeras evidencias del *natura justum* en su concepción objetiva más originaria, así como el descrédito de la orientación individual-racionalista del iusnaturalismo de la Ilustración"[303]. Por otro lado, el pluralismo y la secularización de hoy impiden el recurso a una instancia fundamentadora de raíz teológica. Pero, pese a todo ello, "el fundamento del Derecho, y la inspiración justa de su contenido necesario, siguen siendo exigencias ineludibles, así sentidas de hecho en el cuerpo social. Es aquí donde la Constitución aparece como el *subrogado imprescindible, o la mediación necesaria, del Derecho Natural*"[304] (cursiva mía). O, lo que es lo mismo, "la norma constitucional, sin proponérselo ni proclamarlo expresamente, cumple la función del Derecho Natural"[305]. Por ello, la doctrina de las fuentes del Derecho "no puede en ningún caso formularse ni construirse de espaldas a la Constitución ni prescindiendo de ella. Inviscerada en la instancia normativa *princeps*, imponiendo desde ella objetivos intangibles de valor a la Ley, y viabilizando la función «transeúnte» del Derecho natural a través de los Principios Generales del Derecho, lograría para la totalidad del Ordenamiento la síntesis acabada de legalidad y legitimidad"[306].

Si con la reforma del Título Preliminar del Código civil quedaba en la imprecisión el alcance de la función informadora de los principios, tras la Constitución "es clara la posibilidad de unos principios supralegales con valor de Derecho positivo y rango superior a la Ley. La peculiar superioridad y la propia razón de ser de la Constitución atrae hacia los principios en ella contenidos una prioridad de rango y una exigibilidad de animación del Ordenamiento, que necesariamente tienen que traducirse en la apertura hacia la eficacia de la enunciada –en 1974, aporéticamente- función informadora de los Principios Generales del Derecho. (...) Los principios (...) se

---

[303] *Ibídem.*, p. 476.
[304] *Ibídem.*
[305] *Ibídem.*
[306] *Ibídem.*, p. 477.

encarnan ahora y concretan en la Constitución y en ella obtienen el medio técnico y eficaz de su función informadora. Cualquiera ve que, desde este punto de vista, la Constitución juega hoy como el subrogado positivamente tecnificado del Derecho Natural. La función históricamente reconocida al Derecho Natural está hoy confiada a la Constitución; del mismo modo podría ocurrir que la plasmación constitucional de los Principios más básicos llevara a la penumbra a éstos, en tanto que Principios, destacando en ellos sólo lo que hay de dato constitucional. No sería un precio excesivo, si a través de su constitucionalización los Principios objetivos de justicia obtienen la plena virtualidad de su función informadora del Ordenamiento"[307]. ¿En base a qué objetividad los califica de principios "objetivos" de justicia? Si los principios fuesen la encarnación de una supuesta justicia objetiva, no habría posibilidad de reformar la Constitución y, como sabemos, sí la hay. Entiende asimismo el autor que las cosas cambian sustancialmente en nuestro ordenamiento jurídico cuando "a la vista de la experiencia histórica, el mismo acuerdo social que da vida a la Constitución, conectado con la común y más básica sensación de la justicia, y desde la raíz de las más firmes convicciones sociales, lleve a la norma fundamental contenidos necesarios de Derecho. El tránsito del Estado de Derecho al Estado material de Derecho pasa por la incorporación a la Constitución de aquel juicio valorativo de la comunidad social que, en la enseñanza de Castro, constituía el hecho social más importante de la positivación del Derecho Natural en forma de Principios Generales del Derecho"[308].

En coherencia con la postura que mantengo no puedo estar de acuerdo con esta visión de la Constitución como subrogado del Derecho natural. En primer lugar, porque no creo en la existencia de tal ordenación objetiva, universal e inmutable que sería el Derecho natural. Los principios que se han incluido en la Constitución pueden tener multitud de orígenes; valores sociales, políticos,

[307] *Ibídem.*, pp. 501-502.
[308] *Ibídem.*, pp. 509-510.

principios de regulaciones anteriores, principios plasmados en textos constitucionales de otros países, etc. No comparto que hubiese que incluirlos porque "son Derecho natural". Es cierto que la Constitución cumple el papel de criterio que determina la validez, formal y material, del resto de las normas del ordenamiento jurídico; pero no le está reservado el papel de criterio de justicia y, en todo caso, sería el criterio de justicia *hic et nunc*, lo cual viene avalado por el hecho de que, a pesar de ser difícil, es posible la reforma de todos, absolutamente todos los artículos de la Constitución. Si fuesen el reflejo de tal ordenación objetiva e inmutable, no cabría su reforma[309].

Por mi parte, entiendo plenamente vigente, por tanto, la tesis positivista de separación, conceptual, entre Derecho y moral y por ello me sumo, una vez más, a lo dicho por PRIETO SANCHÍS, que realiza un repaso de distintas teorías que, a su juicio, han intentado atacar este aspecto de la tesis positivista, utilizando para ello el argumento de la existencia de unos principios derivados de una moral presuntamente objetiva[310]. En este sentido se refiere el autor a R. DWORKIN quien mantiene, a su juicio, la doctrina del Derecho natural de acuerdo con la cual existiría una moralidad objetiva, universal y cognoscible y que, de acuerdo con ello, los "principios más fundamentales serían los mismos en cualquier contexto y habrían de ser tomados siempre en consideración a la hora de aplicar el Derecho"[311]. Esta doctrina es susceptible de ser atacada con los

---

[309] No identifica los PGD con el Derecho natural pero sí parece considerar los principios constitucionales como PGD la civilista GARCÍA RUBIO, aunque cite también la jurisprudencia constitucional en la que se mantiene que esos principios tienen significado y valor constitucional. En este sentido señala que "la Constitución de 1978 obliga a introducir importantes variaciones en la teoría clásica de los principios generales. Así, junto a los principios generales del Derecho aludidos en el Código civil y en otras fuentes legales, la Constitución acoge principios fundamentales, como los contenidos en el art. 9.3": GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho Civil*, Cálamo, Barcelona, 2002, p. 108.

[310] Señala PRIETO SANCHÍS que uno de los flancos que utiliza la doctrina que persigue como objetivo atacar las tesis positivistas es, precisamente, la existencia de los principios, que serían "el punto de conexión entre Derecho y moral, los vehículos que permitirían definir el Derecho como un sistema normativo de base moral, generador, por tanto, de una obligación de obediencia: PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos, op. cit.*, p. 66.

[311] *Ibídem.*, p. 67.

mismos argumentos que la doctrina, general, del Derecho natural. Podría formularse una opción más moderada de acuerdo con la cual cuando se apela a los principios se estarían recogiendo siempre normas o criterios de moralidad, aunque esos principios se encuentren ya, expresamente, en la Constitución, se induzcan de un sector del ordenamiento jurídico, los PGD, o encarnen una filosofía moral o política subyacente al sistema. Para PRIETO SANCHÍS esta tesis sería inútil puesto que nada garantiza que esa moralidad expresada a través de los principios sea justa. Acude el autor en tercer lugar a ALEXY para quien los principios no garantizarían la presencia de la moral en el Derecho, pero sí "el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica"[312]. Esta idea tampoco consigue el resultado apetecido puesto que la argumentación, en sí misma, no puede garantizar un resultado moralmente plausible, si partimos de principios que no lo son. Por tanto, concluye PRIETO, la tesis positivista de separación entre derecho y moral puede considerarse plenamente vigente. La presencia de principios en el sistema jurídico no lo convierte en un derivado de la moral, puesto que los principios "si son de los llamados generales del Derecho, reproducirán sin más el mérito o demérito del ordenamiento que reflejan y del que se inducen; y si son principios explícitos, constitucionales, legales o jurisprudenciales, tendrán el valor moral que se deduzca del juicio crítico o racional sobre el contenido de los mismos"[313]. Los principios garantizan, acaso, la conexión con la llamada moral social mayoritaria "siempre más o menos presente en el orden jurídico"[314]. Alude, por tanto, a la interpretación de las normas de las que se deducen o inducen los PGD que se puede efectuar teniendo en cuenta la realidad social, tal como dispone el art. 3.1 del Código civil, realidad social en la que entraría esa moral social mayoritaria. Esta moral también puede ser fundamento para la creación normativa.

---

[312] *Ibídem.*
[313] *Ibídem.*, p. 68.
[314] *Ibídem.*

5. Clases de Principios Generales del Derecho

De nuevo me voy a referir a lo que ha dicho la doctrina que he consultado sobre la materia y, una vez más, es preciso constatar que los tipos de PGD cuya existencia se mantenga determinará la concepción del Derecho que se va a defender. Debo advertir que no he encontrado referencias sobre, estrictamente, clases de PGD. Por ello he recogido clasificaciones de principios en general, en las que hallamos los PGD como uno de los tipos de principios que se distinguen.

Como guía que permite la ordenación de las diferentes opiniones que la doctrina ha emitido sobre las clases de principios me he servido de la clasificación de principios que lleva a cabo WROBLÈWSKI utilizando como criterio la ideología de la interpretación jurídica de la que se parta; bien una ideología de la interpretación jurídica estática bien dinámica. Mientras la primera defiende el mantenimiento del *status quo*, la segunda sostiene la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a cada momento. WROBLÈWSKI señala la existencia de cinco tipos de principios utilizados en la lengua jurídica: PJD: "principio positivo del derecho": la norma explícitamente formulada en el texto jurídico, esto es, una disposición legal o construida con elementos contenidos en las disposiciones. PJI: "principio implícito del derecho", una regla considerada premisa o consecuencia de las disposiciones legales. PJE: "principio extrasistemático del derecho", una regla que no

es ni PJD ni PJI. PJN: "principio-nombre del derecho", es decir, un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas. PJC: "principio-construcción del derecho", a saber, construcción del legislador racional o perfecto, presupuesto en la interpretación jurídica[315].

Los primeros, principios del derecho positivo (PJD), son normas del derecho en vigor. Para WROBLÈWSKI, el análisis de la práctica judicial demuestra que algunas normas del derecho en vigor son denominadas principios expresando que son más importantes que las normas no consideradas principios. Lo mismo ocurre en la ciencia del derecho. Se califican como principios "las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica, o en el acto normativo (por ejemplo en una ley) o en el sistema jurídico entero. Su importancia reside en la estructura del conjunto de las normas o en las valoraciones acerca de su importancia desde el punto de vista de los valores no-relativizados ("puros", "primarios") o relativizados ("sistémicos", "instrumentales", "condicionales")"[316]. Por su parte, para aceptar la existencia de los PJI es necesario admitir dos cosas. Por un lado, que hay reglas de razonamiento a partir de las cuales se pueden formular las premisas o las consecuencias de las normas en vigor y controlar si están o no justificadas y, por otro lado, que el concepto de sistema del derecho contiene las premisas y las consecuencias que se derivan de las normas y las trata como válidas. Un principio es extrasistemático cuando no es ni principio positivo ni principio implícito (PJD ni PJI): esta regla no está contenida en el sistema del derecho "y, por eso, en realidad, el nombre de "principio extrasistemático del derecho" es paradójico"[317]. Estos principios provienen o del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial, que se extraen "de la moral, las

---

[315] WROBLÈWSKI, J., *«Sentido» y «Hecho» en el Derecho*, Traducción de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 153.

[316] *Ibídem.*, p. 154.

[317] *Ibídem.*, p. 155.

costumbres, el derecho natural, la política, etc."[318]. Para el autor, el análisis teórico demuestra que la actividad interpretativa está determinada por factores que no pertenecen al derecho. Entre estos factores "se encuentran las reglas extrasistemáticas, de las que algunas son consideradas como "principios". Son "principios del derecho" si se les considera"principios del derecho que debe ser". Son "principios de la interpretación" si se les considera como regla para determinar el "sentido verdadero" de las normas del derecho. La diferencia depende de la teoría o de la ideología de la interpretación: se decide si hay una frontera entre el derecho que es y el derecho que debe ser y se determina la naturaleza reconstructiva o creadora de la interpretación"[319]. Estos principios "juegan un importante papel en la interpretación funcional del derecho. Esos principios son los medios para adaptar la letra de la ley a las necesidades de la vida"[320].

Pues bien, señala WROBLÈWSKI que los principios positivos e implícitos (PJD y PJI) sirven a la ideología estática. Por su parte los principios extrasistemáticos (PJE) son adecuados a la ideología dinámica ya que "sea como principios del derecho o como principios de la interpretación, dan la libertad de elección necesaria para hacer al derecho más adecuado a la vida"[321]. Por su parte, los principios-nombre (PJN) y los principios-construcción (PJC) juegan el papel determinado por su contenido. Cuando éste "los caracterice según la ideología estática, servirán a los valores estáticos. Pero también pueden servir a los valores dinámicos, sobre todo cuando están teleológicamente orientados o cuando están vinculados a valores y reglas importantes para la interpretación dinámica"[322]. Los principios-nombre no son normas de comportamiento, no son reglas, al igual que los principios-construcción, aunque éstos

---

[318] *Ibídem.*
[319] *Ibídem.*, p. 164.
[320] *Ibídem.*
[321] *Ibídem.*, p. 167.
[322] *Ibídem.*

últimos "determinan la argumentación jurídica a veces de forma decisiva. La fórmula tradicional de la interpretación jurídica que invoca "la voluntad del legislador" como principio para zanjar las dudas es el mejor ejemplo de PJC"[323].

Los principios implícitos (PJI) se corresponderían con el concepto de PGD que yo mantengo, que se obtienen vía inducción o deducción de otras normas del ordenamiento jurídico. Por otro lado, entiendo que la clasificación de los principios que lleva a cabo WROBLÈWSKI, en función de la ideología de la interpretación que se mantenga tiene unas consecuencias que van más allá. Y es que afectan al propio concepto de Derecho y la forma de entender la labor judicial. Y es que si admitimos la existencia de principios extrasistemáticos (sus PJE), entonces el Derecho será otra cosa que lo que puede admitirse como tal tomando como base una regla de reconocimiento. Será mucho más que lo que dicha regla reconozca. Por otro lado, si el juez puede determinar, libremente, cuáles sean dichos principios extrasistemáticos tenemos que reconocerle poder creador de Derecho.

Podemos aplicar la distinción de WROBLÈWSKI entre concepciones estática y dinámica de la ideología de la interpretación y diferenciar entre concepciones estática y dinámica del Derecho en general y de los principios en particular. *A priori*, los autores que mantienen una concepción dinámica de los principios suelen incluir como un tipo de éstos aquellos que van más allá de las normas, los situados fuera de los límites del ordenamiento jurídico. Entre estos autores todavía cabría distinguir entre, por un lado, quienes exigen el trámite de la positivación para poder hablar de auténticos principios, aunque sea una positivación entendida en sentido amplio (la aplicación del mismo en una sentencia ya cumpliría dicho trámite), con lo cual remarcar la existencia previa del principio a lo establecido por el ordenamiento jurídico carece de consecuencias prácticas reales, y, por otro lado, los que no exigen este requisito. Por

---

[323] *Ibídem.*, p. 155.

su parte, y también en principio, quienes mantienen una concepción estática del Derecho y de los principios reconocen como tales sólo los del ordenamiento jurídico. Distinguen entre los expresos, constitucionales o legales, y los implícitos, obtenidos vía inducción o deducción de las normas del ordenamiento jurídico.

Veamos ahora las muestras de ambas concepciones. Empezaré por los partidarios de la concepción dinámica en el sentido indicado. DE CASTRO distingue tres tipos de principios: los de Derecho natural, los tradicionales y los políticos[324]. Prevalecerá uno u otro tipo dependiendo de cuál sea la idea de la vida preponderante en cada momento histórico y el legislador debe aspirar a su armonización jerárquica. Sobre los principios de Derecho natural, DE CASTRO mantiene la existencia del Derecho natural como la base del Derecho positivo, que ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado por ser reflejo de la ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre[325]. El Derecho natural cuya existencia mantiene DE CASTRO es el clásico de raíz cristiana, el único que, a su juicio, merece el calificativo de tal. No son válidos, nos dice, los argumentos que se esgrimen desde las filas del positivismo jurídico para negar la existencia del Derecho natural. En primer lugar, se afirma que si el Derecho positivo fuese el reflejo del Derecho natural no se entiende cómo es posible la variabilidad de su contenido. Pero es el mismo Derecho natural el que impone que la ley positiva humana esté sujeta a mutación: sólo el Derecho natural es inmutable y ello es lo que le permite ser el canon que funciona como medida de las variadas y circunstanciales figuras jurídicas positivas. Tampoco se puede negar la función informadora del Derecho natural con respecto al positivo con base en la imperfección de éste. Y es que, señala DE CASTRO, "los preceptos de Derecho natural sólo se podrían realizar, de modo completo, en un reino de santos"[326]. Por otro lado, Derecho natural y Derecho po-

---

[324] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 421.
[325] *Ibídem.*
[326] *Ibídem.* p. 422.

sitivo no se confunden, pero tampoco están totalmente separados. El Derecho natural actúa como legitimador del Derecho positivo, que sólo será justo si se adecua a aquél. Además, el Derecho positivo acoge una parte del Derecho natural y la incluye en su seno, bien a través de su positivación, o bien acude a él para obtener principios que le proporcionen una solución *hic et nunc*. Para DE CASTRO la positivación del Derecho natural se impone en nuestro ordenamiento jurídico a través de la remisión a los PGD. El acto de la positivación es un hecho social manifestado a través de distintos órganos: el legislador, a través de las normas legales, la actuación de las autoridades, especialmente los Tribunales, a través de sus resoluciones y, "sobre todo, en el juicio valorativo que imponga la misma comunidad nacional"[327]. Si aplicamos la tesis de DE CASTRO a la interpretación del artículo 1 del Código civil, éste vendría a decir que "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y el Derecho natural". El segundo tipo de principios es el de los tradicionales o nacionales, que serían esos valores que constituyen el sello de la personalidad de una nación, los que dan su concreta fisonomía. DE CASTRO señala, sin ánimo exhaustivo, los siguientes principios tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico: la concepción católica de la vida, la superioridad de los valores morales sobre los materiales, la preferencia de la causa moral sobre la seguridad del tráfico, la valoración del honor, el respeto al decoro, la fidelidad a la palabra dada, la intimidad moral de las relaciones familiares y la dignidad humana[328]. Por último, los principios políticos serían los impulsores de toda la maquinaria del Estado y fuerza renovadora de la vida social. Son los principios más enérgicos, pero "su eficacia jurídica está subordinada a la fuerza legitimadora del Derecho natural, y respecto a su eficacia social no habrán de contrariar los principios nacionales"[329].

---

[327] *Ibídem.*, p. 423.
[328] *Ibídem.*
[329] *Ibídem.*, p. 424.

Parte asimismo de una concepción dinámica de los principios CABANILLAS GALLAS que distingue entre principios dogmáticos, axiológicos e institucionales. Los primeros se obtienen por deducción sistemática o por inducción generalizada de las normas existentes. Su característica básica es que están siempre dentro del sistema; en ellos predomina la función complementaria de las normas y se aplican siempre por vía subsidiaria. El segundo tipo incluye muy diversos subtipos de principios. Incluye los derivados de las teorías iusnaturalistas (ya provengan del derecho natural clásico, del derecho natural racional o de los nuevos enfoques de un derecho natural relativo o de contenido concreto); los principios que derivan de la naturaleza de las cosas; los principios tradicionales; los principios políticos y, en general, "todos los pertenecientes a las concepciones que aceptan «un deber ser preexistente», cualquiera que sea su origen. Dada la necesidad de optar por una denominación unitaria, preferimos llamarlos principios generales axiológicos o fundamentales, o principios generales valorativos"[330]. Los principios axiológicos están siempre más allá del sistema, aunque "«controlaron» desde el principio el contenido del mismo, de tal modo que éste puede subsistir por haber aceptado las líneas fundamentales de su contenido y precisamente por resultar conforme a ellos"[331]. Su función más importante es la integradora e informadora y se hacen más evidentes, se descubren, en aquellos casos jurídicos en los que resulta más evidente el contraste entre la norma existente y la realidad vivida. El hecho de que se incluyan en el ordenamiento positivo "suele acotarles parcialmente en la esfera jurídica concreta en que se aplican, pero resta intacta su capacidad generadora de nuevos usos en cualquier campo del derecho"[332].

Distingue también entre principios implícitos y principios extrasistemáticos PRIETO SANCHÍS, para quien, no obstante, la

---

[330] CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, p. 162

[331] *Ibídem.*, p. 166.

[332] *Ibídem.*

frontera entre unos y otros no resulta del todo nítida ya que "desde el momento en que se reconoce que la obtención de los primeros no responde a un método estrictamente lógico, sino que descansa en elecciones u opciones valorativas, se está reconociendo también que, en mayor o menor medida, presentan ingredientes extrasistemáticos, es decir, decisiones creadoras y no meros actos cognoscitivos"[333]. A pesar de ello, cree conveniente seguir manteniendo la distinción para diferenciar entre aquellos principios que parecen tener respaldo en concretas disposiciones normativas de aquellos otros que prescinden de ellas para incardinarse en doctrinas morales o políticas, o entidades tan evanescentes como naturaleza de la cosa o Constitución material. El origen de los principios extrasistemáticos suele ser más doctrinal que jurisprudencial; el fruto de una argumentación moral o política que no es frecuente en la motivación de las decisiones judiciales "sin perjuicio, naturalmente, de que más tarde puedan desempeñar una función normativa o de que algún juez decida dar vida a un principio extrasistemático por vía que pudiéramos llamar de directa creación de Derecho"[334]. Desde un punto de vista normativista, los principios extrasistemáticos no forman parte del Derecho ya que no pueden dar cuenta de ellos ni la norma fundamental de Kelsen ni la regla de reconocimiento de Hart, aunque ello no significa que una "teoría del Derecho algo más «realista» deba omitir su consideración"[335]. Realista en el sentido de que la existencia de los principios extrasistemáticos sea un hecho verificable. De acuerdo con ello, "los principios extrasistemáticos, en la medida en que sean aplicados por los jueces pueden considerarse normas existentes, inválidas pero eficaces"[336]. Por ello, los principios extrasistemáticos presentan, en la Teoría del Derecho, los mismos problemas que la creación judicial del Derecho. Pero la "vaguedad o indeterminación de la regla de reconocimiento, que

---

[333] PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, *op. cit.*, p. 146.
[334] *Ibídem.*, p. 147.
[335] *Ibídem.*, p. 148.
[336] *Ibídem.*

el propio Hart reconoce supone que hasta cierto punto la fuerza de los hechos –la eficacia- penetra en el ordenamiento jurídico, y que lo hace precisamente a través de la norma última y en el momento de la actuación judicial; pero, sobre todo, muestra también las dificultades de mantener una noción de validez o, mejor dicho, de existencia normativa rigurosamente circunscrita al criterio de derivación, pues tal existencia no podrá negarse a las decisiones nacidas en el ámbito de la textura abierta de la regla básica"[337]. Entiendo que una teoría del Derecho "realista" debería dar cuenta del hecho de que un juez que aplica un principio extrasistemático está haciendo exactamente lo mismo que cuando crea Derecho sin más, esto es, está actuando incorrectamente, fuera de la legalidad. Si se trata de una decisión de instancias jurisdiccionales inferiores, la decisión podrá ser recurrida pero si es de las últimas instancias, sólo nos quedará la posibilidad de criticarla. Por otro lado, pienso que la Regla de Reconocimiento de HART nos permite, tal como veremos que sostiene RODRÍGUEZ CALERO, un reconocimiento directo de las normas expresas del sistema y un reconocimiento indirecto o mediato de las normas que se pueden deducir o inducir de aquellas normas expresas.

Partidarios de la concepción estática, nos encontramos, en primer lugar, con GORDILLO CAÑAS que distingue dos clases de principios y, por derivación, dos funciones que pueden esperarse de ellos. Por una parte estarían los principios pre-legales (en el sentido de previos a la ley ordinaria), superiores a la ley ordinaria "fundamentadotes de ésta e informadores de su contenido. Serían los Principios consagrados más o menos explícitamente en la Constitución y derivados de los valores en que ésta asienta su consistencia. Encuentran su origen estos principios en la percepción social de la realidad natural, y generan una dinámica de desarrollo con tendencia a traducirse en el cambio legislativo"[338].

---

[337] *Ibídem.*, p. 149.

[338] GORDILLO CAÑAS, A., "Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho", *op. cit.*, p. 504.

Por otro lado se encontrarían los principios que se derivan de la ley ordinaria, "principios post-legales, rectores de la aplicación de la Ley ya establecida y encargados de su complementación homogénea. Tienden estos principios a la implantación y estabilización del sistema legal, y actúan como guías de la labor jurídica (...). Con rango evidentemente inferior a los anteriores, a ellos habrán de atenerse y subordinarse"[339].

Por su parte, RODRÍGUEZ CALERO, nos propone la distinción entre principios jurídicos positivos o principios explícitos, principios implícitos y principios extrasistemáticos[340]. Los principios explícitos serían los reconocidos expresamente por el ordenamiento jurídico, que como resulta obvio tienen el *status* propio de las normas jurídico-positivas y, por tanto, es indudable su carácter de auténticas normas, ello sin perjuicio de los problemas que plantea su interpretación y aplicación así como su distinción de las reglas (si es que estas últimas existen o pueden existir). Los principios extrasistemáticos serían los provenientes de otros órdenes normativos: moral, política, etc. y coincidimos plenamente con RODRÍGUEZ CALERO cuando afirma que no deben ser considerados principios jurídicos por la razón de que la regla de reconocimiento no puede identificarlos como parte del ordenamiento jurídico. Nos interesan mucho más los principios jurídicos que el autor denomina implícitos y que serían propiamente los PGD. Pero ¿a qué fuente debe acudir el juez para encontrar tales principios implícitos? Se trata de principios implícitos en las normas jurídico-positivas, por tanto, allí debemos encontrarlos, como los principios que justifican, que fundamentan, tales normas. En concreto, dice el autor, para determinar cuáles son los principios de un ordenamiento jurídico "se tendrá que averiguar las normas que para los operadores de ese sistema tienen, dada su generalidad y valor positivo, una función justificadora y explicativa con respecto a las reglas válidas del sistema"[341]. De ahí que los

---

[339] *Ibídem.*, p. 504.

[340] RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 51 y ss.

[341] *Ibídem.*, p. 106.

principios jurídicos implícitos no surgirían de un supuesto Derecho natural, racionalista o no, no serían anteriores al propio Derecho, sino que surgen de un proceso de abstracción y racionalización de ese Derecho. Son normas nuevas, en el sentido de distintas a las normas jurídico-positivas, que vienen a cubrir las lagunas de éstas. Con todo, la crítica de DWORKIN continúa planeando: ¿permite la regla de reconocimiento identificar estos principios? A juicio de RODRÍGUEZ CALERO, así es, aunque sea de una forma indirecta, puesto que para extraer tales principios hay que partir de normas que sí se identifican con la regla de reconocimiento.

RODRÍGUEZ CALERO reconoce que en dicho proceso de abstracción o racionalización de principios sí existe discrecionalidad judicial, que a su juicio no es de tanta entidad por cuanto hay que partir de las normas del sistema. Con todo, desde mi punto de vista, una buena forma de limitar el exceso de discrecionalidad sería aplicar el principio de universalización: garantizar que cuando un juez induce un Principio General del Derecho de una serie de normas, mañana y ante un supuesto similar, no puede inducir un Principio General del Derecho que conduzca a consecuencias contrarias o, en todo caso, si lo hace debe fundamentar su decisión doblemente.

Para finalizar este apartado, debo decir que no estoy totalmente de acuerdo con el hecho de que afirmar la existencia de principios extrasistemáticos sea característico de una concepción dinámica del Derecho, mientras que afirmar la existencia únicamente de principios intrasistemáticos, implícitos o explícitos sea propio de las concepciones estáticas. Lo que está fuera de toda duda es que la primera opción conlleva una mayor libertad para el aplicador que podrá crear Derecho, mientras que la segunda restringe más esa libertad vedando al juez tal posibilidad. Si uno de los objetivos del sistema es alcanzar una mayor seguridad jurídica resulta obvio que la segunda opción es mucho más eficaz en ese sentido. Por otro lado, en ordenamientos jurídicos como el nuestro sería la única posible "legalmente". Pero, aún afirmando la existencia de principios sólo deducidos o inducidos del propio ordenamiento, pienso que

ello no conlleva una petrificación del mismo porque se utiliza la interpretación para realizar tales operaciones y esa interpretación puede realizarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de aplicarse dichas normas, tal como dispone el artículo 3.1 del Código civil. Por tanto, no es cierto que mantener dicha tesis conduzca a una concepción estática del Derecho. Conduce, es cierto, a restringir más la labor del juez, pero éste puede decidirse por una concepción dinámica o estática de su labor interpretativa, sabiendo, no obstante, que no puede crear Derecho. Por otro lado, nada garantiza que afirmar la existencia de principios extrasistemáticos asegure la evolución del Derecho ya que también puede conducir a su regresión. Todo depende de la mentalidad, ideología, creencias y pensamientos del juez y nadie asegura que estos factores sean de progreso y evolución; también pueden ser de involución. Por ello, en mi opinión, el riesgo que conlleva conseguir una mayor adaptación a las circunstancias sociales, que por otro lado, no está garantizada, no compensa con la pérdida de seguridad jurídica.

Por mi parte distingo entre principios explícitos que serían los reconocidos por el ordenamiento jurídico y que pueden ser constitucionales o legales, según estén recogidos o no en el texto constitucional y principios implícitos, que serían, propiamente, los PGD. En estos cabe distinguir entre principios inducidos del ordenamiento jurídico, y principios deducidos de otras normas, *v.g.* los principios, valores o derechos fundamentales constitucionales.

6. Funciones de los PGD

Legalmente, parece que las funciones de los PGD están claras. De acuerdo con el artículo 1.4 del Código civil los principios se aplicarán en defecto de ley o costumbre aplicables (fuente subsidiaria) sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico (función informadora). En cambio, doctrinalmente, igual que ocurría con las cuestiones tratadas anteriormente, las funciones que se asignen a los PGD dependerán directamente del concepto de los mismos que se mantenga. A este respecto es muy interesante el *excursus* de GORDILLO CAÑAS que distingue entra las nociones pre o postlegal de los PGD, aunque no obstante concluye con reconocer que, afectos prácticos, PGD son sólo los extraídos de la ley, esto es, desde una visión postlegal de los mismos. Entiende que, en principio, cabe distinguir dos versiones, sustancialmente distintas, pero no excluyentes, de los PGD. Una primera, que viene determinada "por la preocupación desde las que se les concibe y por la función que se les asigna"[342]. Desde esta perspectiva, los PGD se entienden como principios naturales y estarían enraizados en la conciencia social. Serían superiores y previos a la Ley; se les "reconoce la condición de Fuente material del Derecho, absolutamente

[342] GORDILLO CAÑAS, A., "Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho", *op. cit.*, p. 493.

prioritaria o necesaria, en cuanto están llamados a integrarse en la Ley como su contenido necesario, so pena de ilegitimidad. Los principios nacen fuera del Ordenamiento y son anteriores al mismo, pero están llamados a encontrar acogida en él para la justa y legítima regulación de los conflictos sociales"[343]. La segunda versión de los PGD sitúa el centro de sus miradas en el momento de la aplicación de la Ley, esto es, en el ejercicio de la actividad judicial. En este sentido se trata de "evitar la laguna jurídica, o, más generalmente hoy, de encontrar los medios de solución que permitan la justicia en el caso concreto"[344]. Se entiende que los principios están implícitos en la Ley. Se trata, por tanto, de una visión con más apoyo, tanto legal, como doctrinal. Lejos "de captarse directamente y en bruto de las convicciones sociales, se entienden ahora –versión refinada y aristocratizante de los Principios- obra de la dogmática del Derecho"[345]. De este modo, el principio serviría para, en el momento de interpretación y aplicación de la Ley, extender el ámbito de una norma lagunosa o bien para extraer la norma aplicable de la "perspectiva sistemática", para hallar la solución justa del caso concreto. Desde este punto de vista, es difícil justificar el valor de los PGD como fuente autónoma del Derecho, función que sí les asigna el Código civil.

Como se puede observar, ambas concepciones se sitúan en momentos distintos, lo cual permite concebirlas como perfectamente compatibles. Incluso se podría pensar que son "cada una de ellas, exponentes, más que de dos mundos separados, de un *continuum*, que, arrancando de las convicciones sociales básicas, llegaría hasta las últimas y más elaboradas disposiciones normativas"[346]. Sostiene GORDILLO CAÑAS que la última versión sería suficiente en épocas de normalidad jurídica, pero en épocas de crisis y de rápida evolución sería necesario destacar de nuevo la dualidad, ya que es

---

[343] *Ibídem.*
[344] *Ibídem.*, p. 494.
[345] *Ibídem.*, pp. 494-495.
[346] *Ibídem.*, p. 496.

"entonces cuando más vivamente se comprueba la fractura entre el mundo de las convicciones sociales y el de las normas legales: no es sólo que hay normas sin conexión necesaria con un valor objetivo (...), sino que hay valores, sentidos y vividos socialmente como tales, sin traducción legal, bien por simple obsolescencia legal, bien por precipitación legislativa. A lo que debería ser pura línea de continuidad, sucede ahora la ruptura. (...) Es entonces cuando la segunda y más extendida visión de los Principios –consecuencial a la Ley- se revela insuficiente, y cuando la primera –visión pre-legal- clama por sus fueros"[347]. Esta distinción manifiesta toda su virtualidad al considerar las funciones que se atribuyen a cada uno de los tipos de PGD: información, interpretación y suplencia de la Ley y de la Costumbre. En la concepción consecuencial, ninguna de las funciones resulta problemática: los principios se obtienen de la norma legal. Así, la función informadora, que siempre es previa, carece de interés efectivo; la interpretadora, de mayor interés práctico, se realiza sin problemas a través de la interpretación lógica; y la función supletoria tampoco plantearía problemas: los "Principios serían el complemento de la Ley, sin estridencia alguna y por simple derivación o desarrollo homogéneo del contenido legal (...); el deseo de protagonismo nunca llevará a los Principios a negar la primacía de la Ley"[348]. Desde la visión pre-legal de los principios, las cosas son muy diferentes: las funciones interpretadora y supletoria discurrirían sin problemas, pero también sin interés. La función más interesante sería la informadora, que sería "una necesidad o exigencia no siempre, ni por hipótesis ni de hecho, cumplida o satisfecha. Los principios se conciben ahora como los contenidos básicos y necesarios del Derecho; en razón de ello serían *entitativamente* prioritarios a la Ley, por más que la Ley sea la fuente *formal* de primer grado o jerarquía. (...). Si hay exigencias pre-legales y necesarias de justicia, en la medida en que la Ley quiera ser norma jurídica, habrá de dar cauce formal a esas exigencias"[349].

---

[347] *Ibídem.*, p. 497.
[348] *Ibídem.*, p. 498.
[349] *Ibídem.*

Cualquier concepción del Derecho guiada por el culto a la justicia debería hacer suya esta visión pre-legal de los principios. Pero, se pregunta GORDILLO CAÑAS "¿qué efectividad puede tener esa función informadora –y sin ella, cuál la concepción prelegal de los principios- si la misma Ley que la enuncia no la provee de un cauce efectivo de operatividad? ¿No están llamadas en tal caso las afirmaciones de la prioridad entitativa de los principios a quedarse en mera afirmación retórica, o en pura declaración, tan bien intencionada como idealista, condenada fatalmente a estrellarse contra el principio de legalidad y jerarquía normativa...?"[350]. Por ello se entiende que la visión que ha prevalecido de los principios es la que los hace derivar de la Ley. Los principios que cuentan "son los del Derecho establecido, no los del Derecho entitativamente tal, por su conformidad con la justicia, independientemente de su acogida legal. Los principios, o se apoyan en la Ley y en ella encuentran siempre la barrera infranqueable a su eficacia, o tienen que actuar fuera del sistema y en contra del mismo: no hay lugar en el Ordenamiento positivo para la posible existencia y eficacia de unos principios supralegales"[351]. La construcción teórica se pliega, en este caso, a la legalidad.

En coherencia con "mi" concepto, para saber cuál es el cometido que nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, el artículo 1.4, asigna a los PGD, basta con interpretar dicho artículo. Desde mi punto de vista de tal interpretación cabe deducir dos funciones distintas. Por un lado, una función integradora[352], para colmar lagunas ("se aplicarán en defecto de ley o costumbre"), que llevarían a efecto los jueces y, en general, los órganos aplicadores del Derecho y que, en el momento presente, sería prácticamente inaplicable. Y, por otro lado, una función informadora ("sin perjuicio de su carácter

---

[350] *Ibídem.*, p. 499.

[351] *Ibídem.*, p. 501.

[352] Para JIMÉNEZ CANO la función integradora sería la más importante reconocida en el Código civil español: JIMÉNEZ CANO, R. M., "Sobre los principio generales del derecho. Especial consideración en derecho español", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1999/2000, pp. 1-18, p. 11.

informador del ordenamiento jurídico"). De esta última función pienso que cabe deducir dos "subfunciones". En primer lugar, una función interpretativa, de tal manera que el PGD se utilizará como criterio para despejar el significado del resto de las normas del ordenamiento jurídico, dirigida a los jueces y demás órganos aplicadores y, en segundo lugar, una función orientadora, del legislador en su tarea de crear normas. En un intento de sistematizar las fuentes consultadas, creo que es posible distinguir entre aquellos autores cuyas teorías sobre las funciones de los PGD pueden cohonestarse, aunque sea a grandes rasgos, con lo que establece el Código civil y los que se apartan del mismo.

1. Autores respetuosos con el Código Civil

Entre los autores que siguen el Código civil hay algunos que reproducen, sin más, lo establecido por el mismo[353]. Otros introducen algún añadido en virtud del cual su tesis se torna incompatible con la que defiendo y, por tanto, es susceptible de "mi" crítica. Es el caso de CABANILLAS GALLAS que deja constancia de que en la época codificadora los PGD se entendían como el recurso más oportuno para solventar el problema de las lagunas del derecho "que parece quedar conjurado, si no en la práctica, sí por un efecto óptico de acuerdo con la ideología del positivismo legal"[354]. La

---

[353] Para SERRANO, la tradición de cultura o, lo que es lo mismo, PGD no sólo actúan "como factor de integración, sino también –y más a menudo de lo que se piensa- como factor decisivo de interpretación: SERRANO, A. E., "Algunas consideraciones sobre las fuentes del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1973-74, Tomo XVII, pp. 293-299, p. 298. DÍEZ PICAZO señala que tras la nueva redacción dada al título preliminar del Código civil, operada por la reforma de 1974, está claro que el artículo 1.4 establece dos funciones de los PGD: informadores de todo el orden jurídico, por un lado y aplicables directamente en el supuesto de ausencia de ley o costumbre: DÍEZ PICAZO, L., "Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, julio-septiembre, 1983, pp. 1263-1268, p. 1264.

[354] CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, p. 26.

pregunta que se hace el autor es si tienen distinto alcance y significación los PGD citados como fuente subsidiaria que los citados como elementos informadores del sistema, de acuerdo con las funciones establecidas por el Código civil. A su juicio, no[355]. Ahora bien, por lo que respecta a la función informadora, los PGD no estarían sometidos a un orden jerárquico de fuentes, de tal manera que si el texto legal o consuetudinario "se encontrase en contradicción con *su* (cursiva mía) principio general, éste puede ser alegado y la decisión deberá –legalmente- reconocer su preeminencia si tal principio se estima aceptado por la convicción general de la comunidad en un momento dado. De aquí que, en este sentido y en el momento presente, casi todos los juristas aceptan la tesis del origen extrasistemático de los principios generales y los reconducen a principios valorativos o institucionales que sólo después, *a posteriori* y por obra del hallazgo que normalmente (...) se vincula al caso y a la labor judicial, penetran en la positividad"[356]. Con independencia de existir en su argumento una incoherencia ya que si habla de "su principio general", en relación con el texto legal o consuetudinario, entonces no se trata de principios extralegales, lo cierto es que no parte de un concepto de PGD ni de un origen de los mismos compatible con los que yo sostengo. Por tanto, si no acepto la existencia de PGD extrasistemáticos tampoco puedo aceptar que éstos puedan derogar disposiciones normativas o consuetudinarias que los desconozcan.

De la misma crítica puede ser objeto ARCE que alude también a las funciones interpretativa y supletoria, aunque reconoce que"hoy día la natural fuerza expansiva de la ley limita necesariamente el campo de su inmediata aplicación y les hace destacar en otras virtualidades o funciones, menos frecuentemente reconocidas en concepciones pretéritas"[357]. A juicio del autor tres son las funciones

---

[355] *Ibídem.*, p. 151.

[356] *Ibídem.*, p. 152.

[357] ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional, op. cit.*, p. 21.

que se pueden atribuir a los PGD: "fundamentadora, interpretativa y supletoria, en relación a las demás fuentes, porque así se desprende del «carácter informador» que se les atribuye"[358]. Incluye por tanto la función fundamentadora, que asigna, luego lo veremos, a los principios constitucionales que para él son, ya lo hemos visto, también PGD. Esto significa que los PGD ya no son meras fuentes supletorias, cuya aplicación necesita la doble prueba de ausencia de ley y de costumbre, como antes exigía nuestra jurisprudencia aunque de modo innecesario. Los PGD "son ahora una fuente supletoria, desde luego; pero, principalmente, una fuente material básica y primaria de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de adquirir primacía, en un puro orden jerárquico, sobre la ley y la costumbre; con virtualidad para matizarlas, con fuerza para generarlas, con potencialidad para invadirlas. Son, en definitiva, una «superfuente», por cuanto pueden ser fuente de las mismas fuentes"[359]. En la función fundamentadora que cumplen los PGD reside una enorme eficacia jurídica, no sólo en el sentido de que dirigen el ordenamiento jurídico, sino también en el sentido de que pueden ser invalidatorios o derogatorios de sus normas singulares. Para ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, no se puede infravalorar ninguna de las funciones que se atribuyen a los PGD. En primer lugar, en cuanto a la función supletoria, por mucho que el desarrollo legislativo colme casi todos los ámbitos necesarios, continúa habiendo situaciones necesitadas y carentes de regulación, en las cuales se hace necesario acudir a los PGD[360]. Es igualmente importante y actual la función interpretativa de los PGD así como la función fundamentadora. En este último sentido, tienen una virtualidad derogatoria e invalidatoria. Cabe mencionar la derogación de los antiguos artículos 42 y 86 del Código civil, reconocida por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978, "en función de los principios de libertad e

---

[358] *Ibídem.*, pp. 54-55.
[359] *Ibídem.*, p. 55.
[360] *Ibídem.*, p. 60.

igualdad plasmados constitucionalmente, que por su vigencia social y como reflejo de las convicciones sociales imperantes se van ya perfilando (...) como verdaderos principios generales del Derecho"[361]. De lo expuesto por el autor, la conclusión es que incluye entre los PGD los principios constitucionales, lo cual es incompatible con el carácter implícito que yo atribuyo a los PGD, sean inducidos o deducidos. Los principios constitucionales es cierto que cumplen esa función fundamentadora, orientadora e interpretativa, pero ello no por ser PGD sino por ser esa "superfuente" a que hace alusión ARCE. De hecho, la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado a la que hace referencia el autor no aplica los principios constitucionales como PGD sino como fuente directamente aplicable[362].

En el mismo error incurre RAMOS PASCUA que asigna también a los principios tres funciones principales y una secundaria. Las principales serían la función integradora, interpretativa y programática o directiva. La primera se ocuparía de colmar las lagunas del Derecho, solucionando los llamados «casos difíciles», esto es,

---

[361] *Ibídem.*, p. 62.

[362] El texto completo de la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (publicada en el BOE de 30 de diciembre de 1978, nº 312, p. 29439) es el siguiente: "La aprobación de la Constitución Española ha supuesto una importante innovación en el régimen hasta ahora vigente sobre la celebración del matrimonio civil. En efecto, el artículo 32.1 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y su artículo 16.2 señala que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (artículo 16.3) y de no discriminación por razón de religión (artículo 14), y llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no pueden preguntar. Atendiendo a estas consideraciones, así como al hecho de que *aquellas normas constitucionales tienen vigencia inmediata* (cursiva mía) (cfr. Artículo 53 y disposiciones derogatoria y final), esta Dirección General ha acordado declarar que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, han de entenderse modificados en el sentido indicado los artículos 42 y 86 del Código Civil, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil, y que, por lo tanto, los Jueces y Cónsules encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles a las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes".

los casos no previstos por el Derecho formulado explícitamente. La función interpretativa consiste en orientar la comprensión de las normas de significado oscuro y, por último, la función directiva o informadora orienta el desarrollo del orden jurídico y correspondería, prioritariamente, a los llamados "principios constitucionales, valores superiores o directivas programáticas, que vinculan especialmente a los legisladores inspirando y orientando su obra"[363]. La función que RAMOS PASCUA entiende como secundaria es la unificadora. Se basa ésta en que los principios "en la medida en que conforman un universo básicamente coherente de valores y objetivos, dotarían a la masa ingente de las normas jurídicas de una cierta unidad material o sustancial, es decir, de una cierta sistematicidad por virtud del contenido (...). Esa unidad permitiría en sede dogmática (y en otras sedes) organizar el material normativo presentándolo como una totalidad coherente, con un sentido y unos propósitos bien definidos"[364].

Se aparta un tanto de la visión canónica de las funciones de los PGD la administrativista BELADÍEZ ROJO ya que no le gusta distinguir entre funciones sino entre distintas manifestaciones de una única función de los PGD, la de fuente del Derecho. Así, señala que la función que desempeñan los principios "no es distinta de la que ejercen las normas propiamente dichas"[365]. Entiende que no es acertado hablar de diversas funciones de los principios "sino de distintas manifestaciones de una única función que es su función jurídica o su función como fuente del Derecho"[366]. Y es que, cuando el artículo 1.4 del Código civil establece que los principios se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, "no está regulando las funciones de los principios jurídicos, sino expresando sus diferentes ámbitos de aplicación"[367], ya que los principios como fuente del

[363] RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser", *op. cit.*, p. 272.

[364] *Ibídem.*

[365] BELADÍEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, *op. cit.*, p. 95

[366] *Ibídem.*, p. 96.

[367] *Ibídem.*

ordenamiento "no pueden cumplir una función distinta de la que cumplen las otras fuentes. Por ello, al igual que la ley o la costumbre, los principios tienen como función establecer un mandato imperativo, esto es, ordenar que se respete y se cumpla su contenido. Las diferencias que existen entre estos tipos de normas no es funcional sino estructural..."[368]. Los principios jurídicos son siempre prescripciones jurídicas "ya actúen como fundamento o criterios de interpretación de otras normas, como fuente supletoria de la ley o la costumbre o como simple mandato que obliga a actuar en el sentido del valor consagrado por el principio. Su condición prescriptiva es, por tanto, predicable de cualquiera de sus «funciones»"[369]. Los principios jurídicos son prescripciones interpretativas. Esto quiere decir que el "intérprete tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no), aquél que sea más acorde con los principios generales del Derecho"[370]; obligación que, si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea perjudicado por la incorrecta interpretación quien gozará de un "derecho subjetivo reaccional o impugnatorio que le permite recurrir para que se reconozca su derecho a que los actos jurídicos se interpreten según *ordena* esta fuente del Derecho"[371].

Para BELADÍEZ ROJO, por muy importante que pueda ser la función supletoria, los principios no sólo son fuente formal del ordenamiento cuando actúan de acuerdo con ella. Y es que si por "fuente formal del Derecho se entiende la forma o modo de exteriorización en que las prescripciones jurídicas se manifiestan (...), los principios son fuente del Derecho con independencia de «la función» que ejerzan. De otro modo se les estaría privando de esta condición en los otros supuestos en los que resultan de aplicación, lo que (...) carece totalmente de justificación"[372]. Constata también

---

[368] *Ibídem.*
[369] *Ibídem.*, p. 98.
[370] *Ibídem.*, p. 110.
[371] *Ibídem.*, p. 111.
[372] *Ibídem.*, p. 112.

la autora que en el ámbito del Derecho administrativo, el principio de legalidad va a restringir en gran medida esta función supletoria de los PGD, ya que "en la inmensa mayoría de los supuestos, la falta de regulación legal no indicará la existencia de una laguna, sino que constituirá un ámbito vedado a la Administración"[373]. Sólo podrá entenderse que existe una laguna respecto al modo de ejercer la competencia previamente otorgada por una norma atributiva de potestad[374].

La función principal de los PGD sería su "justiciabilidad directa (...); «función» en virtud de la cual se nos permitiría recurrir cualquier acto jurídico (excepto, claro está, los que tengan rango de ley formal y el principio no tenga rango constitucional) que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama"[375]. Serían casos en los que no es necesario que exista una laguna legal "como parece desprenderse de la dicción literal del artículo 1.4 del Código civil"[376], sino que los principios se aplican directamente. Éste sería el ámbito de vigencia de los principios por excelencia y no se trataría de suplir una laguna legal ya que "si es posible anular un reglamento que es contrario a un principio jurídico es porque la Administración, en la elaboración de sus productos normativos, no ha cumplido el deber de respetarlo. Aquí no existiría ninguna laguna jurídica, sino simplemente la infracción de una prescripción jurídica por el órgano que ha elaborado un Reglamento"[377]. Por tanto, en el orden administrativo y por lo que respecta al control de la administración y de sus actos, los principios jurídicos se aplican directamente no sólo en casos de laguna legal sino "siempre que sea necesario resolver conforme al valor en él contenido"[378], lo cual permite descubrir en los principios "una de las técnicas más importantes de control de la discrecionalidad administrativa,

---

[373] *Ibídem.*
[374] *Ibídem.*, p. 113.
[375] *Ibídem.*, p. 115.
[376] *Ibídem.*, p. 116.
[377] *Ibídem.*
[378] *Ibídem.*

técnica de control que, contemplada desde las funciones que tradicionalmente se les atribuye, no sería, sin embargo, encuadrable en ninguna de ellas"[379].

Y, por último, acudo de nuevo a PRIETO SANCHÍS, cuya tesis en materia de funciones comparto plenamente, aunque con alguna matización como ya he dicho al comienzo de este apartado. Reduce el autor las funciones a dos: o bien son una norma primaria que debe regular directamente un supuesto de hecho o bien una norma secundaria que dota de sentido a otra disposición normativa[380]. Como norma secundaria cumplirían la función informativa a la que se refiere el Código civil, contribuyendo a dotar de sentido a otra disposición normativa. Como norma primaria, que regula directamente un supuesto de hecho, el principio cumple una función integradora. Dice PRIETO SANCHÍS, "la técnica de los principios generales nace como un procedimiento de «autointegración» del sistema, más concretamente como el límite máximo hasta donde se suponía que podía llegar el razonamiento jurídico en presencia de una laguna, sin recurrir, claro está, ni al legislador ni al reconocimiento de un poder creador por parte del intérprete. Este es el sentido que tiene el art. 1.4º del Código civil cuando dice que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre...»"[381]. El autor hace notar la paradoja que representa esa función integradora de los principios puesto que si no hay norma positiva aplicable pero sí un principio, que es una norma válida del sistema, no existiría laguna. Por ello, "si estamos en presencia de una auténtica laguna ello debe significar que no se cuenta con ninguna norma o principio aplicable al caso; y de ahí que la función integradora remita al capítulo de los principios implícitos, es decir, de aquellos que no constituyen el significado de una disposición normativa"[382]. Para PRIETO SANCHÍS, la remisión a los principios

---

[379] *Ibídem.*
[380] PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas, op. cit.*, p. 155.
[381] *Ibídem.*, p. 159.
[382] *Ibídem.*

constituye una autorización dirigida al intérprete a fin de que cree la norma, es decir, "que fabrique la premisa mayor de su razonamiento mediante lo que hemos llamado un principio implícito, obtenido inductivamente del conjunto del material normativo, o deductivamente, a partir de un principio expreso más general"[383]. Lo que ocurre es que, una vez construido, el principio puede, a su vez, desempeñar una doble función: la de fuente en caso de laguna y la de criterio hermenéutico en caso de duda interpretativa"[384].

Del artículo 1.4 se puede deducir, con PRIETO SANCHÍS la distinción entre los principios en sí mismos, que serían normas subsidiarias, y las reglas para su interpretación. De acuerdo con el artículo 1.4, los principios se aplicarán en defecto de ley o costumbre aplicables, esto es, serían la única fuente del Derecho para solucionar el caso concreto, mientras que de la labor de informar el ordenamiento jurídico se deduce una regla de interpretación. En ambos casos se trata de normas, "aun cuando parezca tener más peso o importancia la primera de ellas, es decir, la que contempla a los principios como fuente subsidiaria; de hecho, en caso de laguna, los principios quieren presentarse como la única fuente del Derecho, mientras que en los demás supuestos el recurso a los principios se combina con otras reglas de interpretación, algunas de las cuales recoge el art. 3 del Código civil"[385].

2. Autores que se apartan o añaden algo a lo dispuesto en el Código Civil

Se trata, por lo general, de autores que identifican los PGD con el Derecho natural o, en todo caso, con una ordenación material extrasistemática. No obstante, entre éstos todavía cabe distinguir. Hay algunos autores que establecen la identificación sin más y,

---

[383] *Ibídem.*, p. 160.
[384] *Ibídem.*, p. 31.
[385] *Ibídem.*

además, encuentran en ese Derecho natural el criterio de justificación de las normas de derecho positivo. Es el caso de LARENZ que distingue dos funciones de los PGD: una positiva y otra negativa. La primera consiste en la influencia que ejercen en las sucesivas decisiones y, de esta manera, en el contenido de la regulación que tales decisiones crean. La función negativa consiste en el rechazo de los valores contrapuestos a sí mismos así como de las normas que descansan en tales valores. Si son "principios del «Derecho justo», justifican la regulación que se adecua a ellos y hacen que no sea justa la que no se concilie con ellos"[386].

Hay, en segundo lugar, un grupo de autores que parten de considerar los PGD como fundamento del ordenamiento jurídico que habría que encontrar en el Derecho natural u otra ordenación material extrasistemática, o como una especie de regla de reconocimiento que permita distinguir las reglas válidas e inválidas del sistema (esto es, como criterio de validez y no sólo como criterio de justificación). A algunos de ellos mantener esta tesis no les impide reconocer las funciones que el Código civil asigna a los PGD (suelen reconocer la interpretativa y la integradora). Por tanto, esa función fundamentadora sería un añadido. Con todo realizan, desde mi punto de vista, declaraciones un tanto abstractas o cuya operatividad práctica a mí, lo confieso, se me escapa. Frases del estilo de que los PGD "traducen la ley en vida jurídica efectiva" o que confieren unidad a las normas pues las convierten "de conjunto inorgánico en unidad vital".

En este sentido, nos encontramos con DÍAZ COUSELO, para quien dos son las funciones que cumplen los PGD, por un lado, son fundamento del Derecho positivo y, por otro, son fuente en sentido técnico, pues son norma subsidiaria cuando falta la norma expresa aplicable; incluso, para este autor, son "más radicalmente fuentes que las consideradas tradicionalmente fuentes formales"[387]. Y ello porque valen "antes que la ley, en la ley y después de la ley"[388].

---

[386] LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, op. cit.*, p. 33.
[387] DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del Derecho, op. cit.*, pp. 79-80, p. 80.
[388] *Ibídem.*, p. 83.

Las normas expresamente formuladas, sean legales o consuetudinarias, son la aplicación, desarrollo y concreción de los principios generales, aunque sólo parcialmente. Si falta la norma expresa y tampoco cabe la analogía hay que recurrir al PGD que expresa un valor vigente en la comunidad. Los PGD aparecerían en tres planos distintos: antes de la creación de la norma legislada, tal como defiende el iusnaturalismo; dentro de la creación legislativa y, por último, en la elaboración tanto doctrinal como jurisprudencial. Los PGD son el fundamento de las normas jurídico-positivas, que los desarrollan y concretan. Las normas inferiores (positivas) son la deducción de los PGD superiores.

En la misma línea DE CASTRO afirma que los PGD son mucho más que una norma subsidiaria, y sus funciones se pueden resumir en tres: "constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas"[389]. Les encomienda el esencial papel de ser la base en que descansa la organización jurídica, la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Este valor de los PGD se hace más o menos manifiesto según la época histórica: en épocas de paz y de unanimidad, su reconocimiento sólo tiene un significado teórico mientras que en los momentos de lucha o división, *cuando se oponen el Derecho natural, las normas jurídicas y las aspiraciones políticas, es esencial poner en claro el valor y, sobre, todo, la jerarquía entre los distintos principios* (cursiva mía)[390]. En cuanto a los PGD como fundamento del ordenamiento jurídico, como informadores de las normas de Derecho positivo, son ellos "los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital"[391]. Además, los PGD determinan el ámbito de lo jurídico y lo extrajurídico, cuáles son las fuentes jurídicas, su rango, el modo de interpretar las normas y el modo de completarlas. Señalan asimismo el método de interpretación de las normas y la fórmula interpreta-

---

[389] DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", *op. cit.*, p. 420.
[390] *Ibídem.*, p. 420.
[391] *Ibídem.*, p. 428.

tiva a seguir en cada caso: admitir flexibilidad o exigir rigidez en la aplicación de las normas, extender o restringir su alcance, definir los términos empleados, etc. Por último, como fuente subsidiaria, en defecto de ley o costumbre aplicables, los PGD vienen a resolver el problema de las lagunas del Derecho[392].

Por último, GARCÍA DE ENTERRÍA asigna a los PGD la función de traducir la ley en vida jurídica efectiva, evitando así que dicha conversión fuese, en realidad, fruto de la arbitrariedad del intérprete[393]. Es más, a la hora de elegir el criterio interpretativo, debe el juez, necesariamente, acudir a los principios generales, "que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento"[394]. Es necesario acudir a los PGD debido también a la decadencia actual de la ley, ya que la simple labor técnica de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del sistema general del ordenamiento exige rigurosamente , con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizados, una apelación constante a los principios generales del Derecho"[395]. Por tanto, estos autores, subrepticiamente o no, están aludiendo a los PGD como un tipo de ordenación material o sustancial, de cuya existencia parten pero no prueban, que sería el criterio de validez y/o justificación de las normas positivas y que, además y sobre todo, vendría a dar solución al déficit de justicia que trae aparejada la actual crisis de la ley. En mi opinión, una concepción tal de los PGD no sólo no soluciona el problema de la crisis de la ley sino que conduce a un debilitamiento o devaluación de los propios PGD.

---

[392] *Ibídem.*, pp. 428-429.

[393] Con estas palabras: "aquí aparecen ya los famosos principios generales del Derecho (...), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar": GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, op. cit.*, p. 20.

[394] *Ibídem.*, pp. 23-24.

[395] *Ibídem.*, p. 29.

Bibliografía citada

(A continuación se exponen solamente las obras citadas en el trabajo, ya que un listado completo de las obras de referencia de los Principios Generales del Derecho excedería, con mucho, los límites del mismo).

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Trad. Ernesto Garzón Valdés.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

BELADÍEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

BOULANGER, J., "Principes généraux du droit et droit positif », en *Le droit privé français au milieu du XX siècle*. Études offertes à Georges Ripert, Tome 1, Études générales, Droit de la familie, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, París, 1950, pp. 51-74.

CABANILLAS GALLAS, P., *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1977.

CALSAMIGLIA, A., "El derecho como integridad: Dworkin", *Working Paper* , nº 25, Barcelona, 1990, 13 pp., p. 8 (http://www.diba.es/icps/working_papers/llistat.htm).

CALSAMIGLIA, A., "El concepto de integridad en Dworkin", *DOXA*, 12, 1992, pp. 155-176.

CARRIÓ, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1970.

CLEMENTE DE DIEGO, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Reus, Madrid, 1925.

___ Prólogo a la obra de Del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, Traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 1979, 3ª ed.

DAMIÁN TRAVERSO, J., "La decisión administrativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo I, 1984, pp. 129-148.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los principios generales del Derecho", en *Derecho Civil de España*, cap. IV, Civitas, Madrid, 1984. pp. 405-438.

___ "Fuentes del Derecho e interpretación jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, 1958, 1°, pp. 235-259.

DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 1979.

DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del Derecho*, Plus Ultra, Argentina, 1971.

DÍEZ PICAZO, L., "Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, julio-septiembre, 1983, pp. 1263-1268.

___ "La doctrina de las fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, octubre-diciembre de 1984, pp. 933-952.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, trad. Marta Gustavino.

___ *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, Barcelona, 1988, trad. Claudia Ferrari.

ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, traduc. Eduardo Valentí Fiol.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho Civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.

GONZÁLEZ LAGIER, D., "Los presupuestos ontológicos del Derecho (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»)", *DOXA*, 21, 1998, pp. 369-395.

___ "De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 925-932.

GORDILLO CAÑAS, A., "Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLI, Fascículo II, Abril-Junio 1988, pp. 469-515.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., "La concepción estándar y la concepción realista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 347-361.

___ "Réplica *a Los presupuestos ontológicos del Derecho*, de Daniel González Lagier", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomos XIII-XIV, 1996-1997, pp. 911-924, p. 915. Artículo publicado también en *DOXA*, 21-I, 1998, pp. 397-410.

INIESTA DELGADO, J. J., *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003.

JIMÉNEZ CANO, R. M., "Sobre los principio generales del derecho. Especial consideración en derecho español", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1999/2000, pp. 1-18.

LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo, 1979.

LÓPEZ ARANGUREN, J. L., "Un concepto funcional del llamado Derecho natural", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1962, Tomo IX, pp. 1-8.

MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

PEIDRÓ PASTOR, I., "Lógica y Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, Tomo XII, pp. 241-287.

PEREIRA-MENAUT, G., *Tópica. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas*, Arcana Veri, Santiago de Compostela, 2001.

PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Discurso leído el día 12 de diciembre de 1993 en el acto de su recepción pública por el Ilustre Sr. D. Antonio Enrique Pérez Luño y contestación del Ilustre Sr. D. José Martínez Gijón*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

___ "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, nº 98, octubre-diciembre 1997, pp. 9-24.

PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

PRIETO SANCHÍS, L., "Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 545-553.

PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 2006, 2ª edición con estudios introductorios. Edición homenaje a D. José Puig Brutau

RAMOS PASCUA, J. A., "El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, Tomo IX, pp. 269-290.

___ "Sobre principios y normas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 533-543.

REINOSO BARBERO, F., *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Formularios de Recursos de Casación Civil, Penal, Laboral y Apelación Contencioso-Administrativa*, Dykinson, Madrid, 1987.

RODRÍGUEZ BOENTE, SONIA ESPERANZA, "Los principios generales del Derecho en la argumentación jurídica", Publicado en, Joseph Aguiló-Regla (Ed.), *ARPS (Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie), Beiheft, Nr. 110, Logic, Argumentation and Interpretation, Lógica, Argumentación e Interpretación*, Proceedings of the 22nd IVR World Congreso, Granada 2005, Volume V, 2007, pp. 107-119.

RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ TOUBES-MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.

SEGURA ORTEGA, M., "El problema de las lagunas en el derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VI, 1989, pp. 285-312.

___ *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

SERRANO, A. E., "Algunas consideraciones sobre las fuentes del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1973-74, Tomo XVII, pp. 293-299.

SERRANO VILLAFAÑE, E., "Aportación del Derecho natural al Derecho positivo", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1966, Tomo XII, pp. 297-327.

VALLET DE GOYTISOLO, J., "Las expresiones «fuentes del derecho» y «ordenamiento jurídico». Introducción a su estudio", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIV, octubre-diciembre, 1981, pp. 825-901.

VALLET DE GOYTISOLO, J., "El Prof. Federico de Castro y el Derecho natural", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVI, julio-septiembre, 1983, pp. 1685-1727.

VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975.

WROBLÈWSKI, J., *«Sentido» y «Hecho» en el Derecho*, Traducción de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.


USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

Qué son los principios generales del Derecho a los que alude el artículo 1 del Código Civil es el objetivo fundamental que persigue esta obra. Tal conceptuación exige un análisis crítico de la doctrina científico-jurídica que se ha pronunciado sobre el particular así como una aproximación a los distintos argumentos jurídicos que subyacen en la defensa de uno u otro concepto . La monografía concluye con la aportación por parte de la autora de su propia idea de principios generales del Derecho, noción ésta no original ni novedosa, pero sobradamente justificada. El estudio conceptual está complementado con el tratamiento de cuestiones como el proceso histórico que condujo a la fórmula utilizada en nuestro Código Civil; èl nuevo escenario surgido tras la Constitución Española de 1978 en materia de fuentes del Derecho; así como las clases y las funciones de los principios generales del Derecho. La obra ofrece una visión actualizada de la cuestión y elimina, o al menos acota al máximo, su «zona de penumbra», mantenida en muchos casos desde posiciones que poco o nada tienen que ver con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico sino que responden a concepciones ideológicas fácilmente identificables.

USC
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA