

## **SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL \***

**por Roberto-Marino Jiménez Cano \*\***

---

Resumen: El presente trabajo se adentra en el estudio de los principios generales del Derecho como fuente de diversos sistemas jurídicos, en concreto el español. Hace un repaso histórico sobre el significado de los principios en Derecho romano y, en especial, en la etapa de la Codificación. Describe las diferentes concepciones doctrinales que se han mantenido acerca de esta fuente del Derecho. Analiza tanto la naturaleza jurídica de la figura como sus funciones dentro del ordenamiento y sus diversas tipologías. Y, por último, acomete la cuestión de los requisitos a la hora de su aplicación judicial y aborda diferentes cuestiones controvertidas.

Palabras clave: principios generales del Derecho, principios jurídicos, Codificación del Derecho, iusnaturalismo, positivismo jurídico, aplicación judicial.

### **1) Principios jurídicos y principios generales del Derecho. Introducción.**

«El tema de la disertación —Sobre los principios generales del derecho— es harto sugestivo y sobre él se han pronunciado en abundante literatura la Filosofía y la Dogmática jurídicas; como que representa uno de los más claros y fuertes vínculos de conexión y enlace entre una y otra disciplina» escribía, en 1932, el maestro Felipe Clemente de Diego en el «Prólogo» de la primera edición española de la obra de Giorgio Del Vecchio *Los principios generales del Derecho* (Clemente De Diego, 3ª ed. 1979, p. 6).

No obstante la importancia teórica de este tema hay que afirmar que «contrasta el volumen de la discusión sobre los "principios generales" con lo limitado de su invocación por nuestras sentencias, salvo media docena de aforismos con los que de ordinario se pretende reforzar el texto legal» (Lacruz Berdejo, 2ª ed. 1.982, p. 179).

Al inicio de este trabajo se hace necesario preguntarse si la denominación «principios jurídicos» es equivalente a la de «principios generales del Derecho». Con la simple observación de las expresiones sólo encontramos una diferencia en la expresión, la de nombrarse unos como «generales» y otros no, mas ¿es suficiente esta diferencia lingüística para encontrarnos ante cosas distintas? En ambos casos hablamos de «principios» referidos al «Derecho», pero qué es un *principio*.

Etimológicamente el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa «lo antiguo» y «lo valioso» y de la

---

\* Publicado el 1 de octubre de 1999.

\*\* Confundidor y operador del canal del IRC-Hispano #abogados. Estudiante de último curso de la Licenciatura en Derecho. Universidad Complutense de Madrid (España).

raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* —tomar— y en el sustantivo *caput* —cabeza— (Sánchez de la Torre, 1993, p. 17). Tiene, entonces, un sentido histórico («lo antiguo»), un sentido axiológico («lo valioso») y un sentido ontológico («cabeza»). Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término «principio» significa, entre otros, «punto que se considera como primero en una extensión o cosa», «base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia», «causa, origen de algo», «cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes».

Damos, por tanto, los mismos significados al término «principio» tanto en la expresión «principios jurídicos» como en la de «principios generales del Derecho». La diferencia entre las expresiones, si es que la hubiere, ¿vendría entonces de la adición del término «generales»? Podría ser, empero no debemos soslayar que el mismo concepto del «Derecho» puede determinar la orientación completa de ambas frases. Lejos de entrar a definir, analizar, en definitiva, tratar el concepto del Derecho podemos referenciar el Derecho al orden natural únicamente, al positivo o a ambos a la vez. La postura que se tome puede determinar que se entienda por «principios jurídicos» una cosa distinta a «principios generales del Derecho» e incluso que haya distingo dentro de una misma expresión.

El momento histórico-jurídico clave que puede hacer pensar en un cambio o evolución del pensamiento en torno a los principios jurídicos es la etapa de la Codificación, pues «con anterioridad a los Códigos, sólo podía hablarse de *principios jurídicos*, y esto con cierta uniformidad por parte de los autores. No tenía además ningún sentido polemizar sobre el contenido de tales principios, resultado como decimos de distintos elementos, entre los que no serían menos importantes el Derecho Romano y el Derecho Natural» (Martínez-Sicluna y Sepúlveda, 1993, p. 29).

Dentro de la concepción clásica de los principios ocuparían especial preeminencia los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) donde el Derecho romano y el natural confluyen. «La tradición yusfilosófica nos aporta una serie de principios jurídicos: los *tria praecepta iuris*, donde la propia palabra *praecepta* se nos aparece como semánticamente idéntica al plural *principia*» (Sánchez de la Torre, 1993, p. 20). Los tres preceptos del Derecho son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogido posteriormente en el *Corpus iuris civilis* (D. I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 —«*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»—) y en nuestro país recogido por Raimundo de Peñafort en sus *Summa iuris* y por la Partida 3<sup>a</sup>, Título I, ley 3<sup>a</sup> llegando hasta el siglo XIX. Al respecto escribe Escriche «Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres principios generales de que nace como

de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1.º vivir honestamente, «*honeste vivere*»; 2.º. No hacer mal a otro, «*neminem laedere*»; 3.º. Dar a cada uno lo suyo, «*suum cuique tribuere*». El objeto del primero dicen, es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción. El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: "*Non omne quod licet, honestum est*". El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, "*sive in bonis, sive in fama, sive in corpore*", de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones». (Escriche, 1845, pp. 338 y 339).

No obstante, actualmente se han multiplicado las referencias a los «principios jurídicos» sin el calificativo de «generales» y sin hacer referencia a los principios del Derecho natural. Creemos que esto se debe unas veces por entender que los principios jurídicos son positivos y cosa distinta a los principios generales del Derecho, que son iusnaturalistas; otras veces por evitar una posible insinuación iusnaturalista que puede tener la expresión, aun cuando se acepte el término «generales» pero desde una visión positivista; y, en fin, para referirse a principios de contenido deontológico pero intentando desligarse del "fantasma" del Derecho natural.

Si con anterioridad a la Codificación la cuestión sobre los principios jurídicos era pacífica —pues se entendía por tales a los de Derecho romano y a los de Derecho natural— y después no ¿qué ocurrió en esta época histórica-jurídica?

## **2) Dogmas de la Codificación e intentos de resolución legislativa.**

La Codificación, como resume magistralmente el profesor Prieto Sanchís, «elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu, nunca un órgano creador de Derecho. Naturalmente, para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias. [...] Pero, a su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la

omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso» (Prieto Sanchís *et al.*, 1997, p. 335).

Estos dogmas son recogidos, de una forma u otra, por los Códigos europeos. Citemos algunos ejemplos.

El Código austríaco de 1811 previene en su art. 6 que «Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural 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 aún dudoso el caso, se decidirá, de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduradamente pesadas, según los principios jurídicos naturales». Vemos en esta disposición que, en caso de insuficiencia de ley y analogía, se hace una vocación no a los *principios generales del Derecho* sino a los principios del Derecho natural, pero no a los de Derecho romano.

La cosa parece seguir cambiando con el Código civil Albertino de 1837, seguidor del austríaco, que propugna en su art. 15 que «Cuando una cuestión no se puede decidir por la letra ni el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que decida la ley en los casos semejantes o en los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del Derecho, habida cuenta de todas las circunstancias del caso». Con la entrada en vigor, en 1865, del primer Código de la Italia unificada no cambian las cosas y su art. 3 dispone que «cuando una controversia no se puede decidir con una precisa disposición legal, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas; cuando el caso permanezca dudoso, se decidirá según los principios generales del Derecho».

Según Del Vecchio «los intérpretes contemporáneos —habla en 1920—, están de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por "principios generales del Derecho" no deben entenderse los principios del Derecho natural» y que «otras interpretaciones, según las cuales por "principios generales del Derecho" debe entenderse el Derecho romano, o el Derecho común, han sido ya refutadas muchas veces con argumentos que pueden considerarse como definitivos» (Del Vecchio, 3ª ed. 1979, p. 43). Según esta doctrina mayoritaria entre el art. 6 del Código austríaco y los arts. 15 y 3 de los Códigos italianos de 1837 y 1865 respectivamente no habría sólo un cambio de palabras (*principios jurídicos naturales* por *principios generales del Derecho*), sino también un cambio de significado. Ahora bien, para Del Vecchio «el argumento *a contrario* que parece poder derivarse de tal diferencia resulta desmentido, no sólo por la ausencia de una verdadera contradicción entre las dos fórmulas, sino, además, por el hecho de que no se

pronunciara ninguna negación del Derecho natural durante el debate que precedió a la adopción del nuevo término» (Del Vecchio, 3ª ed.1979, p. 46). Aún más, —hace notar el profesor italiano líneas más abajo— el proyecto de Código Albertino acogió la expresión de «principios de Derecho natural», que si bien fue desechada pone de relieve la intención que animaba a los autores del Código.

Para parte de la doctrina italiana con la expresión «principios generales del Derecho» se aludía a los principios generales del Derecho italiano, cosa difícil de creer para Del Vecchio pues la amplitud (general) de la fórmula no podía referirse a un sistema nacional (particular), además de encontrarse en aquel momento el Derecho italiano en formación.

EL Código italiano de 1865 fue sustituido por el de 1942 que, en su art. 12.2, señala que «Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se miran a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece todavía dudoso, se decide según principios generales del ordenamiento jurídico del Estado». «Por ello Zanobini afirmó que así se ponía fin a la tan debatida cuestión de si los principios generales debían ser entendidos como los del Derecho natural o como los del Derecho positivo. No quedaba duda de que se trataba de estos últimos» (Martínez-Sicluna y Sepúlveda, 1993, p. 33).

Por su parte, el Código civil español de 1889 señalaba en la redacción original en su art. 6, párrafo segundo, 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». En nuestra Patria, si bien la opinión no era unánime la mayor parte de la doctrina incluía entre los principios generales del Derecho a los de Derecho natural (*vid.* Castán Tobeñas, 12ª ed. 1982, pp. 492-493). Como ejemplo, De Castro señala que «la concepción jurídica española no permite separar a las normas legales de los principios religiosos y morales y de su finalidad política» (De Castro y Bravo, 2ª ed. 1949, p. 417). Por su parte, Elías de Tejada, para evitar equívocos, propuso sustituir la denominación *principios generales del Derecho* por la de «derecho natural hispánico» (Elías de Tejada, 1962). En contra de esta opinión se puede alegar que la referencia a los principios generales del Derecho en el Código civil italiano de 1865 —que sirvió de inspiración al Código español— era entendida por la doctrina mayoritaria de aquel país como principios ajenos al Derecho natural, mas el antiguo Código civil portugués de 1867 —que también influye en el Código español— menciona a «los principios de Derecho natural».

El Título Preliminar de nuestro Código fue modificado por Decreto de 31 de mayo de 1974 y derogado el art 6.2º por el actual art. 1.4º, que dispone que «Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del

ordenamiento jurídico» (este artículo es válido tanto para la rama civil del ordenamiento como para lo no regulado en el resto de las ramas pues según el art. 4.3 las disposiciones de este Código actúan como supletorias en las materias regidas en otras leyes, y es de aplicación también a los territorios con Derecho civil foral o especial según el art. 13.1). La nueva regulación no se apartaba especialmente de la anterior y tal vez tampoco el entender dentro de los principios generales del Derecho a los de Derecho natural. Así, en el Anteproyecto de 1962 de reforma del Título Preliminar del Código civil se configuraban, en su art. 1, como «aquellos que, en la esfera propia del Derecho natural o en la del Derecho positivo, informan el total ordenamiento jurídico o sean armónicos con sus directrices».

La fórmula de *principios generales del Derecho* también fue acogida (a pesar del art. 13.1 del Código civil) explícitamente por la Compilación de Aragón (entendidos como tradicionales) y la de Navarra (entendidos como de Derecho natural y como tradicionales) e implícitamente por las de Cataluña, Baleares y Galicia que invocan a su tradición jurídica respectiva. También esta fórmula ha sido tomada explícitamente por diferentes Códigos civiles Hispanoamericanos (así, el mejicano de 1928 —art. 19—, el de Perú de 1984 —art. VIII—, el de Uruguay —art. 16—, el vigente Código civil argentino —art. 16— e incluso el proyecto de Código civil argentino de 1998 —en su art. 5—) y en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que señala como fundamentos jurídicos a aplicar los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho «reconocidos por las naciones civilizadas».

Para finalizar señalar que existen también numerosas legislaciones que tienen hacia los principios generales del Derecho una postura negativa, es decir, no los reconocen como fuente del Derecho. Es el caso de los códigos civiles alemán, francés y suizo.

### **3) Concepciones doctrinales sobre los principios generales del Derecho.**

«La idea de principio ya implica, por sí misma, una notable dosis de abstracción, pero al adjetivarlo con el calificativo de *general* no estamos reiterando una misma idea, sino que vigorizamos su ya inicial significado de universalidad. La yuxtaposición, en la expresión "principio general", no será, por tanto, una redundancia, ni menos una tautología [repetición inútil y viciosa, expresando lo mismo de distintas maneras]; más bien se trata de un pleonismo [en el sentido gramatical de vocablo innecesario que da vigor a la expresión]. Y cuando esta expresión la conectamos al término *Derecho*, estamos delimitando el ámbito objetivo de referencia: *se trata de expresar aquellas proposiciones más abstractas que dan razón de, o prestan base y fundamento al Derecho*» (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 63, el texto entre

corchetes y la cursiva son nuestros), mas cómo dan base o fundamento al Derecho o, mejor, de dónde surge esa base o fundamento.

Ante el origen de los principios generales del Derecho (y prescindiendo de las concepciones que niegan su existencia) pronto se tomaron dos posturas enfrentadas, cosa que se repite en tantos y tantos aspectos de la Filosofía jurídica, la historicista —o positivista— y la filosófica —o iusnaturalista— (sobre estas denominaciones *vid.* Rodríguez Paniagua, 1987, p. 58). Así, Legaz y Lacambra hace referencia a la «dualidad doctrinal que escinde a los científicos del Derecho en dos campos, en relación con esta materia: el de los que consideran que los principios generales del Derecho son sencillamente aquellos que informan un ordenamiento jurídico dado y el de los que, por el contrario, piensan que se trata de principios filosóficos *a priori*, o sea, de una normatividad iusnaturalista» (Legaz y Lacambra, 1962, p. 51).

Según la concepción historicista si los principios generales del Derecho fueran principios de Derecho natural la vaguedad de estos principios propiciaría el arbitrio judicial y, por lo tanto, se produciría una falta de seguridad y certeza jurídicas (uno de los fines de la Codificación). Es por ello que para los positivistas los principios generales del Derecho son principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía (*analogia iuris*). Las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema si, en defecto de ley y costumbre aplicables al caso, se acude a la analogía.

Sin embargo, la concepción iusnaturalista remarca la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo y la necesidad de acudir a los principios del Derecho natural, pero para reducir la arbitrariedad judicial al mínimo los principios generales del Derecho sólo han de ser aplicados en defecto de Ley y analogía y con respeto a los expresados en el ordenamiento jurídico.

La posición filosófica (seguida en España por los civilistas Mucius Scaevola, Valverde y el iusfilósofo Recaséns Siches) o deontológica tiene tres variantes, la que desde planteamientos kantianos entienden que los principios son «razón pura», los iusnaturalistas estrictos que piensan que son principios de un Derecho natural inmutable (iusnaturalismo clásico) o cambiante, de «contenido variable» (Stammler) o «contenido progresivo» (Renard) y, por último, los que apoyan los principios generales del Derecho en la equidad (*vid.* sobre este tema Cayón Peña, 1993, pp. 145 y ss.) o en ciertos valores como la justicia, la libertad, la igualdad y la dignidad humana, principios enunciados en la Constitución española (*vid.* en parte Díez-Picazo y Arce y Flórez-Valdés, 1990, pp. 93 y ss.).

La posición historicista tiene asimismo tres vertientes, la que entiende que son principios del Derecho romano (Sánchez Román y

Reinoso Barbero), la que aboga por su creación por parte de la doctrina científica (en parte De Buen) y los que piensan que son obtenidos por inducción (abstracción o sucesivas generalizaciones) legislativa (Clemente De Diego).

También han surgido posturas más extensas y eclécticas, que recogen elementos de las anteriores doctrinas (Legaz y Lacambra desde la Filosofía jurídica y, desde el Derecho civil, Albaladejo, Bonet, De Buen, De Castro, Clemente De Diego, Puig Peña; sobre las posiciones de la doctrina civilista española del primer tercio de este siglo interesa *vid.* Ossorio Morales, 3ª ed. 1979, pp. 145 y ss.).

Aparte de estas concepciones generales podemos citar algunas definiciones de la doctrina.

Para el profesor De Castro son «las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación» (2ª. ed., p. 420).

El profesor Arce y Flórez-Valdés, siguiendo a De Castro, los define como «las 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» (1990, p.79).

Según Larenz «los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible» (1993 reim. de 1ª ed. 1985, p. 32) y los principios ético-jurídicos son «pautas orientadora de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden "justificar" decisiones jurídicas» (3ª ed., 1ª ed. en Ariel, 1994, p. 418).

#### **4) Naturaleza de los principios generales del Derecho.**

La cuestión sobre la naturaleza de los principios generales del Derecho versa sobre si estos se incardinan o no dentro de las normas jurídicas. Los principios generales del Derecho ¿son normas jurídicas o son otra cosa?

Para la mayor parte de la doctrina son normas jurídicas, si bien unos entienden que son normas más generales que las demás, otros que son normas base o normas directivas o normas indefinidas o normas indirectas (*vid.* Cabanillas Gallas, 1977, p. 27).

No obstante, para parte de la doctrina no son normas, son —por ejemplo— criterios directivos o pautas orientadoras de normación. De esta opinión son Betti, aunque «parecía sugerir, no que no fuesen normas, sino que no eran jurídicamente obligatorias o *tan* obligatorias como el resto de las normas» (Prieto Sanchís, 1997, pp. 343 y 344), Larenz, como hemos visto más arriba, «pero esta posición se explica por



una muy restrictiva idea de norma como conexión entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Si aceptamos una idea más amplia de norma como proposición sobre lo que debe ser no hay ninguna dificultad en incluir los principios de Larenz en el concepto de norma» (Prieto Sanchís, 1997, p. 344) o Villar Palasí (*vid.* Villar Palasí, 1975, p. 141).

De otro lado se ha discutido también si los principios generales del Derecho son la misma cosa que las *regulae iuris* del Derecho romano, mas éstas son explicaciones breves, formulaciones aclaratorias, de una determinada decisión jurídica sin valor de principios o normas generales (Reinoso Barbero, 1987, pp. 33 y 34), aunque «con frecuencia los principios generales del Derecho se formulan como máximas, como *regulae iuris* o como aforismos jurídicos» (Albaladejo, 12<sup>a</sup>. ed. 1991, p. 125), no teniendo nosotros mismos clara la diferenciación si es que existiera.

Martínez Muñoz, desde una óptica iusnaturalista de la cuestión y apoyándose en mucho en Dworkin, propugna la tesis de que los principios son irreductibles a normas y establece numerosas desigualdades entre ellos (válidas quizá desde la óptica de que los principios generales del Derecho son normas pero diferenciales de otros tipos de normas), de las cuales pasamos a señalar sucintamente las, a nuestro juicio, más importantes (*vid.* Martínez Muñoz, 1993, pp. 92 y ss.).

1<sup>a</sup>. *Una diferencia estructural*: los principios tienen una estructura más compleja, pues como elementos ontológicos del Derecho son fundamento originario del mismo y no presuponen nada jurídico previo, al contrario que las normas; como elementos cognoscitivos, son independientes y no se derivan unos de otros, al contrario que ocurre con las normas y, por último, «en la realización del Derecho los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas», ofreciendo «soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia».

2<sup>a</sup>. *Una diferencia funcional*: las normas funcionan como medida (*nomos*) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales, son instrumentales, los principios determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo.

3<sup>a</sup>. *Unas diferencias genéticas*: las normas proceden de en la organización estatal o social y necesitan que una autoridad determine su contenido, los principios tienen su origen en la propia naturaleza del Derecho y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el Derecho aparece.

4ª. *Unas diferencias aplicativas*: mientras que las normas se aplican o no se aplican —«las normas son aplicables a la manera de disyuntivas» (Dworkin, edición de 1993, p. 75)— y si se aplican se puede hacer de forma inmediata los principios pueden aplicarse o no aplicarse en parte y precisan concretarse a un caso concreto.

5ª. *Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación*: mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar ésta. «Llamo "principio" a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad» (Dworkin, ed. de 1993, p. 72).

6ª.- *Una diferencia de validez*: un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que sí ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra (*vid.* Dworkin, ed. de 1993, pp. 77 y 78).

7ª.- *Una diferencia justificativa*: pues las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

8ª.- *Una diferencia exegética*: los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.

## **5) Funciones de los principios generales del Derecho. Integración y lagunas jurídicas.**

De Castro hablaba antes de la reforma de 1974 de una triple función de los principios generales del Derecho, como *fundamento del orden jurídico*, *orientadores de la labor interpretativa* y *fuentes en caso de insuficiencia de ley y costumbre*. Como fundamento cumplen una función informadora: «Cuando los principios generales del Derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben ser valorados como *superfuente o fuente de las fuentes*» (Arce y Flórez-Valdés, 1990, p. 59) e indirectamente están presentes en la ley o costumbre aplicables. Como orientadores de la labor interpretativa cumplen la función de criterio interpretador de ley y costumbre y como fuente cumple una función integradora. De esta manera el Código civil español de 1889 señalaba en la redacción original en su art. 6, párrafo segundo 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» y tras la reforma de 1974 el art. 6 fue sustituido por el art. 1, que en su número 1º. dispone que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» y en su número 4.º previene que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley y costumbre, sin perjuicio de su

carácter informador del ordenamiento jurídico» (reconocer positivamente esta función informadora es, tal vez, influencia del profesor De Castro).

Este artículo «parece no dejar lugar a dudas respecto a que establece un sistema jerarquizado de las fuente del Derecho, en el que los principios generales ocupan el tercer lugar —tras la ley y la costumbre— y tienen carácter supletorio respecto a ellas. Ello ha de interpretarse así conforme a la lectura del artículo y conforme a lo que el propio legislador indicó en la Ley de Base para la modificación del Título preliminar del Código civil [base primera, números uno y tres], cuyo valor interpretativo respecto al Texto articulado resulta evidente, y de acuerdo con lo expresado en la Exposición de motivos del Decreto que sancionó el texto articulado [Decreto 1836/1974, de 31 de mayo], y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina» (Cantero Núñez, 1993, p. 66, el texto entre corchetes es nuestro). De este modo, los principios generales del Derecho no sólo se configuran como fuente supletoria de la ley, sino como fuente supletoria de segundo grado pues se aplica en defecto de ésta y también en defecto de costumbre (respecto de la que es fuente supletoria de primer grado).

Consideramos la función integradora la más importante reconocida en el Código civil español. Dijimos al inicio de este trabajo que el tema de los principios generales del Derecho se relaciona con el tema de las lagunas jurídicas y de la plenitud (o compleción) del orden jurídico. Si el Juez debe resolver en todo caso (así el art. 1.6 del Código civil español señala que «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido») pero no bajo su arbitrio debe encontrar siempre en el sistema —para que la presunción de que el orden jurídico es pleno sea válida— una norma para regular el caso y, por tanto, tiene que proporcionársele un completo sistema de fuentes. No obstante, se acepta la existencia real o posible de lagunas (ausencia de norma aplicable al caso), siendo los principios generales del Derecho, entonces, un medio de completar o de integrar el denominado «bloque de legalidad» (entendiendo por éste la ley y la costumbre). Entendemos, entonces, que el Derecho no tiene lagunas ya que dentro del término «Derecho» tendría cabida, por supuesto, el Derecho natural, la equidad, etc., ni tampoco tiene lagunas todo orden jurídico, que puede estimar como forma de integrar el sistema la analogía, bien sea una *analogia legis* o una *analogia iuris*, siendo esta última «el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede en *la analogia legis*, sino de todo el sistema o de una parte del sistema, es decir, que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho» (Bobbio, 1991, p. 248). Pueden, sin embargo, tener lagunas la ley, porque sea inicialmente imperfecta o nazcan nuevas hipótesis, y la costumbre, por no ser válida para limar la imperfección legislativa o satisfacer la nueva hipótesis no contemplada por la ley.

En fin, las posibles lagunas del bloque de legalidad se pueden integrar por el propio orden jurídico —autointegración— (v. gr. a través de la analogía o de los principios generales del Derecho en los sistemas que los admiten como fuente) o por otro sistema distinto —heterointegración— (v. gr. aplicando un Ordenamiento jurídico extranjero o los principios generales del Derecho en caso de que estos no se admitan como fuente o, incluso, por medio del Derecho natural).

## 6) Clasificación de los principios generales del Derecho.

Clasificaciones sobre los principios generales del Derecho se han dado varias, aquí señalaremos cuatro.

La clasificación que más resonancia ha tenido en nuestro país ha sido la del profesor De Castro, que diferencia entre a) los de Derecho natural; b) los principios tradicionales (de la Nación); y c) Los principios políticos (los inspirados en las ideas rectoras de carácter político).

El profesor Rodríguez Paniagua ha criticado esta clasificación de De Castro (vid. Rodríguez Paniagua, 1987, p. 66 y ss.). Contra la distinción iusnaturalista le critica no precisar a qué Derecho natural se refiere y entiende que De Castro parece referirse a la escuela católicatomista y el prototipo de los principios tomistas es «que hay que hacer el bien y evitar el mal», entendiendo que con eso no se pueda resolver mucho. En lo que respecta a los principios tradicionales Rodríguez Paniagua no llega a ver por qué es título de validez la tradición: si actualmente no son válidos la referencia a la tradición es inútil y si siguen vigentes en la actualidad por ser aceptados por la sociedad, no hace falta remitirse a la tradición. Por fin, entiende que la referencia a principios políticos puede llevar a una confusión terminológica pues ve en ellos lo que Esser denominó principios extraestatales o sociales.

Tras esta crítica Rodríguez Paniagua nos ofrece una clasificación que puede resumirse así:

1) Estatales, que, a su vez, pueden ser *expresamente formulados* en el ordenamiento jurídico estatal; *implícitos*, no están formulados pero pueden inferirse de un conjunto de normas o del conjunto del ordenamiento; *Institucionales*, «que se derivan sólo del conjunto de normas que hacen referencia a una institución y, por consiguiente, sólo a ella aplicables»; o *comunes* a todo el ordenamiento estatal:

2) Extraestatales o sociales, que pueden ser *éticos* (v. gr., la buena fe o la prohibición del abuso del Derecho) o *lógicos y científicos*, que no requieren juicios de valor, sino operaciones lógicas de adaptación de medios a fines, que se presuponen pero que no entran en cuestión.

El profesor De Buen clasificó a los principios generales del Derecho en a) aquellos inspiradores de nuestro Derecho positivo; b) los elaborados y acogidos por la ciencia del Derecho; y c) los que resulten de los imperativos de la conciencia social.

En fin, Albaladejo se limita a señalar principios positivos (los acogidos en el Derecho positivo compuesto por leyes y costumbres) y extrapositivos (los demás).

## **7) Requisitos y aplicación judicial de los principios generales del Derecho.**

Desde el momento en que es exigible la aplicación de los principios generales del Derecho ante los Tribunales (art. 1.1, 1.4 y 1.6 Cc) se hace necesario por seguridad jurídica saber qué se entiende por principios generales del Derecho. «La ley se sabe perfectamente cuál es, y la costumbre habrá de acreditarse, ¿Y los principios generales del Derecho?» (Reinoso Barbero, 1987, p. 112).

Siguiendo al profesor Reinoso Barbero (vid. 1987, p. 114 y 115) la ley no nos ofrece dato alguno, pero podemos deducir de su espíritu los siguientes requisitos:

1º.- Que el principio no contradiga ni a la ley ni a la costumbre, puede decir lo mismo pero no puede contravenirlas.

2º.- Que sea susceptible de aplicación al caso concreto. Puede aplicarse directamente en defecto de ley y costumbre o indirectamente cuando proceda aplicar ley y/o costumbre.

3º.- Que el principio sea considerado como tal principio (a la luz del Derecho romano o la tradición jurídica nacional —que en su inmensa mayor parte es Derecho romano— nos dice el profesor Reinoso Barbero). Ahora bien, si la ley no define qué es un principio cómo podemos saber cuándo estamos ante un principio, porque como hemos visto hay doctrinas para todos los gustos. La solución la encontramos en la jurisprudencia, la cual, a los requisitos vistos, añade otros dos pero con tal importancia y sustantividad que su sola presencia basta con independencia de que existan los anteriores:

1º.- De carácter material: que haya sido reconocido en sentencia del Tribunal Supremo.

2º.- De carácter procesal: citar cuáles son las sentencias en las que se recoge tal principio.

Concretemos ahora la dinámica de los principios generales del Derecho dentro del proceso judicial, para lo cual seguimos en lo fundamental al profesor Albaladejo (vid. 1991, pp. 114 y ss).

En principio, los principios generales del Derecho deberían ser aplicados por todos los Jueces y Tribunales, en cualquier instancia, directamente a falta de ley y costumbre e indirectamente (o de forma mediata) en cuanto que informan a la ley y a la costumbre. Así, los arts. 1, 1.4, 1.6 y 1.7 Código civil español y la Sentencia del Tribunal Supremo —STS— de 31 de octubre de 1914 dispone que «todo principio del Derecho lleva consigo la necesidad de su estricta observancia cuando se da el caso (ausencia de ley costumbre) del art. 6 [hoy 1] del Código civil».

Siguiendo el articulado y la sentencia citados, cuando a los Jueces y Tribunales les conste la existencia de un principio y la falta de ley y costumbre aplicable al caso deberá resolver según el principio alegado sin necesidad de probar su existencia (siempre que al juzgador le conste su existencia) o incluso aunque no haya sido alegado, ya que la «jurisprudencia es muy abundante sobre el tema de que los litigantes exponen los hechos y alegan el Derecho que creen proceda, pero que los Tribunales han de aplicar el que corresponda, sin que esta facultad quede restringida por el hecho de que el invocado por las partes no sea el adecuado» (Albaladejo García, 12<sup>a</sup>. ed.1991, p.115), citándose sólo a título de ejemplo la STS de 7 de octubre de 1987 y la STS de 21 de noviembre de 1989. Si bien, lo normal es que las partes aleguen el principio que convenga a su derecho (para evitar la posibilidad de que el juzgador no lo aplique *ex officio* por desconocimiento) y pruebe su existencia (demostrando que el bloque de legalidad lo adopta, en cuanto inspirados por aquél o, simplemente, citando sentencias que lo recojan) y su aplicabilidad al caso, esto es, aducir que se alega por venir a faltar ley y costumbre al caso, si bien para el Catedrático emérito de la Universidad Complutense no haría falta aducir que se invoca el principio a falta de ley y costumbre, puesto que el juzgador debe conocer la ley (y, por tanto, su aplicabilidad o no al caso) y la costumbre no se debe tener en cuenta mientras no se pruebe que viene al caso no si se prueba que no viene al caso (el art. 1.3, párrafo primero, del Código civil dispone que «*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*»; la cursiva es nuestra). No obstante, las sentencias del Tribunal Supremo consideradas literalmente señalan la necesidad de aducir que se recurre al principio en defecto de ley y de costumbre aplicables al caso (así, la STS de 14 de octubre de 1958, la STS de 3 de mayo de 1963 o la STS de 7 de febrero de 1964).

Por último, si bien Albaladejo estima que «lo normal» es alegar y probar su existencia más bien parece «lo necesario», pues como estima Castán «la jurisprudencia patria, restringiendo el sentido del artículo 6º. [hoy 1º.], exige que los principios del Derecho han de estar reconocidos como tales en la ley o en la doctrina legal o jurisprudencia, pues de no estar consignados así, no pueden dar lugar al recurso de casación» (Castán Tobeñas, 12<sup>a</sup>. Ed. 1982, p. 497), así la STS de 10 de diciembre

de 1894, STS de 12 de enero de 1927 y STS de 3 de diciembre de 1928 (menos rígida es la citada STS de 31 de octubre de 1914).

## 8) Conclusiones y cuestiones controvertidas.

Tras este trabajo no podemos concluir con un concepto definitivo de «principios generales del Derecho». Sólo tenemos claro que no son ni ley ni costumbre, pues se aplican en defecto de éstas. En el campo teórico y desde una postura iusnaturalista podrían ser normas de Derecho natural, desde una postura iuspositivista que no admitiría más normas que no fueran la ley o la costumbre sólo podrían ser normas implícitas obtenidas (*v. gr.* por *analogia iuris*) de normas explícitas (legales y consuetudinarias). No obstante el silencio legislativo y la variopinta doctrina no podemos obviar que si nos apoyamos, para dar un concepto, en los principios recogidos por la jurisprudencia en su inmensa mayoría son principios de Derecho romano o de la tradición jurídica nacional —inspirada en su mayor parte por el Derecho romano— (*vid.* los principios citados, la fuente de procedencia y las sentencias que los recogen en el libro de Reinoso Barbero, *infra*).

Por otro parte, admitir que el jurista es quien obtiene los principios generales (normas implícitas) de las normas explícitas es reconocer una actividad creadora por parte del mismo y no meramente cognoscitiva o descriptiva. Sería, entonces la doctrina científica fuente del Derecho a través de los principios generales del Derecho. De igual modo, al exigir la jurisprudencia que los principios estén reconocidos como tales en la doctrina jurisprudencial (o en la ley) —cosa que no indica la ley por ningún lado— erige al Tribunal Supremo como posible creador (y no únicamente intérprete y aplicador) de Derecho pues no habría más principios generales del Derecho que los enunciados por la jurisprudencia (o la ley), aunque no hubiera un total arbitrio.

Por otro lado, nótese que la frase «sin perjuicio de» del art. 1.4 del Código civil viene a reconocer un carácter informador autónomo de los principios generales del Derecho frente a la función integradora, siendo entonces siempre indirectamente aplicables aunque no se hubiera reconocido su directa aplicabilidad supletoria, convirtiéndose entonces en una *superfuente* no en un sentido jerárquico (vertical) pero sí latente (horizontal) sobre el resto de fuentes, de omnipresente apoyo jurídico para la decisión.

Para finalizar, recogemos como Castán los siguientes consejos prácticos que formula De Castro (2ª. ed. 1949, p. 431):

1º.- Que los principios generales del Derecho son alegables en todas las instancias.

2º.- Que se alegue que se cita el principio por no haber ley ni costumbre aplicable al caso.

3º.- Que se indique el origen del principio, señalando su fuente en Derecho romano o español y citando las sentencias del Tribunal Supremo que de modo directo o indirecto lo hayan reconocido.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. *Derecho civil*, tomo I, vol I. Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1991.

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

BETTI, EMILIO. *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria Generale e dogmatica)*. Milano, Ed. Giuffè, 1949.

BOBBIO, NORBERTO. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Editorial Debate, traducción de E. Rozo, 1.991.

CABANILLAS GALLAS, PÍO. "Consideraciones sobre los principios generales del Derecho". Discurso leído el 2 de mayo de 1977 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1977, citado por Martínez-Sicluna y Sepúlveda *vid. infra*.

CANTERO NÚÑEZ, ESTANISLAO. «Lugar de los principios generales del Derecho en la jerarquía de fuentes», en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 59-88.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Volumen I, Madrid, Editorial Reus, 1982 12ª ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho civil de España*. Parte General, t. I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1949 (2ª ed.).

CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. «Prólogo» a la traducción española de la obra de Giorgio Del Vecchio: *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1979 (3ª ed.).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO. *Sistema de Derecho civil*, vol. I. Madrid, Editorial Tecnos, S. A. 1986

DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Planeta-De Agostini. S. A., traducción de María Gustavino y «Ensayo sobre Dworkin» por Albert Calsamiglia, 1993.



ESCRICHE, JOAQUÍN. *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, tomo III. Madrid, 1845 (2ª ed.), pp. 51 y 52.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1984 (reimpresión de 1996).

ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO. *Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el derecho natural hispánico*, Madrid, Editorial Reus, 1962.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS. *Elementos de Derecho civil*, Tomo I, Vol. I, Parte General del Derecho civil, Barcelona, 1.982 (2ª Ed.).

LARENZ, KARL. *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, S. A., presentación y traducción de Luis Díez-Picazo, 1993 (reimp. de la 1ª ed. de 1985).

\_\_\_\_\_. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, S. A., traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, 1994 (1ª ed. en Ariel, 3ª ed. española).

LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. «Los principios generales del Derecho», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 19 (julio-diciembre 1962), citado por Rodríguez Paniagua, *vid. infra.*, p. 58.

MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO. «Principios del Derecho y normas jurídicas», en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 89-108.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, CONSUELO. «Concepto y contenido de los principios generales del Derecho», en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 25-58.

OSSORIO MORALES, JUAN. «Apéndice» a la traducción española de la obra de Giorgio Del Vecchio: *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1979 (3ª ed.).

PRIETO SANCHÍS, LUIS *et al.* *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, S. A. U., 1997.

REINOSO BARBERO, FERNANDO. *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, Editorial Dykinson, S. L., 1987.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ M.<sup>a</sup>. *Métodos para el conocimiento del Derecho*. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1987.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL. «Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica», en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas, S. L., pp. 13-24.

VECCHIO, GIORCIO DEL. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego, 1979 (3<sup>a</sup> ed.).

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. *La interpretación y lo apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid, Editorial Tecnos, S. A., 1975.