

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: ¿UN MITO JURÍDICO?

Por ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO

SUMARIO

1. EL CARÁCTER AMBIGUO Y CONTRADICTORIO DE LA EXPRESIÓN «PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO».—2. LA REVALORIZACIÓN ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS: LAS TESIS DE RONALD DWORKIN.—3. OBSERVACIONES CRÍTICAS.—4. PLURALIDAD SIGNIFICATIVA DE LOS PRINCIPIOS: LOS TIPOS O MODALIDADES DE PRINCIPIOS JURÍDICOS.—5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO MITO JURÍDICO.

1. EL CARÁCTER AMBIGUO Y CONTRADICTORIO DE LA EXPRESIÓN «PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO»

Emilio Betti aludió, al promediar nuestro siglo, a la «ripugnanza che i principi generali oppongono a una precisa formulazione...» (1949, 208; 1955, 844 ss).

Esa imprecisión puede tener su origen en la dosis de ambigüedad que tienen todas las expresiones en genitivo. Cuando decimos: *timor Romae* ¿qué queremos significar? ¿que Roma tiene temor o que se teme a Roma? (cfr. Bucno, 1995, 41 y ss. y 66 y ss.). De igual modo, hablar de «principios del derecho» puede querer aludir a que el derecho tiene principios propios, o a que los principios actúan u operan sobre el derecho, o a ambos supuestos.

Esa ambigüedad e imprecisión es la causa de que existan pocas categorías jurídicas cuya denominación sea tan opuesta a lo que significan como la expresión «principios generales del derecho». No se trata de apelar a un realismo verbal tendente a atribuir a las palabras la expresión de la esencia de las cosas. Desde premisas nominales, en función de los usos lingüísticos de las palabras, es fácil advertir la abierta disparidad entre lo que es el significado habitual de los términos y el que asumen en la categoría «principios generales del derecho».

i) El término *principio* sugiere, lo mismo en el lenguaje filosófico que en el ordinario, la idea de inicio, origen o causa de algo. «Principio», afirma Ortega y Gasset, «es aquello que en un orden dado se halla antes que otro. Si A se halla antes que B, decimos que B sigue a A y que A antecede o precede a B» (1983, 8, 66). No obstante, en el lenguaje jurídico los principios generales del derecho aparecen, las más de las veces, como las consecuencias o resultados: 1) de la actividad del legislador, quien de acuerdo con la concepción iuspositivista es quien define los principios como normas tácitas inducibles, por un proceso de abstracción y generalización, de las normas particulares del ordenamiento jurídico y es el propio legislador el que determina su papel como fuentes del derecho; 2) o de la actividad del juez, quien los establece a través de una interpretación analógica de las leyes o los descubre a partir de la naturaleza de las cosas o del derecho natural; 3) o de la doctrina, que los elucida en sus construcciones teóricas dirigidas al análisis, elaboración y sistematización de los sistemas jurídicos; 4) o se hace derivar su validez de la costumbre, es decir, del hecho reiterado de su invocación y aplicación como normas jurídicas; 5) o de las convicciones y aspiraciones morales que se manifiestan en las sociedades.

Ese rasgo «consecuencialista» de los principios se halla ya presente en sus primeras formulaciones. Conviene recordar que en el título *De regulis iuris* del *Digesto*, Paulo propone la siguiente definición: *Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat* (regla es lo que expone brevemente la cosa tal cual es). Para añadir, de inmediato: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*; es decir, el derecho no emana de la regla (principio), sino que ésta procede del derecho establecido (*Digesto*, 50,17,1). Captando certeramente ese aspecto Jaime Mans, a quien se debe una de las más útiles aportaciones sobre la función histórica de los principios y su recopilación, no dudaba en advertir que en el derecho romano los principios no son elementos apriorísticos previos al sistema jurídico, sino que cada principio constituía un «mero resumen obtenido *a posteriori*, por vía de recapitulación o síntesis, del derecho preexistente» (1979, XXXIII). No huelga llamar la atención, aunque sea marginalmente, en que el tantas veces denunciado colonialismo terminológico anglosajón incide también en el derecho. Así, el debate reglas/principios representa la transposición mimética en las culturas jurídicas romanistas de la controversia anglosajona *rules/principles*. De este modo se soslaya que el significado prístino, en la tradición jurídica romanista a la que pertenecemos, del término «regla jurídica» (*regula iuris*) es, precisamente, el de principio.

En definitiva, los principios, que ya en el medioevo fueron denominados por Raimundo Lulio, en su *Ars Magna*, «començaments de dret» (cfr. Mans, 1979, XXX-XXXI), están mucho más cerca de ser un final que un principio, por decirlo parafraseando el sugerente título de una monografía sobre la aplicación de los principios en el derecho laboral (Ojeda, 1980, 267 y ss.).

ii) Tampoco la nota de *generalidad* parece adecuada para denominar este concepto jurídico. Siguiendo la autorizada opinión de Norberto Bobbio: «i principi generali non sono tutti generali allo stesso modo, ma si dispongono su diversi piani

secondo il diverso grado di generalità». Por eso, el concepto de generalidad es relativo, «potendo la stessa norma essere considerata principio generale rispetto a norme più specifiche, e norma specifica rispetto a una norma più generale» (1994, 275).

De acuerdo con el planteamiento de Bobbio, pueden distinguirse distintos principios del derecho, considerados de menor a mayor grado de generalidad, la cual puede predicarse: 1) de un instituto; 2) de una materia; 3) de una rama del derecho; 4) o del ordenamiento jurídico. Bobbio distingue, asimismo, los principios *de* derecho, dotados de generalidad relativa a tenor de la clasificación reseñada, de los principios *del* derecho, de carácter universal dotados de una generalidad absoluta. Bobbio indica que la admisión de estos últimos es un rasgo característico de las teorías del derecho natural (1994, 275 y ss.).

Esta distinción significa que si se considera que los principios del derecho son absolutamente generales sólo habría que admitir como tales a los grandes postulados del derecho natural. Por contra, si no se acepta esta tesis habrá que aceptar que la generalidad no es un rasgo caracterizador esencial de los principios generales del derecho.

iii) Queda por discernir si la idea de *juridicidad* es un componente básico de los principios generales del derecho como su propia denominación sugiere. Aquí se hace precisa una distinción. Porque no plantea dificultad admitir el carácter jurídico de los principios *intrasistemáticos* o *autointegrativos* del ordenamiento jurídico, inducidos a través de la interpretación analógica de la legislación. Por contra, resulta también evidente el carácter no jurídico de los principios *extrasistemáticos* o *heterointegrativos*, que consisten en proyecciones sobre el derecho de la moral (*bona fides, honestun vivere, alterum non laedere...*), o de la lógica (*ad impossibilia nemo tenetur, non bis in idem, ubi maior minor cessat...*).

Esta distinción corrobora la idea inicial de estas reflexiones de que el concepto de principios generales del derecho puede significar que el derecho tiene principios, o que los principios (no jurídicos) se proyectan sobre el derecho. Y conviene indicar que son precisamente estos últimos, es decir, los principios no jurídicos que se proyectan sobre el derecho, los que han suscitado en el pasado y suscitan hoy mayor debate doctrinal y los que, sin duda, poseen mayor relevancia práctica.

De las consideraciones expuestas se desprende una consecuencia paradójica: que los principios generales del derecho son, más bien, «consecuencias particulares de disciplinas no jurídicas». Es probable que entre los conceptos y categorías jurídicos fundamentales no exista otro que evoque una imagen tan contraria a su significado real como la noción de los «principios generales del derecho». Parece que estas ambigüedades terminológicas deberían haberse traducido en la crisis y consiguiente abandono de este concepto; sin embargo, los principios generales del derecho gozan de una incuestionable actualidad, hasta el punto de haber engendrado una entera biblioteca de polémicas. Suscita perplejidad la carga paradójica de determinados artificios conceptuales de la teoría del derecho, que consienten denominar «princi-

pios generales del derecho» a entidades lingüísticas que, en sentido estricto, no son ni principios, ni generales, ni jurídicas.

2. LA REVALORIZACIÓN ACTUAL DE LOS PRINCIPIOS: LAS TESIS DE RONALD DWORKIN

No parece aventurado afirmar que la obra de Ronald Dworkin ha sido una de las que más han contribuido, en los últimos años, a reactualizar el protagonismo de los principios generales del derecho. En la teoría de las fuentes del derecho, que se desprende del pensamiento de Dworkin, ocupan un lugar privilegiado los principios. Puede, incluso, afirmarse que su revalorización de los principios constituye uno de los rasgos básicos de su construcción doctrinal y seguramente aquel que ha contribuido, en mayor medida, a la amplia difusión, pero también a la no menos amplia polémica, suscitada por sus escritos.

Según la notoria tesis de Dworkin, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (*principles*), medidas o programas políticos (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*). Dworkin denomina medidas políticas a las normas genéricas (*standards*) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los *standards* o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad. Dworkin cifra las diferencias entre estos tipos de normas en función de las circunstancias siguientes.

1) Las *policies* y los *principles* no exigen o tipifican comportamientos concretos y especificados, sino que establecen *standards* genéricos de conducta dirigidos a la consecución de fines de interés general en el caso de las primeras (por ejemplo, la medida política encaminada a disminuir el número de accidentes de automóviles), o a satisfacer exigencias éticas o postulados de la justicia en el caso de los principios (así, la máxima de que nadie puede aprovecharse de sus actos ilícitos). A diferencia de estas modalidades normativas, las *rules* o disposiciones específicas tipifican supuestos o conductas concretos y determinados a los que atribuyen consecuencias jurídicas precisas. A este tipo pertenecen las normas que, por ejemplo, condicionan la validez de un testamento a la firma de tres testigos, o la que fija el límite de velocidad máximo en una autopista en sesenta millas.

2) Las reglas tienen carácter taxativo y se aplican en la forma del «todo o nada» (*all-or-nothing*), es decir, o se aplican en su integridad o no pueden aplicarse. Si se da el caso de que concurren los supuestos de hecho tipificados deben aplicarse las consecuencias jurídicas previstas, en otro caso no aportan ninguna solución. A diferencia de las reglas los principios (en sentido amplio, esto es, englobando en el término a *policies* y los *principles*) más que consecuencias precisas enuncian motivos para decidir en un determinado sentido, pero sin obligar a adoptar una única decisión concreta.

3) A su vez, los principios pueden conjugarse con otros principios que maticen su alcance. También se da una jerarquía de importancia entre los principios que determinan el que no todos posean el mismo peso específico. Por ello, cuando se produce un conflicto entre distintos principios que pueden aplicarse para la resolución de un supuesto, se deberá ponderar su respectiva importancia, así como su grado de adecuación al caso que debe resolverse. Estas características no concurren en las reglas, que no admiten, en opinión de Dworkin, que su sentido pueda ser matizado por otras normas, ni la existencia de diferencias de importancia o peso específico entre ellas, sino que su aplicación depende exclusivamente de su pertinencia para ser aplicada al caso controvertido. En este punto discrepo de la tesis de Ronald Dworkin ya que desconoce la posibilidad de una interpretación sistemática de la Constitución en la que las distintas normas constitucionales reciben su sentido no sólo de su adecuación a lo postulado por los valores y principios fundamentales, sino también por su posibilidad de conjugarse con otras normas específicas constitucionales que contribuyen a elucidar el sentido lógico y objetivo del texto fundamental en su conjunto. De otro lado, la tipología jerárquica de las normas constitucionales, aunque tiende a identificar las normas finales o permanentes con los valores o principios superiores, no excluye la existencia de normas específicas de carácter finalista (tal es el supuesto de numerosas normas de rango constitucional que formulan el estatuto de los derechos fundamentales en términos analíticos y precisos). Lo que prueba que también pueden producirse diferencias de importancia o peso específico entre las normas analíticas o casuísticas.

4) Dworkin se refiere al *test* del origen o *pedigree* de las normas como otro de los criterios utilizables para distinguir los principios de las normas legales. Así, mientras una norma específica se considera válida si satisface las condiciones establecidas por la norma fundamental o de reconocimiento del sistema jurídico, es decir, la validez de las normas específicas se hace depender de su conformidad con los procedimientos formales que en cada ordenamiento regulan el sistema de producción jurídica (proceso, que como se ha indicado, denomina Dworkin *test* del *pedigree*); los principios extraen su validez de su contenido en cuanto sea acorde con los intereses colectivos, en el caso de las *policies*, o con las exigencias de la moral institucional y de la justicia en el de los *principles*. Esta ingeniosa explicación de Dworkin resulta muy útil para evidenciar el significado material que tiende a revestir el criterio de identificación de los valores y principios, aunque sobre ellos también puede incidir el criterio de validez formal, en la medida en que pueden haber sido positivizados por el propio ordenamiento jurídico, tal ocurre, por ejemplo, con los principios constitucionales, los contenidos en los preámbulos legislativos, o los que se derivan de la tradición de precedentes judiciales. Además, estimo que la tesis de Dworkin debe ser matizada en el sentido de que también los valores y principios pueden hallarse sometidos a un peculiar *test* de *pedigree*, ya que, en muchas ocasiones, se hace depender la validez de su contenido de su adecuación a un determinado orden o sistema axiológico (derecho natural, derechos humanos universales supra-positivos, *ethos* social...). En todo caso, para Dworkin, los principios responden a

una estructura *horizontal*, coexisten, evolucionan e interactúan en relaciones de coordinación, frente a la estructura *jerárquica* de las reglas que derivan su rango de las instituciones de las que proceden. Afirmación que choca con la práctica propia de los tribunales, especialmente en la jurisdicción constitucional, de establecer jerarquías de principios en función del sistema de valores de cada ordenamiento jurídico.

5) Por último, a diferencia de las reglas, que pueden reconocerse a través de criterios formales o inferencias lógicas, la identificación de los principios requiere un proceso argumentativo, es decir, no obedecen a una apreciación mecánica, pero tampoco pueden ser fruto de una decisión arbitraria. Los principios son el resultado de juicios poderados y buenas razones que evidencian, por su conexión con la tradición institucional, con el sistema normativo y con las pautas y valoraciones morales institucionalizadas de una comunidad, su idoneidad para justificar las reglas o instituciones de su sistema jurídico. Al propio tiempo, los principios se manifiestan como cauces argumentativos que fundamentan soluciones para los casos jurídicos, especialmente a los más difíciles, basadas en un esquema coherente de justicia, que se deriva argumentando a partir de esos criterios normativos y morales institucionalizados (Dworkin, 1978, 22 y ss.; 39 y ss. y 71 y ss.; 1985, 33 y ss. y 72 y ss.; 1986, 179 y ss.; 213 y ss. y 404 y ss.).

La «teoría de la integridad», que es la concepción del derecho auspiciada por Dworkin, conduce, en definitiva, a otorgar una prioridad incuestionable a los principios. Son los principios, en cuanto entrañan los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del derecho.

3. OBSERVACIONES CRÍTICAS

La teoría de la integridad constituye el soporte teórico de la concepción de las fuentes que se desprende de la obra de Dworkin. Esa concepción aporta, como uno de sus rasgos más peculiares, al que ya tuve ocasión de aludir *supra*, el de la tesis de la hegemonía de los principios en el sistema de normas jurídicas. Ahora bien, la centralidad que los principios asumen en el pensamiento de Ronald Dworkin no se corresponde con el esfuerzo por explicitar su *concepto y modalidades*. Predominan en el tratamiento dworkiano las referencias a la importancia de los principios, a su conexión con la moral, a su diferencia de las reglas, o las alusiones casuísticas al papel de determinados principios en la jurisprudencia norteamericana. Dworkin deja numerosos cabos sueltos en lo tocante a la caracterización de los principios y encubre en la penumbra importantes cuestiones que inciden de lleno en la pluralidad de sus funciones.

La primera imprecisión con que se encuentra la exégesis de este sector de la obra dworkiana es la de la carencia de un *criterio delimitador* de los valores, los principios

y los derechos fundamentales. De esta forma, abundan en los trabajos de Dworkin juicios sobre los principios que, en realidad, deberían referirse a los valores constitucionales o a los valores ético-políticos del ordenamiento jurídico. La subsunción de los valores en los principios es fuente de equívocos y, asimismo, lo es la circularidad viciosa que en Dworkin se establece entre principios y derechos: los principios se remiten para delimitar su contenido a los derechos, y éstos constituyen la explicitación de principios. Tampoco contribuye a clarificar el *status* significativo de los principios su distinción respecto de las medidas o programas políticos para el bienestar comunitario (*policies*). Precisamente en el Estado social del derecho algunos de los principios constitucionales básicos corresponden a lo que Dworkin reputa *policies*. Baste recordar el principio de garantía real del disfrute de la libertad e igualdad expresado en los artículos 3.2 y 9.2 de las Constituciones italiana y española. Este principio de paridad social reposa en exigencias de imparcialidad y justicia material tan sólidas como puedan serlo las que legitiman a los principios vinculados a las libertades individuales.

La falta de precisión del lenguaje dworkiano sobre los principios se hace evidente cuando se comprueba que utiliza esa noción para aludir a fenómenos jurídicos de muy diverso signo; sin manifestar consciencia expresa de esa diversidad. En la teoría de Dworkin, los principios significan, según los casos, cosas tan diferentes como: pautas metodológicas para conducir la argumentación judicial hacia la solución correcta (Dworkin, 1978, 86 y ss.; 1985, 313 y ss. cfr., Regan, 1978-79, 1213 y ss.); fuentes jurídicas para colmar las lagunas (Dworkin, 1978, 31 y ss. y 81 y ss.; 1985, 75 y ss.; 1986, 255 y ss. cfr. Guastini, 1983, 449 y ss.); y como postulados morales que inspiran el orden jurídico y permiten expulsar de su ámbito a las normas incompatibles con ellos (1978, 22 y ss.; 46 y ss. y 131 y ss.; 1985, 75 y ss.; 1986, 244 y ss. y 345 y ss. cfr. Coleman, 1980, 377 y ss.).

Llama la atención que Dworkin, uno de cuyos rasgos teóricos más característicos es su constante tendencia por innovar marcos teóricos, categorías y clasificaciones, no haya hecho uso de esa habilidad en un aspecto nuclear de su pensamiento como es el que concierne a los principios. He indicado (Pérez Luño, 1993a, 22 y ss.; 1993b, 115 y ss.), que esa habilidad por proponer conceptos y clasificaciones nuevas es producto de una metodología discursiva que se ha revelado enormemente eficaz con respecto a sus críticos. Admira la habilidad argumentativa con la que Dworkin se zafa de las objeciones que han pretendido impugnar sus tesis. Se observa que, en algunos de esos lances polémicos, las refutaciones contra la teoría de Dworkin son fácilmente desvirtuadas con el recurso a unas diestras dilucidaciones terminológicas, que convierten en malentendidos lo que parecían críticas de fondo y determinan que éstas apenas hagan mella en la teoría dworkiana. Así, lo que en principio parecía un duelo intelectual definitivo se convierte en una escaramuza verbal de la que las doctrinas de Dworkin salen más vivas que nunca. Todo ello se debe a que Dworkin es un consumado maestro en la técnica conceptual de escamotear las objeciones en función de ese aparato de conceptos, concepciones, distinciones, subdistinciones y etiquetas en las que apoya su dialéctica. Por eso, su teoría resulta inconfutable,

aunque sea al precio de una pródiga dosis de logomaquia. En el terreno literario y mitológico, del que tanto gusta extraer sus metáforas Dworkin, no sería aventurado conjeturar que su teoría recuerda a Hidra; la mítica serpiente marina de Lerna, cuyas nueve cabezas tenían la facultad de engendrar dos nuevas por cada una que se le cortaba. Sabemos por la mitología que fue, precisamente, Hércules quien consagró su segundo trabajo a abatir a ese monstruo. Por transposición mitológica concluiré augurando que el otro Hércules, ese juez-filósofo oráculo del derecho correcto, sea capaz de desbaratar, en el sentido de reducir a categorías precisas y unívocas, la «Hidra» conceptual de clasificaciones y etiquetas de la teoría dworkiana.

El silencio de Dworkin, que cabe conjeturar si obedece a una actitud deliberada o a olvido, sobre una clasificación explícita de los principios, contrasta con la inquietud suscitada por este aspecto de las fuentes jurídicas en la Teoría del derecho contemporánea. Desde la célebre obra de Josef Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, en la que se toma en consideración la pluralidad significativa y funcional de los principios (1974, 50 y ss. y 244 y ss.). El tema ha sido también objeto de la consideración de Norberto Bobbio, que ha trazado una interesante tipología, en la que se clasifican los principios jurídicos en atención a su sentido material, su ámbito de validez, su fuente, su función... (1994, 273 y ss.). Genaro Carrió, sin pretensiones de exhaustividad, ha llegado a distinguir hasta once significados o acepciones distintas del término «principios del derecho» (1970, 26 y ss.). Asimismo, Ricardo Guastini insiste en la diversidad de motivos y/o planos desde los que se realiza la caracterización de los principios: generalidad, vaguedad, carácter programático, jerarquía normativa, dimensión estructural y funcional, y relevancia para la hermenéutica y aplicación del derecho (1990, 129 y ss.). En la doctrina española debe aludirse al estudio elaborado por Luis Prieto Sanchís, en el que se clasifican los principios como explícitos, implícitos y extrasistemáticos (1992, 129 y ss.; *vid.* también, 1997, 34 y ss.).

4. PLURALIDAD SIGNIFICATIVA DE LOS PRINCIPIOS: LOS TIPOS O MODALIDADES DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Norberto Bobbio advirtió certeramente que los principios generales del derecho, más que un concepto específico entraña «una famiglia numerosa e piuttosto eterogenea di concetti»; y explicando esta afirmación indicará que los principios generales del derecho no constituyen una categoría simple y unitaria, más bien, «con questa espressione si intendono spesso cose molto diverse, anche se non sempre ce ne rendiamo conto» (1994, 263 y 273).

Por mi parte, he intentado reconducir la variedad de esos enfoques y criterios taxonómicos en función de una clasificación tripartita (1993a, 39 y ss.; 1995a, 289 y ss.):

1) En una primera acepción los principios del derecho actúan como *metanormas*. Se trata de lo que puede considerarse como su significado *metodológico* en el

que aparecen entendidos como *principia cognoscendi*, es decir, como reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas. En este sentido, el Código civil español se refiere al «carácter informador del ordenamiento jurídico» que cumplen los principios generales del derecho (art. 1.4). A través de este uso lingüístico los principios se consideran jurídicos por referirse al derecho, por suministrar una base lógica o técnico-formal que contribuye a la comprensión y aplicación de las normas de primer grado. Junto a esta acepción de los principios del derecho como metanormas tiene también un significado metodológico la concepción de los principios del derecho como *ratio legis* o *mens legis* de las normas, o sea, como la finalidad, objetivo o *policy* perseguido por las normas y que deben orientar su interpretación teleológica y evolutiva.

2) En otras ocasiones, la expresión «principios del derecho» tiene un sentido primordialmente *ontológico*, como *principia essendi* a los que remite el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas. Así, el Código civil al establecer el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español incluye expresamente a los principios generales del derecho (art. 1.1), al tiempo que puntualiza que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre...» (art. 1.4).

Conviene advertir que en esta acepción la juridicidad de los principios obedece a su propia condición de elementos o partes integrantes del ordenamiento, que se refiere a ellos de forma *expresa* (así, por ejemplo, cuando la Constitución española explícitamente proclama que «garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas...» (art. 9.3); o cuando el Código civil apela al principio de la buena fe (art. 1.258); o establece la obligación de reparar el daño causado por culpa civil extracontractual (art. 1.902), etc.); 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.

También poseen un sentido ontológico aquellos principios que los operadores jurídicos pueden inducir por abstracción y generalización a partir del sistema de las normas positivas; así como las máximas, aforismos o brocados de la tradición jurídica; las fuentes misteriosas a las que, en ocasiones, se atribuye la génesis del derecho a través de la historia; los principios políticos inspiradores del sistema jurídico; o las categorías formales de la dogmática que expresan la naturaleza jurídica o esencia de los conceptos jurídicos fundamentales.

No es ocioso aclarar que la dimensión ontológica de los principios se predica aquí respecto a su función, en cuanto manifestaciones del «ser» del derecho; es decir, en su condición de elementos integrantes del sistema de fuentes normativas. Esto nada tiene que ver con la tesis doctrinal, que ha tenido en Dworkin uno de sus más caracterizados defensores actuales, tendente a establecer una diferencia ontológica entre los principios y otras fuentes normativas a partir del carácter esencialmente principal de determinadas categorías o conceptos. A esa pretensión se debe oponer la experiencia de numerosos ordenamientos jurídicos en los que una misma categoría o concepto puede asumir, según el sistema y contexto de su positivación, el carácter

de un valor, un principio o una disposición analítica y específica. En algunos trabajos he tratado de mostrar que en la Constitución española de 1978, la *paz* aparece reconocida como un valor (Preámbulo), como un principio (art. 10.1) y como una disposición específica (art. 63.3); la *igualdad* ha sido constitucionalizada como valor superior del ordenamiento (art. 1.1), como principio (9.2) y como un derecho fundamental (art. 14); asimismo, la *seguridad jurídica* aparece en el texto constitucional como un valor (Preámbulo), como un principio (art. 9.3) y como un derecho de los ciudadanos (arts. 17.1, 24, 25.1 y 51.1)... (cfr. Pérez Luño, 1987, 133 y ss.; 1994, 37 y ss.; 1995a, 501 y ss.). Por tanto, hay que descartar la posibilidad de que existan unos conceptos o categorías jurídicas que necesariamente, *per se*, tengan la condición de principios jurídicos.

3) Por último, los principios generales del derecho pueden entenderse también, en su dimensión *axiológica*, como los *prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico. En esta acepción lingüística se entiende que los principios son jurídicos porque el derecho se remite a ellos como término o canon de aspiración (así, cuando las normas apelan a principios que expresan las exigencias básicas de los valores de la justicia, el bien común, la moralidad, o el *ethos* social); o bien porque se considera que deben ser parte integrante del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho (es el caso de los principios de la generalidad de las normas, de su claridad, de su irretroactividad, de su coherencia y posibilidad de cumplimiento, es decir, los requisitos de la seguridad jurídica) (cfr. Pérez Luño, 1994, 30 y ss.).

La pluralidad significativa que asumen los principios generales del derecho responde, en gran medida, a la tradicional controversia que se ha suscitado sobre su alcance entre las distintas escuelas y concepciones jurídicas, que han tendido a poner el acento sobre alguna de sus acepciones. El positivismo jurídico, en su versión normativista, ha tendido a enfatizar la identificación de los principios generales con las reglas inducidas del propio sistema normativo; mientras que algunas de sus orientaciones dogmáticas y la jurisprudencia de conceptos conciben a los principios como aquellas categorías formales que resumen la quintaesencia de los conceptos jurídicos fundamentales. Para la Escuela histórica los principios jurídicos representaron preferentemente las fuentes tradicionales generadoras del derecho. En tanto que las diversas posturas iusnaturalistas han coincidido en potenciar la concepción axiológica de los principios. Es evidente, sin embargo, que estas tres dimensiones de consideración de los principios jurídicos no deben ser entendidas como compartimentos estancos. Baste tener presente que son muy numerosos los principios que pueden operar simultánea o sucesivamente, a tenor de las circunstancias y el contexto que determinan su aplicación, como criterios hermenéuticos, como fuentes normativas, o como pautas de valoración (piénsese, por ejemplo, en la variedad de funciones que puede cumplir el principio de la buena fe).

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO MITO JURÍDICO

En la voz *Mitologia giuridica* de sus *Frammenti di un dizionario giuridico*, Santi Romano aludía a la existencia de toda una mitología que bien puede calificarse de jurídica y, desde ese punto de vista, entendía que podían valorarse útilmente una serie de opiniones y de principios que, con frecuencia, se toman en consideración desde otros aspectos (1983, 126; sobre la función jurídico-política de los mitos, *vid.*, por todos, García Pelayo, 1991, I, 907 y ss. y II, 1033 y ss.). El propio Romano definía el mito como: «un universale fantastico, cioè non ragionato, che nasce dal bisogno di intendere ciò che non si intende e di esprimerlo con immagini, non potendo con termini propri» (1983, 127-128); e invocaba la autorizada opinión de Croce para explicar que el mito es un concepto que quiere ser imagen y una imagen que quiere ser concepto, implica, por tanto, una contradicción: «un'impotenza potente» (1983, 128). Romano aludirá también a la tendencia propia de los mitos a imaginar entes que no existen y a dar vida a cosas inanimadas o a simples abstracciones (1983, 132). Conviene advertir que Santi Romano no incluía a los principios generales del derecho como una manifestación de su mitología jurídica, refiriéndose expresamente como ejemplo de mitos jurídicos a la soberanía popular, la personalidad del Estado, la representación política... Para Romano los principios generales del derecho son uno de los fenómenos jurídicos que conforman la categoría del *ius involuntarium*, por contraposición al *ius voluntarium*, o sea, el derecho positivo expresión de la voluntad estatal y formulado a través de las normas legales. Ese *ius involuntarium* se halla integrado por normas o principios que constituyen una fuente originaria, autónoma, inmediata, informal y natural del derecho. En función de esa tesis los principios generales del derecho serán, para Santi Romano, aquellos que no han sido formalmente declarados en el derecho escrito, ni son implícitos a él, sino que se desprenden de la estructura esencial de las instituciones en las que tales principios se concretan, y se podría incluso afirmar que proceden de la propia existencia de tales instituciones (1946, 90 y ss.; 1983, 66 y ss.). No es ocioso recordar que, en opinión de Norberto Bobbio, la teoría del *ius involuntarium*, entendido como válido por sí mismo con independencia del cualquier fuente reconocida o delegada de producción jurídica, «è una reintegrazione dell'eterno diritto naturale» (1994, 273).

Entiendo, a partir de las consideraciones precedentes, que no debería reputarse aventurado incluir a los principios generales del derecho como una manifestación evidente de la mitología jurídica. En efecto, en los principios concurren dos de las 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.

1') Los principios generales del derecho en los sistemas jurídicos modernos han permitido «explicar» que, pese a la eventual insuficiencia o laguna de las leyes y descartado el arbitrio del juez, existen unos medios para garantizar la plenitud del

ordenamiento jurídico. Esos medios son, precisamente, los principios generales del derecho.

El carácter mítico de ese planteamiento se evidencia cuando, de un lado, se advierte que las leyes pueden tener lagunas y que los jueces representan —según la célebre imagen de Montesquieu— la boca que expresa las palabras de la ley sin que puedan crear derecho y, al propio tiempo, se afirma que el ordenamiento jurídico, concebido como un conjunto de leyes, es un sistema completo y autosuficiente capaz de resolver todos los conflictos con trascendencia jurídica que surjan en su seno. Para tratar de explicar esta contradicción se recurre al mito de los principios generales del derecho. Gracias a ese mito 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.

2') Los principios generales del derecho participan también de la otra característica de los mitos, es decir, forjan imágenes inexistentes o meras abstracciones. No escapa a la observación más superficial que el lenguaje de los principios jurídicos es un lenguaje de referencias constantes e inevitables a otras fuentes del derecho. En el derecho romano, así como en el medieval y moderno, los principios se conciben como el resultado de la elaboración de la doctrina científica o de la práctica de la jurisprudencia. Para la Escuela histórica la validez de los principios procede de su decantación a través de los tiempos hasta el punto de que su significado termina por confundirse con la costumbre. Tras la etapa codificadora, y la subsiguiente difusión del positivismo jurídico, prevalecerá la concepción de los principios como normas generales tácitas del propio ordenamiento jurídico, que pueden identificarse mediante un proceso de inducción a partir de las leyes particulares. La concepción positivista de los principios se enfrentó con un doble escollo: porque, si los principios generales del derecho consisten en procesos discursivos tendentes a extender las consecuencias previstas en las leyes a otros supuestos no contemplados en ellas, en nada se diferencian de la analogía y, por tanto, resultan superfluos (cfr. Baratta, 1962, I, 569 y ss.). Además, a tenor de la célebre crítica de Giorgio Del Vecchio, la concepción positivista de los principios supone, en definitiva, duplicar el papel de la ley como fuente del derecho, que lo sería de forma directa y expresa y de forma indirecta y tácita a través de los principios generales del derecho entendidos como meras generalizaciones de la propia ley (1921). Como es notorio, Del Vecchio proponía superar la tesis positivista proponiendo concebir los principios del derecho como principios del derecho natural.

Conviene recordar que uno de los primeros textos normativos en acoger los principios, el Código civil austriaco de 1811, los formula como «principios del derecho natural» (*natürliche Rechtsgrundsätze*) (art. 7). Si bien, la orientación general de movimiento codificador durante el siglo XIX y a lo largo del nuestro ha sido la de utilizar la expresión de «principios generales del derecho» o, acentuando su significado positivo, como es el caso del Código civil italiano, de «*principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato*» (art. 12). En todo caso, la consideración de

los principios generales del derecho como derecho natural ha tenido prolongación en aquellas tesis que los identifican con «la naturaleza de las cosas», la equidad natural, el derecho involuntario, los principios de la moral... Esta última acepción ha gozado de un amplio eco en la doctrina, del que son ejemplo desde la idea de Hermann Heller, que expresamente aludía a unos *ethischen Rechtsgrundsätze* (1928, 119), hasta la concepción defendida en el presente por Ronald Dworkin.

Respecto a la teoría que concibe los principios generales del derecho como principios morales radicados en la judicatura y que actúan como bisagra entre la moral y el derecho, ha indicado Vittorio Frosini, que constituyen lo que suele denominarse «espíritu de la ley» (1994, 145, *vid.*, también, 1973, 99 y ss.). En opinión de Frosini, frente al modelo formalista de interpretación jurídica cifrado en la letra de la ley y basado en reglas controlables de conexión lógica y coherencia semántica, se ha opuesto el procedimiento interpretativo fundado en el espíritu de la ley y expresado a través de los principios. Para evitar las tradicionales polémicas entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas de los principios, Frosini propone entender los principios como los derechos humanos viejos y nuevos, en cuanto conformes a la naturaleza y la razón humana, que representan el fundamento del espíritu de la leyes (1994, 146-147).

Ahora bien, lo mismo las tesis que defienden en carácter intrasistemático y autointegrativo de los principios en clave iuspositivista, que las que desde premisas más o menos próximas al iusnaturalismo sitúan a los principios en el ámbito extra-sistemático y heterointegrativo del ordenamiento jurídico, que las doctrinas que intentan superar esta controversia considerando a los principios como derechos humanos, implícitamente están negando la autonomía de este concepto. Del análisis de estas tesis 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 también como equidad, naturaleza de las cosas o moral jurídica), o los derechos humanos. No faltan tampoco concepciones de los principios generales del derecho que los reputan el producto de la interacción simultánea o sucesiva de varias fuentes normativas. Así, por ejemplo, para Vittorio Frosini los principios son el resultado de la elaboración doctrinal y jurisprudencial de los derechos humanos (1994, 142 y ss.).

En definitiva, el análisis de los actuales debates doctrinales lleva a concluir que los principios generales del derecho constituyen un «ente que no existe», o una realidad puramente abstracta, a tenor de la segunda acepción del mito a la que se tuvo ocasión de aludir. Por tanto, los principios representan un ejemplo evidente de mitos jurídicos.

Cabría objetar a la tesis aquí expuesta que la falta de realidad y sustantividad propia de los principios puede predicarse respecto a sus modalidades ontológica y axiológica, pero que no sería válida respecto a los principios metodológicos. La consideración de los principios como *normas de segundo grado*, que indican cómo deben interpretarse las normas de primer grado (Carrió, 1970); o como *mandatos de optimización* (*Optimierungsgebote*), que pueden ser cumplidos en diferente grado a

tenor de las posibilidades reales y jurídicas (Alexy, 1979, 62 y ss.; 1985, 16 y ss.; 1986, 75 y ss.), vendría a avalar la significación autónoma de los principios. No obstante, también aquí resulta discutible la autonomía de los principios, que quedan relegados a meros métodos o pautas interpretativos: sea de carácter *lógico*, tendentes a garantizar la corrección formal del sistema jurídico (coherencia, jéararquía normativa...); o *teleológico*, encaminados a maximizar el logro de determinados valores éticos o políticos (*favor libertatis*, legalidad, seguridad jurídica...).

No es propósito de esta reflexión ignorar la contribución de determinados empeños doctrinales por precisar el papel de los principios generales del derecho en el marco de la ciencia jurídica actual. Las tesis revalorizadoras de los principios debidas a Dworkin constituyen un buen ejemplo de esas contribuciones. Tampoco sería lícito omitir la centralidad que se otorga a los principios como fuentes básicas de ese auspiciado «Derecho Constitucional Común Europeo» (DCCE). Dicha expresión ha sido acuñada por el Profesor Peter Häberle, Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Público en las Universidades de Bayreuth y St. Gallen. El DCCE se halla integrado por «un conjunto de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no». Dichos «principios comunes» proceden de las constituciones de los Estados de derecho europeos, del derecho constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del «derecho europeo» surgido de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa. Esos principios integradores del DCCE están destinados a cumplir en el ámbito del derecho público un papel análogo al desempeñado por el *ius commune* como fundamento de las instituciones del derecho privado; conformándose como un auténtico *ius commune constitutionale* (1994; 1996; cfr. Pérez Luño, 1995b).

Estas y otras posturas, que cabría exponer en una consideración más detenida en pormenores, evidencian la fortuna actual del concepto de los principios generales del derecho, pero esa actualidad estimo que no invalida su condición de mitos jurídicos. Advertía Santi Romano, en su ya reseñado estudio sobre la mitología jurídica, que los mitos jurídicos no poseen el carácter meramente negativo de un conjunto de concepciones fantásticas y, por ello, dañosas o peligrosas. En ocasiones, el mito jurídico surge para dar respuesta a necesidades prácticas, de las que no siempre se tiene clara consciencia, de intuiciones nebulosas que, no obstante, poseen elementos de verdad, de instintos oscuros, pero profundos. En estos casos, «il mito, che non è realtà, ed è anzi l'opposto della realtà, può segnare il principio di un cammino che conduce alla realtà non solo scoprendola, ma addirittura creandola» (1983, 133-134).

Los principios generales del derecho son un mito jurídico, pero un mito que responde 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 las fuentes del derecho. Gracias a esa pretendida fuente normativa los tribunales, aun en defecto de ley y costumbre, podrán recurrir a esos imaginarios «principios generales del derecho» susceptibles de dar respuesta

jurídica a todos los conflictos que puedan surgir en el seno de los sistemas jurídicos. Al propio tiempo, y para tranquilidad de la seguridad jurídica, el recurso a los principios crea la ilusión de que así se evitan los riesgos e incertidumbres que comporta siempre el reconocimiento del arbitrio judicial, de la función normativa de la doctrina científica, o de la apelación a las distintas versiones del derecho natural.

Al iniciar estas consideraciones denunciaba el carácter ambiguo y contradictorio de la expresión «principios generales del derecho». Esa ambigüedad y contradicción no son sólo terminológicas; el propósito de estas reflexiones ha sido mostrar que afectan también plenamente a la estructura y función de este concepto. Los principios generales del derecho 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R.: «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en *Rechtstheorie*, núm. 1, 1979.
 — «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 25, 1985.
 — *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986. (trad. cast. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993).
- BARATTA, A.: «Note in tema di analogia giuridica», en *Studi in onore di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1962.
- BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.
 — *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955.
- BOBBIO, N.: «Principi generali di diritto» (1966), se cita en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994.
- BUENO, G.: *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa, Oviedo, 2.ª ed., 1995.
- COLEMAN, J.: «Legal Duty and Moral Argument», en *Social Theory and Practice*, vol. 5, 1980.
- DEL VECCHIO, G.: *Sui principi generali del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1921.
- DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 2.ª ed., 1978.
 — *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) and London, 1985.
 — *Law's Empire*, Fontana, London, 1986.
- ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 3.ª ed., 1974. (trad. cast. de E. Valenti Fiol, Bosch, Barcelona, 1961).
- FROSINI, V.: *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 4.ª ed. (trad. cast. de A.E. Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974), 1973.
 — *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano (trad. cast. de C. Alarcón Cabrera y F. Llano Alonso, Ariel, Barcelona, 1995), 1994.
 — *Gesetzgebung und Auslegung*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

- GARCÍA PELAYO, M.: «Mitos y símbolos políticos», en *Obras Completas*, CEC, Madrid, vol. I, págs. 907-1031; *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, *ibid.*, vol. II, págs. 1033-1240, 1991.
- GUASTINI, R.: «Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 13, 1983.
- *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.
- HÄBERLE, P.: *Europäische Rechtskultur*, Nomos, Baden-Baden, 1994.
- «Derecho Constitucional Común Europeo», trad. cast. de E. Mikunda, en el vol. col. ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HELLER, H.: «Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler*, H. 4, 1928.
- MANS, J. M.: *Los Principios Generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.
- OJEDA AVILÉS, A.: «El final de un principio» (La estabilidad en el empleo), en el vol. *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- ORTEGA Y GASSET, J.: «La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva», en *Obras Completas*, vol. 8, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, 1983.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: «Aspetti e funzioni dell'equità», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 54, 1977.
- «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IV (Nueva época), 1987.
- *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993a.
- «Las fuentes del Derecho y la teoría de Ronald Dworkin», en el vol. col. *Ronald Dworkin. Estudios en su Homenaje*, ed. dirigida por A. Squella, vol. monográfico de la *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso (Chile), 1993b.
- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2.ª ed., 1994.
- *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid; 5.ª ed., 1995a.
- «El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, 1995b.
- PRIETO SANCHIS, L.: *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- REGAN, D. H.: «Glosses on Dworkin: Rights, Principles and Policies», en *Michigan Law Review*, vol. 76, 1978-79.
- ROMANO, S.: *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 2.ª ed., 1946.
- *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano (ristampa inalterata), 1983.
- UTZ, S.: «Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems», *Ratio Juris*, vol. 5, n. 1, 1992.