

Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro

Por LUIS DIEZ PICAZO

Al tratar de encontrar un tema que pueda resultar característico o revelador del pensamiento de F. de Castro, me ha parecido que la concepción que sostuvo acerca de los principios generales del Derecho puede cumplir las condiciones antes dichas. La idea de unos «principios generales del Derecho» se encontraba recogida por el antiguo artículo 6.º del Código Civil, el cual, después de enunciar el deber de los jueces y tribunales de resolver los litigios que ante ellos se suscitaban y de prohibirles la denegación de justicia —el rehusar fallar— repitiendo un precepto que se encontraba también enunciado por el Código Penal, señalaba las bases con las cuales o sobre las cuales las decisiones de los jueces debían y podían producirse. A falta de ley aplicable al caso controvertido, parecía decir aquel texto, aplicará el juez la costumbre del lugar y, en su defecto, se servirá de *los principios generales del Derecho*. A primera vista por lo menos, había una doble graduación o encañamiento: primero la ley; después la costumbre del lugar, y a falta de ley y de costumbre, los principios generales del Derecho.

Del planteamiento anterior se deducía el carácter subsidiario de los principios generales del Derecho como instrumento de la técnica jurídica. La jurisprudencia del T. S. dijo desde antiguo que los principios generales del Derecho sólo son admisibles si se alegan en defecto de ley y de costumbre. Si se acepta la cita que De Buen hace, esta «doctrina de la jurisprudencia» aparece en las sentencias de 13 de octubre de 1984 y de 30 de mayo de 1898. Por consiguiente, hay una utilización subsidiaria de los principios generales del Derecho: Su admisibilidad se condiciona al defecto de ley y de costumbre, únicas hipótesis en que pueden ser alegados.

Frente a ese tradicional modo de entender el problema, se alzó la concepción de Castro, que hablaba de manera muy específica y gráfica de una «posición especial de los principios generales del Derecho», al tratar de la ordenación jerárquica de las fuentes en el «Derecho Civil de España» (I, p. 341). La ordenación ley-costumbre-principios generales del Derecho —dice Castro— tiene

carácter enumerativo, pero no es una enumeración jerárquica. Esta tesis no fue fácilmente entendida por los contemporáneos de la obra, que continuaron aferrados a la idea de que el orden enumerativo era un orden jerárquico. Castro, sin embargo, era perfectamente claro al respecto. Los principios generales no pueden estar sometidos a un orden escalonado de preceptos, porque son los «inspiradores de todo el ordenamiento jurídico». Los principios están fuera de la estricta jerárquica de las fuentes ya que han de ser tenidas en cuenta antes, en y después de la ley y la costumbre. Son precisamente los principios los que señalan los caracteres que la ley y la costumbre han de tener para ser válidas, los que imponen que la costumbre ha de ser racional, los que por su carácter informador general indican lo que por una y otra hay que entender.

He dicho que esta modificación de rango, si se la puede llamar así, no fue fácilmente comprensible para los contemporáneos de la edición de 1949 del Derecho Civil de España. Sin embargo, en 1974 parece que era moneda de curso habitual. En el artículo 1.4 del nuevo Título Preliminar del Código Civil se dice que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del orden jurídico». Lo cual significa —es obvio— que hay por lo menos una doble función de los principios generales del Derecho: lo que allí se llama el carácter inspirador de todo el ordenamiento jurídico y su aplicación directa que se produce en defecto de ley o de costumbre. ¿Qué alcance tiene esa función inspiradora o informadora del ordenamiento jurídico? Para Castro ya está dicho que los principios generales del Derecho son precisamente quienes delimitan las condiciones de validez de las normas legales y de las normas consuetudinarias. Los principios generales del Derecho tienen además una importante tarea dentro de la actividad interpretativa. Castro decía que son los orientadores de la labor interpretativa. Los principios generales —dice— señalan el método de interpretación de las normas propias de un ordenamiento jurídico y, además, indican, en cada caso concreto, la fórmula interpretativa que se debe elegir (op. cit., p. 428). De esa doble función de fundamento del ordenamiento jurídico y de orientación de la labor interpretativa, hay ya alguna consecuencia que extraer. Ante todo, permite la distinción entre un Derecho normal o Derecho común y el Derecho excepcional. Para definir este último, recordaba Castro un viejo texto de Paulo de acuerdo con el cual el Derecho excepcional es un derecho *contra tenorem rationis* de la organización general y que por ello «*non est produceendum ad consequentias*». De esta distinción se extrae sin grave dificultad la distinción, que en sede interpretativa se produce entre la interpretativa restrictiva y la interpretación extensiva. Se interpreta extensivamente la regla de derecho que es conforme con el Derecho normal o, si se prefiere decirlo de otro modo, la regla de derecho que está en consonancia con los principios. Se interpreta restricti-

vamente la regla de derecho que pertenece al Derecho excepcional y que es *contratenorem rationis*.

El modo de concebir los principios del derecho que ha quedado esbozado, permitía a Castro resolver airosamente dos viejas cuestiones aporéticas de la teoría general del Derecho: la equidad y la analogía. De la equidad los técnicos tienen poca cosa que decir. Es una virtud vecina de la justicia pero en algún sentido contrapuesta a ella. Se ha dicho siempre que la equidad es la compañera inseparable de la justicia, pero las soluciones equitativas han sido siempre soluciones en las que se realizaba la justicia del caso concreto y no una justicia abstracta e igualitaria. Compañera de la justicia, sí, pero también factor de corrección de la justicia estricta, factor de benignidad, de un derecho menos severo. No es difícil comprender el escaso talante científico de una concepción como esa. Para Castro hay un engarce claro entre equidad y principios generales del Derecho (p. 426). La equidad no es más que una manifestación del mecanismo general de los principios generales de justicia para decidir un caso en el que resulta inadecuada, según el principio general correspondiente, la regla legal. Dicho más breve y escuetamente: no es otra cosa que el resultado de una relación principal. Y lo mismo se puede decir respecto de la analogía. La doctrina no ha sabido nunca explicar con exactitud en virtud de qué extraño mecanismo la consecuencia jurídica establecida en la regla de derecho dada para un caso ha de aplicarse en otro caso que no está contemplado ni comprendido por ninguna regla jurídica, por más que se pueda dar la similitud entre los casos. Este último punto es complicado. ¿Cuándo hay y cuando no hay verdadera similitud? Más difícil de resolver es el problema central: ¿Por qué de la similitud de los casos deriva la aplicación a uno de las reglas del otro? En el pensamiento de Castro el problema se resuelve por vía principal. No es que se aplique al caso similar la regla de su homólogo. Es que se puede descubrir un principio que actuará a través de una regla estatuida y de otra que no lo está o que lo está insuficientemente. En definitiva, la analogía es una vía a modo de actuar de los principios generales del derecho.

A este modo de concebir el Derecho y de realizarlo, que se mueve a través de los principios, creo que se le puede llamar como justicia una concepción principalista del Derecho. En la concepción y en el modo de operar principalista, el jurista trata ante todo de descubrir los principios generales actuantes en las normas y en las instituciones. Puede llevar a cabo algunas operaciones lógico-deductivas sobre tales principios y debe resolver su caso de modo que quede conciliado con los principios o, si otra cosa viene impuesta por la ley, del modo que menos se separe de ellos. Lo que he llamado una concepción principalista de la actividad jurídica y del Derecho, que yo creo que se expresa nítidamente en el pensamiento de Castro, se extiende luego un poco por doquier. Es recibida y a su vez potenciada en el Derecho público

y en especial en el Derecho Administrativo acaso más que en el Derecho privado porque en este último el sistema de la codificación lo permite menos. No es casual, me parece, el parentesco ideológico entre F. De Castro y E. García de Enterría que fue en algún tiempo ayudante suyo y no es casual que por obra de E. García de Enterría se haya abierto en nuestro Derecho público una concepción ordinamental del Derecho —la traducción del ordenamiento jurídico de Santi Romano se debe a L. Martín Retortillo y la generalización y casi la trivialización de la idea de los principios generales del Derecho.

La segunda línea a través de la cual se produce una potenciación del juego de los principios generales es la abertura en abanico de las diferentes clases de principios. Aunque sea a costa de una evidente simplificación, no es aventurado decir que en la doctrina se producían en torno al concepto de principios o de principios generales del Derecho dos corrientes que pueden ser llamadas *ius-naturalista* una y *ius positivista* otra. Para la manera de pensar *ius-naturalista*, los «principios generales del Derecho» son la vía de penetración del Derecho natural. Son normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior que se encuentra inserto en la naturaleza humana y que quedó grabado en el corazón de todos los hombres, según una clásica expresión paulina. Para la dirección *ius positivista*, los principios generales del Derecho son principios de un determinado Derecho positivo y pueden concebirse en un doble sentido de ida y vuelta. Por una parte, son las ideas que han servido de criterios de inspiración a las leyes o normas concretas de ese Derecho positivo. Por otra parte son las normas que se obtienen mediante un proceso de generalización y decantación de esas leyes. Demófilo De Buen, a quien ya antes me he referido, en su Introducción en el Estudio de Derecho Civil, Madrid, 1932, había intentado una ampliación. Dice De Buen que los principios generales del Derecho no pueden hacerse valer como algo absoluto e invariable, pero que es igualmente errónea la circunscripción de los principios a un Derecho nacional. Por eso, De Buen admite tres tipos de principios generales del Derecho: a) los inspiradores de nuestro Derecho positivo; b) los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho; c) los que resulten de los imperativos de la conciencia social. La tripartición experimenta un singular cambio de colorido en la forma de entender el tema por Castro. Castro dice que aunque la concepción de los principios es muy difícil, lo que hace tinguir tres tipos de principios: los de Derecho natural, los tradicionales y los políticos (op. cit., p. 421).

a) *Los principios de Derecho natural.*—El Derecho natural es la base del Derecho positivo y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado por ser el reflejo de la ley eterna y por corresponder a la verdadera naturaleza del hombre.

b) *Los principios tradicionales.*—Las naciones, dice Castro, crean valores característicos que generan la impronta y constituyen el sello de su personalidad a través de su largo vivir: usos, costumbres, estilos, convicciones, aspiraciones, que manifiestan su especial idea de la vida. Depurados por el tiempo, constituyen la tradición, que, en la esfera jurídica se exterioriza en unos principios que por ello pueden llamarse tradicionales.

c) *Los principios políticos.*—Son expresión de la voluntad rectora del Estado. Se les puede llamar también «principios constituyentes», en la medida en que encarna en ellos la «constitución política real». Son principios organizadores y eficaces y no meros programas que constituyen letra muerta. Impulsan toda la maquinaria del Estado e impulsan una fuerza renovadora en la vida social. Hacen que las leyes, aunque no alteren sus textos, tengan un nuevo carácter y sentido. Castro decía que estos principios son los más enérgicos, aunque tengan que quedar subordinados por fuerza a los del Derecho natural y no hayan de contrariar los principios nacionales.

Los principios jurídicos no deben confundirse con las directrices políticas de los grupos. Existe un acto «transformador» en virtud del cual la directriz política se convierte en principio político-general: cuando de programa de partido pasa a ser fuerza predominante en el Estado.

En toda la exposición que hemos hecho hasta aquí, subsiste un problema central: qué son los principios. Para entender esta cuestión puede acudir a una nota crítica, que Castro redactó para dar noticia del libro de Esser titulado «Principio y norma en la elaboración judicial del Derecho». Esta nota se encuentra recogida con el título «Fuentes de Derecho e interpretación jurídica —observaciones alrededor de un libro» en A. D. C. 1958, 1.º, p. 235. Esser, que pertenecía al mismo grupo intelectual en que se movió Viehweg tenía un sentido de los principios al mismo tiempo relativista y funcional. Se puede hablar de una concepción tópica de los principios que no ha dejado de influir en algunos de nuestros contemporáneos: *regulae iuris*, brocardos, máximas, dicta jurisprudenciales, aseveraciones de valor pedagógico, todo ello puede ser englobado bajo el concepto de principios. Para Castro (op. cit., p. 259) una concepción semejante es un neopositivismo frente al que hay que reaccionar devolviendo a los principios su valor de vía de un Derecho de carácter extrapositivo.

Critica Castro a Esser el concepto de principio que utiliza, del que dice que es tan amplio que resulta prácticamente inútil. Por lo pronto hay una cosa clara: la calificación de principios, no conviene a lo que es pura y simple «ratio iuris», razón de ser, finalidad o función de una o de varias reglas de derecho, un conjunto de ellas o de una institución. Las máximas o las «*regulae*» no son principios.

¿Cómo se puede terciar en este polémico? Pienso que la idea de principios procede seguramente de lenguaje de la geometría donde

designa las verdades primeras. Precisamente por eso son «principios»: porque están al principio; porque son las premisas de todo un sistema que se desenvuelve *more geométrico*. Así considerados, los principios señalan verdades: verdades objetivas, derivadas de la ley divina y de la ley natural. Sin embargo, lo cierto es que los principios no siempre son verdades en cuanto aseveraciones pertenecientes al mundo del ser. Son normas jurídicas y por consiguiente expresan formulaciones pertenecientes al mundo del deber ser. En el pensamiento de Castro, los principios son verdaderas normas jurídicas pues sólo siéndolo pueden determinar una fuente del Derecho. Sin embargo, en algunos lugares, los principios son definidos como criterios de valoración no formulados a los que se reconocen fuerza de evidencia jurídica (p. 415), y al aludir principios de carácter general, se les llama juicios de valor que expresan la convicción de un pueblo y que se impone a sus miembros.

No es fácil extraer una conclusión clara de este esbozo, que no ha tenido otra pretensión que la de constituir un recordatorio de la figura eximia del maestro. Mas si tuviera que llevar a cabo alguna propuesta, haré la de reclamar un análisis exigente, que llevara a cabo, dentro del conglomerado de lo que hoy denominamos principios algunas distinciones y subdistinciones. Creo que merecerían ser hechas por lo menos los siguientes:

a) *Los valores*.—Son juicios de valor sobre los cuales se fundamenta el ordenamiento, partes de él, grupos de normas o de instituciones. La Constitución ha llamado a algunos de ellos «valores supremos del ordenamiento jurídico». No hay inconveniente en admitir que, al lado de los que revisten tan extraordinario rango, aparecen también otros. Por ejemplo: cuando decimos interés del tráfico, seguridad jurídica, etc., estamos indudablemente anunciando valores.

b) *Las normas principales*.—Se las puede llamar también normas fundamentales. Son normas jurídicas y por consiguiente formulaciones de deber ser jurídico. Su característica es que enuncian una consecuencia de deber ser sin ligarla específicamente a un supuesto de hecho o ligándola a un supuesto de hecho general o indeterminado. Por ejemplo, cuando hablamos del deber de comportarse de buena fe en la vida jurídica.

c) *Las máximas jurídicas*.—Podemos llamar así a todas las aseveraciones con valor pedagógico nemotécnico o didáctico que son producto de la enseñanza y del aprendizaje del derecho o las que tienen valor paramiológico y son, como los refranes, condensaciones de experiencias antiguas y de origen difícilmente descubrible.

El tema es inagotable y queda abierto a ulteriores profundizaciones. El legado que el maestro nos dejó, es, para ello, cantera fecunda.