

Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Ocasión y planteamiento del tema.—2. Complejidad y dificultad de la cuestión de las Fuentes del Derecho: la insuficiencia de su planteamiento meramente formal.—3. La Ley: prestancia formal y peligro de fragilidad sustantiva.—4. Los Principios Generales del Derecho: desde la nebulosidad de su conceptualización hasta la fijación de sus contenidos y la viabilización positiva de su función informadora de Ordenamiento jurídico.—5. La Constitución como fuente primaria y subordinada al mismo tiempo, y germen principal del Ordenamiento.

1. Confluyen en la elección del tema de este trabajo razones de dos tipos. De una parte, la fundamental cuestión *de fontibus juris*, siempre ardua y casi nunca perfectamente acabada en su solución, viene necesitando de una reelaboración a partir de la Constitución (1). De otra, el Derecho de la persona —el sector más delicado y fundamental del Ordenamiento— se encuentra hoy en una situación de sacudida que no puede por menor de atraer y concentrar la preocupada atención del jurista: el aborto ha sido ya polémicamente despenalizado, la relación familiar de hecho va sucesivamente ganando parcelas de reconocimiento legal, la transexualidad ha obtenido ya su primer refrendo en una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, se trabaja hoy afanosamente por legislar en materia de fecundación asistida, se

(1) Cfr. PERLINGIERI, P.: *Por un Derecho civil constitucional español*, en «ADC», 1983, pp. 14-15: «Es preciso elaborar una nueva teoría de las Fuentes del Derecho civil, respetuosa de las particularidades y de las nacionalidades, pero siempre respetuosa de los Principios Fundamentales del Ordenamiento Jurídico, que son los Principios Constitucionales».

plantea la posibilidad de permitir la eutanasia o la esterilización de subnormales, se proyecta la derogación del delito de escándalo público... El permanente interés teórico de la teoría de las Fuentes, la ocasión de su necesaria relectura desde la Constitución, y, más instantáneamente, la singularidad de nuestro momento legislativo, van a guiar las reflexiones que, a modo de apuntes o ensayo, aquí iniciamos.

La ya indicada problemática concerniente al Derecho de la persona, suficientemente acuciante en sí misma, se plantea aún con mayor intensidad y urgencia en atención al momento de su aparición. Nace en época de marcado pluralismo social, de democracia política y aconfesionalidad estatal; días, por otra parte, marcados por el sopor o aletargamiento moral de las llamadas sociedades opulentas. Por más que la secularidad y el aconfesionalismo estatal deban apreciarse como la feliz superación de una confusión multiseular de esferas diferentes, lo cierto es que, según se ha dicho, «el Estado secularizado vive de unos presupuestos que él no puede garantizar» (2): al menos, el recurso a valores fundamentadores, sólidos en la consistencia de su propia objetividad, se entiende o abiertamente imposible o al menos extremadamente difícil en su justificación y en su compatibilidad con una frecuente interpretación de los postulados admitidos. Ello, unido al democrático Principio de la mayoría y al permisivismo moral del momento, podría terminar por arrastrar a la Ley al torbellino de una espiral de degradación social de consecuencias imprevisibles. ¿Dónde asentar sólidamente el criterio jurídico ante el ímpetu de la nueva problemática?

Desde una mentalidad tradicional —y no por ello desechable— podría responderse inmediatamente: en la firmeza y el rigor del Derecho Natural. Pero con igual inmediatez se alzarán los reparos: ¿No plantea a su vez la justificación expresa y refleja del Derecho Natural un problema teológico cuya unívoca solución no se aviene con los postulados básicos del pluralismo y de la democracia? Por otra parte, dada la inevidencia a la normal conciencia humana de los contenidos normativos concretos del Derecho Natural —tanto más, cuanto más se apartan de sus primeros Principios— ¿dónde situar la instancia definitoria del *natura justum* derivado y concreto? El Derecho Natural no sería hoy formal y directamente invocable como fuente normativa de aceptación común, sin que por ello pierda interés como faro orientador de quienes lo admiten y, finalmente, como lugar de encuentro de todos los que se dejan guiar en su búsqueda del *justum* —igualmente afanosa para unos y otros— desde la luz inmediata de

(2) «*Der freihlittliche säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*». La frase es de BÖCKENFORDEN y se la encuentra citada en GARCÍA TORRES JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones éntre particulares*, Madrid, 1986, nota 91, p. 146.

las exigencias de la realidad. El *natura justum*, si no invocable *a priori*, ni abstractamente en sí mismo ni en su configuración actual y concreta, sí que lo resultará *a posteriori* en su conexión por deducción con las más básicas convicciones sociales. Los Principios Generales del Derecho, como mediación social-positiva de los contenidos del Derecho natural, pueden ser así el instrumento hoy necesario para dar respuesta adecuada a la nueva problemática jurídica tan instantáneamente planteada.

Ahora bien, para que los Principios Generales puedan cumplir tal misión será necesario que pasen a desarrollar plenamente su admitida —aunque hoy notablemente atrofiada— virtualidad informadora y fundamentadora del Ordenamiento. Estamos suficientemente habituados a una visión de los Principios consecuencial a la Ley y derivada de ésta; los Principios, embebidos básicamente en la Ley, pueden subvenir a la aplicación de la misma, desde su integración hasta su moderada corrección, pero ¿cómo viabilizar, en términos de Derecho positivo, la función informadora de los Principios? ¿Cómo reconocer a éstos una existencia y consistencia anterior a la Ley hasta el punto de marcar a ésta contenidos necesarios? El indicado estado de cosas podría no experimentarse como especialmente problemático en relación con un sector del Derecho, como lo es el patrimonial, donde las encrucijadas problemáticas y sus criterios de solución han fraguado en una tópica de siglos, con pacífico reflejo en formulaciones normativas que, en su misma positividad, se entiende vehículo y reflejo de la *naturalis ratio*. El surgir de las nuevas cuestiones que hoy se plantean en el Derecho de la persona exigen del jurista la invención, en el sentido más etimológico de la palabra, de criterios adecuados y fundados de tratamiento y de solución.

Es ahí donde —sin el apoyo de su previa formulación legal— el Principio debe adelantarse a la Ley y marcarle la orientación de su contenido. La Constitución, en su doble dimensión de expresión del más amplio y básico consenso social y de super-Ley o de Ley de leyes, inspiradora de todo el Ordenamiento, está llamada a cumplir esa función de puente, incardinado en el vértice del Derecho positivo, entre las convicciones sociales más fundamentales y la Ley ordinaria que debe recogerlas y consagrarlas en términos de normatividad vinculante. El Principio constitucional de la dignidad de la persona humana (art. 10 de la Constitución Española) será aquí el punto central de engarce de cualquier solución justa a la problemática indicada. A partir de él podrían derivarse los criterios concretos de un Derecho justo; el único, como ha indicado Larenz, que podría asegurar una paz jurídica duradera (3); el único que, en razón de su perfección

(3) LARENZ: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción española y presentación de L. DIEZ-PICAZO, Madrid, 1985, p. 202: «Mas parece seguro que sólo puede asegurar una paz jurídica duradera un Derecho que sea algo más que una

—diría Castro (4)— podría cumplir su función moralizadora de la vida social.

2. «Las Fuentes del Ordenamiento jurídico español son la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho». He aquí, en su solemnidad lapidaria, el frontispicio del Código civil; he aquí un enunciado normativo, básico en su alcance, preciso y conciso en su expresión, hasta dar la impresión de constituir una fórmula poco menos que evidente, ajena en su fundamentalidad a toda cuestión problemática.

La realidad, no obstante, es muy otra. Apenas iniciada la reflexión para su justificación y análisis, comienzan a surgir problemas y dificultades. Por otra parte, el rastreo histórico en la búsqueda de criterios orientadores lleva a la comprobación de la relativa novedad de la que pudieramos llamar la *quaestio de fontibus juris*. Aunque siempre haya sido problemático el tema *de origine juris* —como recientemente ha indicado Díez-Picazo (5)— es lo cierto que el dogma o teoría de las Fuentes del Derecho no se formaliza hasta fines del siglo XVIII o principios del XIX, en conexión, fácilmente explicable, con los postulados del Estado que por entonces se crea y con los dogmas de la certidumbre y seguridad jurídicas y del imperio de la Ley, convertida ésta en la expresión de la voluntad general: los dogmas que inspiraron la obra codificadora.

Para servir a su propia finalidad, la teoría de las Fuentes deberá imprescindiblemente cumplir dos cometidos: enumerar, primero, y jerarquizar, después, las Fuentes del Derecho; para su efectividad deberá obtener reflejo normativo en la Ley. Bastan estos datos —los mismos que determinan la formulación de la teoría de las Fuentes— para que inexorablemente comiencen a plantearse problemas y aporías. ¿Cómo es, en efecto —si la *quaestio de fontibus* es una cuestión jurídica, y si su respuesta es Derecho— que el Derecho pueda encontrar en sí mismo su propia causa? ¿Cómo puede el Derecho —por decirlo con terminología clásica— ser *causa sui ipsius*? De otra parte, ¿cómo entender que el problema de la jerarquía normativa pueda ser resuelto por una de las Fuentes jerarquizables (6)?

El intento de respuesta a estas cuestiones subrayará el peculiar y limitado enfoque de la teoría de las Fuentes del Derecho. No se

técnica del poder; un Derecho que se oriente hacia lo justo, tal como lo podemos conocer, y que se sitúe bajo la clara exigencia, perpetua, para todos aquellos que lo aplican y configuran, de ser un "Derecho justo".

(4) CASTRO: *Derecho civil de España. Parte General I*, Madrid, 1949, p. 24: «La perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad».

(5) Díez-Picazo, L.: *La doctrina de las Fuentes del Derecho*, en «ADC», 1984, pp. esp. 947-950.

(6) Cfr. para las aporías de la doctrina tradicional sobre las Fuentes del Derecho, Díez-Picazo: *Op. cit.*, pp. 939-942.

plantea ésta con ambición de llegar al fondo del problema: allí donde la búsqueda del propio origen lleva, en una visión más pragmática, al terreno de la sociología, o, en una concepción más esencialista, a los dominios de la filosofía. La cuestión, más modestamente planteada, se limitará a la determinación de las Fuentes formales del Derecho, o —utilizando la terminología del Código civil portugués (art. 1)— de las Fuentes *inmediatas* del Derecho. No se pregunta acerca del último origen o causa del Derecho (*unde jus*); simplemente se inquiriere dónde se le encuentra (*ubi jus*): a través de qué actos o formas se manifiesta en su vigencia (7).

Ciertamente este más limitado planteamiento basta a los fines de certidumbre que están en el cercano y ocasional origen de la doctrina de las Fuentes; es más, cualquier otro enfoque con más hondas pretensiones encontraría mal encaje en el cauce normativo-formal de la Ley ordinaria. Significativamente, en nuestro Ordenamiento la formulación normativa de las Fuentes del Derecho se ha producido siempre (antiguos artículos 5 y 6 del Código civil; vigente artículo 1) en estrecha conexión con el mandato dirigido al Juez de resolver siempre, ateniéndose al orden de Fuentes establecido. No es el *unde jus* lo que preocupa, sino el *ubi jus*: dónde encontrar la norma aplicable. Quizá por ello mismo se entienda que sea la Ley quien formule el elenco y jerarquía de las Fuentes: la Ley es la norma más clara, cierta y refleja; en ella —como destacaba Castro (8)— prima el dato formal de la *auctoritas*. Por otra parte, si tenemos en cuenta que la misma Ley es la forma *princeps* de manifestación y formulación de la voluntad general —el sujeto ahora especialmente enfatizado de la soberanía— podremos también comprender que sea la Ley quien no sólo fije el elenco de las Fuentes, sino que en él se atribuya a sí misma el primer puesto (9). Tenemos de esta forma a la Ley convertida en definidora de las Fuentes del Derecho y, en razón de tal definición, autoproclamada como reina, por cierto que casi absoluta, de las Fuentes: se hace acompañar de la Costumbre, donde inocuamente ésta puede actuar en forma de usos sociales, y acepta el recurso a los Principios Generales como forma inevitable de supletoriedad *in extremis* ante

(7) Cfr. GARRIDO FALLA, F.: *Las Fuentes del Derecho en la Constitución Española*, en «La Constitución Española y las Fuentes del Derecho», Inst. Est. Fis., Madrid, 1979, I, p. 31: «...entendemos por Fuentes “aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho se manifiesta en su vigencia”». También, e.c., BONNECASE: *Elementos de Derecho civil*, I, Méjico, 1945, p. 79: «Por lo mismo, podemos definir las Fuentes formales... como las formas necesarias y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente en virtud de la potencia coercitiva del Derecho».

(8) CASTRO: *Op. cit.*, p. 48.

(9) A salvo la quizá algo romántica excepción de la Compilación de Derecho civil formal de Navarra, Ley 2, donde la primacía de la Costumbre obtiene formulación legal. Cfr. *ad rem*, SANCHO REBULLIDA: *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho civil Navarro*, Lección inaugural del curso 1984-85, Pamplona, 1984.

la fatalidad de las lagunas legales. Más que antagonistas, Costumbre y Principios Generales aparecen como auxiliares de la Ley en esa formulación que, con el origen y alcance indicados, recoge hoy el artículo 1.1 del Código civil: «Las Fuentes del Ordenamiento jurídico español son la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho».

De todas formas, la anterior acotación de perspectiva dista mucho de permitir la respuesta, satisfactoria y clara, a los problemas que, no obstante ella, sigue planteando la formulación y jerarquización de las Fuentes. Indiquemos como el primero el de la misma posibilidad de reducir a términos estrictamente formales la *quaestio de fontibus*: ¿no supone todo intento de enumeración-jerarquización de Fuentes dar por resuelto el problema básico de fondo sobre la atribución de la postestad normativa? ¿Puede separarse la pregunta sobre el *ubi jus* de la previa y simultánea determinación de su *unde*, al menos del *unde* más inmediato (10)? Por otra parte, ¿puede considerarse como guiada por un planteamiento eminentemente formal, tributario en cuanto tal de las exigencias de certidumbre y seguridad, la determinación de Fuentes que se limita a enumerar a la Costumbre, sin entrar en absoluto en la fijación de sus requisitos de aplicabilidad y vigencia? La Costumbre es norma impuesta por la comunidad a través del uso uniforme, general, duradero y constante: ¿cuándo entender cumplidas estas notas? ¿cuál debe ser la duración exigible para que la repetición de los comportamientos dé paso al uso normativo? Sin una respuesta clara y precisa a estas preguntas no sería posible la seguridad jurídica perseguida por la teoría de las Fuentes y, de hecho, que el problema no tenga en la realidad la entidad que en abstracto podría tener, es el más claro síntoma del reducido papel que hoy desempeña la Costumbre, frente al predominio casi absoluto de la Ley, Y ¿qué decir, desde este mismo punto de vista, de los Principios Generales del Derecho? Si la determinación de las Fuentes pretende dar respuesta a la pregunta sobre el *ubi jus*, la pregunta de Díez-Picazo se hace más acuciante: ¿dónde están los Principios Generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos. Mas, ¿quién los detecta? ¿quién los aprehende? (11). A veces, han sido descritos co-

(10) Cfr. Díez-PICAZO: *Op. cit.*, p. 939: «Hay, pues, un significado técnico —Fuentes de producción— en el que el concepto que analizamos designa el origen de las normas jurídicas... y designa también la forma de expresión o exteriorización en que la norma parece o se manifiesta. Una y otra idea se encuentran interrelacionadas, pero no son necesariamente idénticas». CASTRO: *Op. cit.*, p. 333: «La determinación de las Fuentes jurídicas, de su poder y respectiva jerarquía es un acto primario de la estructura del Estado. La inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas constituye una alteración de la ordenación política de la organización social. Tiene —aunque de ello no se hayan ocupado las cartas constitucionales— auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la facultad normativa creadora».

(11) Díez-PICAZO: *Op. cit.*, p. 944.

mo valores normativos, o como ideas no exteriorizadas como normas (12). ¿Pueden encajar en tal caso en una enumeración de las Fuentes, entendidas éstas en sentido formal?

Y desde otra perspectiva: ¿es posible la enumeración y jerarquización de las Fuentes del Derecho, atendiendo solamente al dato formal del cauce normativo y prescindiendo en absoluto de toda consideración sobre el contenido de la norma? El desarrollo del enunciado de las Fuentes en el mismo artículo 1 del Código civil parece suponer la respuesta negativa. La Costumbre no puede considerarse norma jurídica si en su contenido es contraria a la moral o al orden público. Y con mayor amplitud: el íntegro Ordenamiento debe estar informado por los Principios Generales del Derecho. La norma jurídica, en definitiva, no alcanza consideración de tal por el solo hecho de venir vehiculada por el cauce formal en que aparece; necesita de un contenido interno sin el cual no puede constituir Derecho.

Naturalmente que al hilo de lo que acaba de indicarse se plantean inevitablemente problemas y preguntas de interés: ¿por qué esa exigencia de moralidad sólo en la Costumbre, y no igualmente en la Ley? ¿Por qué esa proclamación del carácter informador de los Principios, cuando se da prioridad sobre ellos a la Ley: hasta dónde llega, en tales condiciones, la efectividad de esa función informadora? La respuesta, o el comentario, encontrará su sede propia páginas más adelante. Por ahora baste resaltar la inevitable insuficiencia de un planteamiento del tema de las Fuentes ceñido sólo al punto de vista formal, y atento, exclusivamente, a las exigencias de la seguridad jurídica. Creemos que el enfoque del problema necesita abarcar una perspectiva más amplia, hasta alcanzar los datos necesarios del contenido y origen —al menos el origen próximo— de la norma de Derecho. Y es aquí donde el recurso a la Constitución se hace imprescindible. La norma constitucional, como resultado del más amplio consenso social, y como expresión de los valores más básicos y fundamentales está llamada a ser la instancia jurídica que, supraordinada al resto del Ordenamiento, aunque dentro del mismo (art. 9.1 de la Constitución Española) puede jerarquizar las Fuentes del Derecho, e imponerle al mismo tiempo la necesidad de su contenido justo. He aquí cómo por esta vía los Principios Generales del Derecho pueden corporeizarse y obtener efectividad en su función informadora del Ordenamiento.

(12) CARRETERO PÉREZ, A.: *El concepto constitucional de las Fuentes del Derecho*, en «La Constitución...», *cit.*, p. 395: «Los principios jurídicos: 1.º) son valores normativos de carácter organizador, aceptados por la Constitución y que han de inspirar el Ordenamiento jurídico; ideas no exteriorizadas como las normas. La realidad no se halla regulada exclusivamente por mandatos o preceptos externos, sino por una serie de ideas de valor jurídico no formuladas exteriormente».

Cualquier intento de reduccionismo formalista del Derecho se revelará siempre como insuficiente. La norma jurídica no solamente exige claridad y certeza en su momento formulador y enunciativo; necesita igualmente, en su momento axiológico, de un contenido justo y ordenado al bien común social. ¿Cómo identificar el *justum*? ¿cómo concretar sus exigencias? ¿dónde encontrar su instancia definidora? Aquí, evidentemente, el problema de las Fuentes abarca indefectiblemente al de la fundamentación filosófica del Derecho: formula éste sus mandatos —como diría Cicerón en su Libro I *De Legibus*, o repetiría Suárez en el proemio a su *De Legibus ac Deo legislatore*— extrayendo conclusiones *ex intima philosophia*, o *ex intimis philosophiae*. El Derecho Natural, en sus distintas claves explicativas o fundamentadoras, ha constituido históricamente la más sólida base sustentadora del gran edificio del Derecho, tanto en la legitimación de su existencia como elemento ordenador y organizador de la convivencia social, como en la justificación de sus particulares contenidos normativos. Lo limitado de las primeras evidencias del *natura justum* en su concepción objetiva más originaria, así como el descrédito de la orientación individual-racionalista del iusnaturalismo de la Ilustración, harían hoy inviable la efectividad de esa anterior función fundamentadora. A su vez, el pluralismo y la secularidad de nuestro tiempo impiden el recurso a una instancia fundamentadora y legitimadora de expresa raíz teológica y confesional (el *jus naturale catholicum*). Sin embargo, el fundamento del Derecho, y la inspiración justa de su contenido necesario, siguen siendo exigencias ineludibles, así sentidas de hecho en el cuerpo social. Es aquí donde la Constitución aparece como el subrogado imprescindible, o la mediación necesaria, del Derecho Natural.

Efectivamente, la Constitución, al proclamar la primacía de los valores básicos sobre los que se edifica la organización de la convivencia, asienta el edificio del Derecho sobre la solidez de unos valores objetivos, impeditivos, en cuanto tales, del arbitrio legal. En la medida en que esos valores se corresponden efectivamente con la naturaleza humana —precisamente por ello es posible el más amplio consenso social en torno a los mismos— la norma constitucional, sin proponérselo ni proclamarlo expresamente, cumple la función del Derecho Natural. De otra parte, la misma Constitución, en su condición de Ley de leyes, confiere a su contenido medular la más amplia posibilidad de eficacia jurídico-positiva.

He aquí cómo la doctrina de las Fuentes del Derecho, que por su transcendencia constitucional debería encontrar en la propia Constitución su reflejo normativo, no puede en ningún caso formularse ni construirse de espaldas a la Constitución ni prescindiendo de ella. Inviscerada en la instancia normativa *princeps*, imponiendo desde ella contenidos objetivos e intangibles de valor a la Ley, y viabilizando la

función «transeunte» (13) del Derecho natural a través de los Principios Generales del Derecho, lograría para la totalidad del Ordenamiento la síntesis acabada de la legalidad y la legitimidad.

3. La codificación nace al servicio del principio de igualdad: la Ley, una y general, que ahora va a codificarse es la expresión jurídico-formal del ideal jurídico-político perseguido. Se entiende así que en el substrato de la idea de Código esté la primacía de la Ley como Fuente del Derecho, y que tal substrato salga directamente a flote en los primeros artículos de los diferentes Códigos, destacando la fuerza normativa de la Ley o formulando, más o menos expresa y directamente, la jerarquía de las Fuentes.

Por otra parte, una vez impuesta la Revolución, la Ley va a verse como la expresión más fiel y refleja de la voluntad popular que acaba de derrocar al Antiguo Régimen y que aspira a instaurar un orden nuevo presidido por la razón. Atrás quedan los «principios» que inspiraron la Revolución: el triunfo de ésta los ha llevado a la entraña misma de la Ley. Una Ley que, en cuanto expresión de la voluntad popular y emanación de su representación políticamente organizada, gozará del respaldo de la coactividad estatal. Se dan todos los elementos para que a la Ley se atribuya la absoluta primacía entre las Fuentes del Derecho; casi, podría decirse, para que la Ley quede constituida en la única fuente. El acceso del pueblo a la conformación del Estado plasmará en la tendencia hacia la monopolización del Derecho por el Estado y hacia la reducción del Derecho a la Ley.

A partir de estos datos, y desde la perspectiva indicada, el significado de la Ley va a elevarse hasta la altura donde la captación humana no alcanza y se hace necesario el recurso a la fe: un buen magistrado —escribía Mourlon en sus *Repetitions écrites sur le Code civil* (1846)— humilla su razón ante la razón de la Ley. Su función es juzgar según la Ley, y no juzgar a la Ley. Nada hay por encima de la Ley... En Derecho no hay ni puede haber razón más razonable ni equidad más equitativa que la razón o equidad de la Ley (14). Es la más explícita profesión de un positivismo legalista que, si bien superado en sus presupuestos y derivaciones metodológicas, no deja de contar hoy con significativos reflejos legales. ¿Cómo, si no, interpretar esa supeditación de la Costumbre a la moral, establecida en el artículo 1 del Código civil, y sin paralelo respecto a la Ley (15)?

(13) Así llama BRUNETTI, G.: *Il Diritto naturale nella legislazione civile*, en «Riv. Dir. Comm.», 1922, pp. 445-446, a la primera función del Derecho natural respecto al Derecho positivo; la misma que CASTRO: *Op. cit.*, p. 428, denominaba como función fundamentadora de los Principios Generales del Derecho, y que el artículo 1.4 del Código reconoce hoy como su «carácter informador del Ordenamiento jurídico».

(14) La cita precisa puede encontrarse en PERELMAN, Ch.: *Ontologie juridique et sources du Droit*, en «Arch. Phil Dr.», 27, 1982, p. 30.

(15) Cfr. DIEZ-PICAZO: *Comentario a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, p. 56: «...y si no puede por menos de admitirse una cierta —ya no una total—

¿Es que no puede la Ley entrar en conflicto con la moral? La hipótesis, evidentemente posible —*historia teste*— no entra en la limitada perspectiva del legislador. En el esquema legalista del Derecho y de sus Fuentes es inimaginable la posibilidad de una Ley inmoral: justamente porque la Ley se entiende como la suprema instancia definitiva de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal.

Interesa detenerse un momento sobre ese legalismo positivista, superado en gran parte, según se indica generalmente, pero más presente, al mismo tiempo, en la realidad de nuestro Derecho —de no contar en él con el dato constitucional— de lo que podría hacer pensar la crítica de sus contradictores. Dos ingredientes deben destacarse en su núcleo: el primero sería el dogma de la Ley como expresión de la voluntad popular; el segundo —consecuencia del anterior— el de la caracterización formal de la Ley. Si la norma legal está llamada a recoger la voluntad social mayoritaria, será ésta la que le dé contenido; si, por otra parte, ese contenido puede variar histórica y circunstancialmente, y si —además— le basta para legitimarse ser reflejo de la voluntad social, la conclusión no puede ser otra sino que la consistencia de la Ley termina por desplazarse desde la consideración de su contenido a la de su configuración formal como vehículo de la variable voluntad del legislador.

Es cierto, según decíamos, que el positivismo legalista se encuentra hoy en clara situación de superación y desprestigio. García de Enterría ha descrito magistralmente el proceso de vaciamiento de los dogmas que lo sustentaban y la progresiva afirmación del recurso a unos principios, exponentes de un *Wertordnung*, o de un *higher Law* al servicio de una justicia extra legal o incluso *contra legem* (16). Cadarso Palau pudo ver en la reforma del título preliminar del Código civil el reflejo legal de dicha superación (17). No vamos, naturalmente, a poner en duda ni éstas ni tantas otras apreciaciones, orientadas todas en igual sentido. Lo que sí consideramos necesario es llamar la atención sobre la desproporción entre el entusiasmo y el esfuerzo doctrinal para la superación del positivismo y la parvedad de sus po-

separación entre moral y Derecho, no se comprende por qué el ajuste entre ambas categorías se exige sólo con respecto a las normas consuetudinarias y no respecto a la totalidad de las normas jurídicas. Las normas legales pueden en ocasiones no concordar con determinados criterios o valores de carácter ético. ¿Por qué no se puede producir la misma discordancia tratándose de normas jurídicas consuetudinarias?». Nosotros pondríamos el acento en la pregunta contraria: si la Costumbre, siendo norma jurídica, o para ser norma jurídica, no puede contradecir la moral, ¿por qué puede oponerse a ella la Ley?

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 26-30.

(17) CADARSO PALAU, J.: *Reforma de la Ley y renovación del Ordenamiento en el título preliminar del Código civil*, en «ADC», 1976, pp. 55 y ss., en concreto, p. 61: «...el camino queda franco ya para una decisiva superación del positivismo legalista».

sibles resultados en su inevitable choque contra la consistencia formal de la Ley y las exigencias de la seguridad jurídica. ¿Puede, efectivamente, considerarse como un logro acabado y firme el de la inversión de la relación tradicional entre el Juez y la Ley y la subversión definitiva del primado absoluto de ésta (18)? El artículo 1.º del Código, al imponer a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso ateniéndose al sistema de Fuentes establecido, parece impedirlo. No creemos inútil destacar cómo el juego limitador-corrector del absolutismo legal-positivista tiene que desenvolverse, por necesidad del sistema, en ineludible dependencia de la misma Ley (en la que tiene que apoyarse, aun para forzar su sentido) y tan sólo, una vez ya ésta formulada, en su momento aplicativo. Índice legal, de nuevo, de estas limitaciones, el reducido campo de acción permitido a la equidad en el artículo 3.2 del Código civil.

En nuestra opinión, una corrección más a fondo del positivismo, por ello mismo más ambiciosa en la efectividad de sus consecuencias, tendría que hacerse —sin olvidar los expedientes ya pacíficamente aceptados por la más común doctrina— atendiendo específicamente a la Ley, y no a las categorías que, desde fuera de ella, vendría a circunscribir su eficacia: corrección por ello del legalismo no contra la Ley, sino en la Ley y desde la misma Ley. Supondría ello perfilar más exactamente la relación democracia-Derecho y, consecuentemente, completar la caracterización de la Ley, abiertamente insuficiente cuando se la reduce sólo a su dimensión formal: es aquí donde la Constitución juega hoy un papel esencial e insustituible.

En primer lugar, decíamos, perfilar la relación democracia-Derecho. ¿Qué es, en efecto, lo que la democracia impone al Derecho? ¿Cuándo estamos ante un Derecho democrático? Prescindiendo de matices que nos apartarían en este momento de nuestro hilo argumental, podría responderse: estamos ante un Derecho democrático cuando la Ley es expresión de la voluntad popular mayoritaria. La *voluntas principis* es sustituida por la voluntad popular. Algo de esto aparece en el preámbulo de nuestra Constitución: «La Nación española, en uso de su soberanía, proclama su *voluntad* de... consolidar un Estado de Derecho que asegure el *imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular*».

¿Qué significa propiamente la exigencia de que la Ley sea expresión de la voluntad social mayoritaria? No creemos que, literalmente entendido el aserto, venga a suponer la consagración del arbitrista de la mayoría. La vieja cuestión escolástica sobre el más íntimo com-

(18) Cfr., afirmando tales inversión y subversión, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pp.29-30. Una llamada de atención frente al actual «menguante de la Ley» y en favor de una «revaluación» de la Ley, en Díez-PICAZO: *Constitución, Ley y Juez*, en «Revista de Derecho Constitucional», 1985, pp. 9 y ss.

ponente, racional o volitivo, del acto legislativo vuelve a plantearse, sin que el sentido de su solución deba ser diferente por el hecho de que el legislador unipersonal haya sido sustituido por la asamblea que articula la representación popular. La Ley es al mismo tiempo obra de la razón y de la voluntad del legislador; contiene necesariamente un acto de voluntad (Dig. 1, 3, 7: *imperare, vetare, permitere*), pero la dirección de su contenido viene determinada por la razón. La Ley, según la definiera Santo Tomás, consiste en una *ordinatio rationis*: una orden o precepto dictada por la razón (19). Nuestra misma Constitución así lo impone: la voluntad popular que da contenido a la Ley debe moverse en el marco de los valores que la misma Constitución reconoce y proclama como valores superiores del Ordenamiento del Estado (art. 1.1) o como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10). Ni podría ser de otra forma: es demasiado evidente que el puro arbitrio, ni el individual ni el mayoritario, no puede constituirse en norma jurídica (20). El Derecho necesita un norte más firme que el de la sola y simple voluntad, por más amplia y mayoritaria que ésta pueda ser. Interesa destacarlo hoy, cuando la ductibilidad de las voluntades individuales, abotargadas en la sociedad consumista, y la manipulabilidad de la opinión pública desde técnicas de uso generalizado, podrían llevar a la Ley los contenidos más inhumanos y aberrantes (21).

(19) En nuestra doctrina es habitual esta concepción de la Ley. Como muestra, Cfr. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, p. 90: «Dos elementos contiene la norma: el *racional*, por el convencimiento que implica en la comunidad de trazar la conducta recta que lleva al fin, y ese convencimiento es un dictado de la razón, aunque la voluntad se ponga a su servicio, prestándole fuerza y medios para su efectividad; el *autoritario*...». CASTAN: *Derecho civil español, Común y Foral*, I, 11.^a ed., Madrid, 1975, p. 377: «Pero, aun en las normas propiamente sociales y estables —como la Ley positiva y la Costumbre— en las que el elemento autoritario tiene una intervención destacada, ha de servir de soporte al mismo el elemento racional».

(20) El tema ha sido objeto de exposición frecuente por VALLET DE GOYTISOLO con la solidez y erudición en él habitual. Pueden verse, e.c., sus trabajos: *Las expresiones Fuentes del Derecho y Ordenamiento jurídico*, en «ADC», 1981, pp. esp. 832-833; *La Ley ¿expresión de la voluntad del pueblo?* en «Estudios sobre Fuentes del Derecho y método jurídico», Madrid, 1982, pp. 195-201. Véase también, CASTRO: *Derecho civil...*, cit., p. e.c. 33: «Si el Derecho fuese un mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos... Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo... Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar: ¿por qué llamar a eso Derecho, por qué no denominarle, con sinceridad, arbitrio o fuerza?».

(21) Entre nosotros dieron la voz de alarma con ocasión del debate sobre la introducción del divorcio en nuestro Derecho, FUENMAYOR: *Slogans divorcistas*, en «Cuadernos de actualidad», Eunsa, 1975, pp. esp. 7-9; y SANCHO REBULLIDA: *Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio*, en «Estudios de Derecho civil», Pamplona, 1978, p. esp. 324. A la descomposición social derivada del hedonismo consumista se refirió ALONSO PÉREZ: *El divorcio y la reforma del Derecho matrimonial española*, en «Ediciones Universidad de Salamanca», 1981, pp. 16-17.

Consecuencia de lo anterior es que lo que habitualmente se enuncia como la *voluntad popular* debe entenderse en forma más íntegra y completa, como expresivo del acto final de la voluntad y del juicio previo que la orienta y determina. En la explicación tomista —como tan autorizadamente ha destacado Vallet de Goytisoló (22)— sería el *juicio común* o dictamen de la razón práctica que, a través de la *sindéresis*, aprecia lo bueno y lo malo. Si quiere distinguirse la voluntad popular del puro arbitrio, caprichoso y ciego, sería necesario entenderla como expresión del impulso normativo guiado por el común juicio práctico-valorativo sobre los comportamientos interindividuales que más afectan al orden de la convivencia. En tal caso la Ley se encontrará en relación de conformidad con la justicia natural no sólo por exigencia externa o preceptiva, en tanto la Ley humana debe respetar el Derecho Natural, sino también, y no en menor medida, en cuanto el común juicio humano tiende de suyo a encontrarse en la determinación de las exigencias básicas de la razón: *homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem* (23).

Al Derecho corresponde esencialmente la determinación del *justum*; ahora bien, por más que la realidad natural suponga necesariamente determinadas exigencias de justicia, es evidente que la determinación del *justum*, incluso del *natura justum*, exige de la mediación humana que lo capte, lo formule y lo concrete. Lo propio de la democracia es el confiar al cuerpo social el discernimiento de lo justo: no es suplir el arbitrio del príncipe por el arbitrio de la mayoría, sino —partiendo del dato natural de la sustancial igualdad de los hombres— sustituir la instancia individual definitoria por el juicio social mayoritario. Si tal juicio debe responder al dictamen de la común razón práctica y moverse dentro del marco de unos valores objetivos de común aceptación y, como tales, reconocidos como inspiradores y fundamentadores del Ordenamiento, se habrá logrado algo bien distinto a la sustitución del Derecho natural por la simple voluntad general: justamente lo contrario, la recepción del Derecho natural en la Ley positiva.

Además de precisar en el modo en que acaba de hacerse el sentido íntegro de la expresión «voluntad popular», la superación más eficaz del positivismo legalista necesita —según decíamos— denunciar la insuficiencia de la caracterización meramente formal de la Ley. Es puro desarrollo de lo ya indicado, o, si se quiere, aplicación de lo mismo en un momento diferente: no en el de la determinación del origen causal-eficiente inmediato de la Ley, sino en el del análisis de la misma, convertida ésta, en sí misma y en su contenido, en objeto directo

(22) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *Las Fuentes del Derecho según Santo Tomás de Aquino*, en «Estudios sobre Fuentes...», *cit.*, pp. 242-244.

(23) SANTO TOMÁS: S. Th. I-II, q. 94, a. 4.

de consideración. Exigir que la norma provenga del juicio práctico mayoritario supone orientarla en la dirección de lo justo y lo razonable.

A partir de este dato parece claro que la norma legal no podrá justificarse sólo por la *autoritas* o competencia formal de quien la dicta —ni siquiera cuando quien la dicta es un Parlamento democráticamente elegido (24)—; tampoco será bastante que reúna los requisitos formales: será —además— necesario que se justifique por razón de su contenido normativo: «Cumplidas deben ser las leyes —decían las partidas (1.1.8)— e muy cuidadas, e catadas, de guisa que sean *con razón* e sobre cosas que puedan ser *segund natura*».

El pensamiento más clásico y tradicional indicaba una doble vía por la que la norma podía justificarse en su contenido: o bien regula materias que por su propio ser plantean determinadas exigencias de justicia, o bien se ocupará de materias indiferentes, en las cuales razones de bien común exigen la intervención reguladora del legislador. En el primer caso la Ley actuará como *mensura mensurata*, según dijera Santo Tomás (25); en el segundo, con un mayor margen de iniciativa, deberá justificar su mandato, en tal caso contingente, por su ordenación al bien común. La «perspectiva ontológica» (26) venía así a llenar de contenido lo que era pura oquedad en la concepción formalista de la Ley.

La mayoría de nuestra doctrina ha venido compartiendo esta visión sustancialista u ontológica de la Ley. Sea cuando se trata en general de la norma jurídica, sea cuando se estudia en particular a la Ley, no suele faltar una referencia a la exigencia de su contenido justo y a la necesidad de su justificación por razón del bien común. Incluso nuestro legislador de los años sesenta aprovechó la exposición de motivos de alguna Ley para afirmar retóricamente la subordinación del Derecho positivo a la justicia (27). El problema se planteaba cuando se trataba de encontrar la fórmula de efectividad jurídico-

(24) Cfr. COSSIO: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1975, p. 15.: «No basta, por tanto, que la norma positiva haya sido dictada por un poder formalmente competente —por ejemplo, un Parlamento—, sino que se exige que sea justa, inspirada en el bien común».

(25) S. Th. I-II, q. 95, a. 3.

(26) Como llamará VALLET DE GOYTISOLO a la visión de CASTRO. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *El profesor Federico de Castro y el Derecho Natural*, en «ADC», 1983, p. 1689.

(27) Nos referimos a la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960: «... si bien el punto de partida y el destino inmediato de las normas es regir las relaciones humanas, para lo cual importa mucho su adecuación a las concretas e históricas exigencias de la vida, no hay que olvidar tampoco que su finalidad última, singularmente cuando se concibe el Derecho positivo en función del Derecho natural, es lograr un orden de convivencia presidido por la idea de justicia, la cual, como virtud moral, se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las determinaciones del legislador, que siempre han de hallarse limitadas y orientadas por ella».

positiva a esta exigencia. El Derecho, como subrayaba Castro (28), se caracteriza por su eficacia organizadora, por su posibilidad, en último término, de poner en movimiento la *manu militari*. ¿Cómo no entender entonces que la realidad del Derecho se haya vinculado al respaldo de su coactividad estatal? ¿Cómo impedir que, en tal caso, la norma estatal coactiva haya sido considerada como la expresión adecuada y exacta del Derecho? *Auctoritas, non veritas, facit legem* (29). Ya está aquí planteado el eterno problema del llamado *Derecho injusto*: ¿es Derecho, en realidad, si es injusto (30)?

El problema no es ajeno al de la determinación y jerarquía de las Fuentes del Derecho. La Ley, manifestación la más clara de la positividad en razón de su peculiar *auctoritas externa*, es la primera de las Fuentes. Los Principios Generales del Derecho, los más próximos a los contenidos naturales de justicia en razón de la preponderancia de su *ratio*, son fuente subsidiaria, tras la Ley y la Costumbre. Es cierto que nuestro Código civil atribuye a los Principios Generales del Derecho, además de la indicada, una función informadora del Ordenamiento. Pero la pregunta —sin posibilidad de respuesta satisfactoria desde el artículo 1.º del Código civil— es entonces: ¿cuál es la posible efectividad de tal función fundamentadora o informadora? ¿Cuál puede ser la virtualidad de un Principio no acogido en la Ley? ¿En qué merma a la Ley la posible existencia de un Principio opuesto de justicia natural? El problema no tendría solución en pura técnica de Derecho positivo, o, por mejor decir, del Derecho positivo resultante del artículo 1.º del Código civil: las llamadas a la conciencia individual o social, a la desobediencia civil, o a la revolución, suponen la actuación al margen del Derecho (positivo) o en contra del mismo (31).

Evidentemente la aspiración ha de ser la de la armonía entre Ley y Principios: una y otros están llamados a su mutua integración

(28) CASTRO: *Op. cit.*, p. 30.

(29) Cfr. BOBBIO: *Kelsen et les sources du Droit*, en «Arch. Ph. Dr.», *cit.*, pp. 135 y ss.

(30) Vid. ALBALADEJO: *Derecho civil*, I, 1, 1975, p. 18: «Sólo su armonía con el Derecho natural legitima al positivo. En otro caso no se trata de verdadero Derecho, sino de un puro mandato injusto, aunque su cumplimiento pueda imponerse por la fuerza. Ahora bien, como usualmente se llama Derecho positivo (aunque sea injusto) al conjunto de normas que rige impuesto por el poder directivo de la comunidad... aquí se llama Derecho positivo a todo el sancionado por ese poder directivo, y cabe distinguirlo en justo o injusto, según que concuerde con el Derecho natural o discrepe de él».

(31) Como es sabido, para SANTO TOMÁS, I-II, q. 96, a. 4, «tales leges —las injustas— *non obligant in foro conscientiae*». Para GREGORIO LÓPEZ, Gl. a P. 1.1.8 «*si tamen-lex-est injusta... non est talis lex a subditis recipienda*». En nuestros días, COSSIO: *Op. cit.*, p. 40: «solamente el juicio de la opinión pública puede denunciar este defecto (la injusticia de la Ley) y a la conciencia del legislador corresponde, mediante la derogación de la Ley injusta en virtud de una nueva Ley inspirada por la justicia».

en la norma jurídica. La Ley ha sido calificada en la doctrina alemana como *Positivität ohne Wertgehalt*; frente a ella, el Derecho natural aparece como *Wertgehalt ohne Positivität* (32). La prestancia formal de la Ley, dotando de positividad y eficacia a la justicia natural, y la *ratio* de los principios naturales de justicia, nutriendo de contenido justo el molde formal de la Ley, vendrían, en plena superación del positivismo, a encontrarse en la Fuente primaria del Ordenamiento: la Ley, también caracterizada por su contenido; la misma que podría garantizar a un tiempo los fines de justicia y seguridad del Derecho; mejor, quizá, si ambos fines no se entienden separadamente: el fin de la seguridad en la justicia (33).

¿Es posible en nuestro Derecho una tal configuración de la Ley? ¿Es posible vehicular positivamente las exigencias informadoras de los Principios Generales del Derecho? Antes de dar respuesta a estas preguntas debemos dedicar algo de atención a la problemática que suscitan los Principios Generales.

4. A cualquiera que por primera vez se asome al tema de las Fuentes del Derecho llama la atención el contraste entre la solemnidad del concepto Principios Generales del Derecho y la modestia de su rango normativo. ¿Cuál es el significado exacto de su inclusión en el elenco de las Fuentes? ¿Rinde efectivamente la Ley tributo y reconocimiento a las instancias que más profunda y sólidamente la fundamentan, o se trata de algo distinto? ¿En qué sentido se entienden los Principios Generales del Derecho dentro de la enumeración de las Fuentes, y por qué se recurre a ellos sólo en último lugar?

Nada más lejano al espíritu que anima a la codificación que anteponer a la Ley una norma de rango jurídico superior: ni lo padece el dogma de la soberanía popular, cuyo cauce connatural de expresión es la Ley, ni lo permite el afianzamiento del nascente Estado, vinculado a la identificación entre Derecho y Ley. Por otra parte, ¿cómo obtener la ansiada meta de la seguridad jurídica si no es, de nuevo, sobre la base de la primacía absoluta de la Ley? ¿Puede haber cauce manifestador del Derecho más impreciso en sus contornos y más dudoso en su constatación que los Principios Generales del Derecho? Desde luego está fuera de toda duda que la inclusión de los Principios Generales en el elenco de las Fuentes no responde a la deferente obsequiosidad de la Ley, que, con reconocimiento de su propia limitación, quisiera rendir tributo al fundamento que, limitándola, la sostiene; se trata, por el contrario, de adjuntar a la Ley

(32) La expresión, recogida por GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, p. 93, nota 2, puede encontrarse en MANGOLDT-KLEIN: *Kommentar*, 8.ª ed., 1976, I, p. 603.

(33) Sólo así se entiende la ferviente afirmación del primado de la Ley, mantenida por CASTRO: *¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho (Apostillas a un artículo)?* en «ADC», 1948, pp. 565-580.

la válvula de seguridad que garantice su reinado absoluto. Principios, pues, pero no anteriores a la Ley y por encima de ella, sino extraídos de la Ley y para extender su eficacia hasta impedir el vacío normativo.

En el sentido indicado es acertada y pedagógica la práctica de situar en el hecho inevitable de las lagunas legales el punto de arranque de la exposición escolástica del tema de los Principios Generales del Derecho (34); como es exacta la observación de la sustancial similitud de finalidad y significado del común expediente —sea cual fuere la denominación con que se le indique— invocado en auxilio de la Ley y de su virtualidad expansiva en los distintos sistemas legales: Principios Generales del Derecho, principios jurídicos naturales, equidad... (35). La comprobada imposibilidad del monismo legalista fuerza al recurso a una fuente supletoria, inexpresa y flexible al mismo tiempo, para poder cumplir su específica función de subsidiariedad *in extremis* en favor de la Ley. He aquí la razón de ser de la inclusión de los Principios en la enumeración de las Fuentes del Derecho; he aquí, por ello mismo, la explicación de que puedan ser sentidos o interpretados como un elemento «molesto» en dicha enumeración.

Molesto es, en efecto, el elemento indeseado, pero necesario. La Ley aspiraría a la monopolización del Derecho; pero la experiencia se encarga de dejar en claro que el perfecto cerramiento legal lleva inexorablemente a la asfixia del sistema jurídico. Pero mucho más molesto será ese mismo elemento, si a su condición de no deseado añade la de su posible peligrosidad. ¿No es necesariamente peligrosa una norma jurídica imprecisa? ¿Y no es la imprecisión la característica formal más saliente de los Principios Generales del Derecho? ¿No llevará consigo, en tal caso, la admisión de los Principios entre las Fuentes del Derecho la amenaza de que la totalidad del sistema termine yéndose de las manos? Mucho más esto último cuando, a través de los Principios, se entiende hecha remisión o referencia al Derecho Natural (36). ¿Es, especialmente en tal caso, posible su homogeneidad

(34) Cfr., e. c., CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones*, I, *cit.*, pp. 115 y ss.

(35) Cfr., LACRUZ: *Elementos*, I, 1, 1982, p. 179, Lo mismo había observado ya CASTRO: *Derecho civil*, *cit.*, p. 419.

(36) Como para nuestro Derecho, siguiendo la tradición jurídica española, hacía CASTRO: *op. cit.*, e. c., pp. 421-423: los primeros Principios Generales son los naturales; a través de los Principios es positivado en nuestro Derecho el Derecho natural. En este sentido podría recordarse el artículo 9 del Proyecto de Código civil de 1869: «El Juez que en materia civil rehuse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en la Ley Penal. Si las cuestiones sobre derechos u obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la Ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras Leyes, serán decididas por los Principios de Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso». LARA LACRUZ: *op. cit.*, p. 181, «no admite duda la presencia de los Principios de Derecho natural en el pensamiento del Legislador de 1974, y, por tanto, en el artículo 1,4, si bien —añade— cabe asimismo preguntarse qué valor puede conservar tal pensamiento en una circunstancia política tan mudada». Con todo, y a propósito del artículo 3 de la Compilación Aragonesa (reformado en 1985) mantiene el mismo

con las demás Fuentes, hasta permitir la enumeración jerarquizada de las mismas que hoy recoge el artículo 1.º del Código civil? ¿Sería admisible la subordinación del Derecho Natural a la Ley positiva?

Inevitablemente la categoría de los Principios Generales del Derecho resultará una categoría polémica. A raíz de su consagración legal en el viejo *Codice* de 1865, la doctrina italiana se debatió entre la concepción que los entendía reflejo y derivación del Derecho natural, y la positivista que los interpretaba como extraídos de la Ley positiva y dependientes de la misma; un debate o polémica que ni siquiera la inspiración positivista del artículo 12 de las vigentes *Disposizioni sulla Legge in generale* ha logrado sofocar definitivamente (37).

Y no es ésta, evidentemente, la única cuestión planteable y de hecho planteada. ¿Cuál es, en efecto, la específica función de los Principios Generales: sólo la estrictamente subsidiaria, en defecto de

LACRUZ la equivalencia Derecho natural-Principios Generales del Derecho. Cfr. LACRUZ: *El principio aragonés «standum est chartae»* (comentario al art. 3.º de la Compilación), en «ADC», 1986, p. 726: «Quizá, si se quiere cambiar la expresión del precepto compilado, por parecer que tenía connotaciones de otros tiempos, se hubiera podido hablar de *ética común*, del *mínimo ético común*; se hubieran podido buscar otros sucedáneos, y así fue cómo, inteligentemente, la enmienda socialista abordó el problema. Yo no creo que hiciera falta el cambio, pero, puestos a cambiar, tal enmienda proponía sustituir por los *Principios Generales del Derecho*, la expresión del *Derecho natural*. Y podría tener razón desde el punto de vista de la Convención Europea de Derechos del Hombre, cuyo artículo 7 se refiere a los crímenes que tienen la consideración de tales según los «Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas». En este sentido, me parece perfectamente pensable referirse, en lugar de al Derecho natural, a los Principios Generales del Derecho. En cambio, lo que se ha hecho, suprimir el Derecho natural pura y simplemente, es un daño gratuito infligido, por motivos ideológicos mal entendidos, al Derecho aragonés». Para GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 64-67, los «principios institucionales» son el lugar de encuentro de los valores superiores procedentes del Derecho natural con los elementos de positividad del Derecho. También para BOBBIO: *Principi generali del Diritto*, Noviss. dig., it., XII, 1966, p. 893, el resurgir de los Principios en la doctrina del Derecho constitucional, *e una reintegrazione dell'eterno diritto naturale*. En general, para la comunicación histórica y de contenido entre Principios Generales del Derecho y Derecho natural, cfr. DEL VECCHIO: *op. cit.*, pp. 41-49.

(37) Vid., BARTOLE, S.: *Principi del Diritto*, enc., dir., XXXV, p. 500: «Nel progetto definitivo del Codice si corresse il rinvio (contenuto nel Codice del 1865) ai «principi generali del Diritto», qualificando quest'ultimo come «diritto vigente». L'intenzione era quella di evitare i rischi del ricorso a concetti estranei all'ispirazione del diritto in vigore... La scelta venne criticata da Del Vecchio, in quanto riduttiva della elasticità di movimento dell'interprete, cui comunque si doveva consentire di farsi portavoce di quanto nella tradizione giuridica appartiene alla «commune natura di tutti i popoli»... Poco importa se sensibile o meno alla censura, il legislatori fini poi per mutare terminologia, e così giunse ad adottare l'attuale espressione «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Nella Relazione la scelta venne anche giustificata e si sottolineò, in particolare, che il termine Ordinamento era comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme, e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale (diritto romano comune ecc.). Con todo, añade: «La dottrina non ha dato molto credito a questa ibrida concessione alla retorica politica del momento, e preferisce leggere la disposizione in esame come il risultato conseguente delle scelte positivistiche che già avevano improntato l'interpretazione della paralela statuizione del Codice de 1865».

Ley y Costumbre, o también la de inspiración básica del proceso, siempre delicado y creativo, de la aplicación de la Ley? ¿Cabría, incluso, atribuir a los Principios, además de las anteriores, una función antecedente, de información y fundamentación de la Ley, que resultaría así más inspirada por los Principios que inspiradora de los mismos? El positivismo legalista quedó hace tiempo atrás, superado por un principialismo ordinal que, si bien atendido a la primacía de la Ley (38), desbordará en mucho la pura subsidiariedad de los Principios, tal como ésta fue inicialmente prevista. ¿Es posible el paso ulterior, hasta la efectividad de la función fundadora e informadora, con la consecuencia inevitable de tener que admitir la existencia de Principios anteriores a la Ley e independientes de la misma, con una relación de superioridad sobre ella que fueren a censurar como ilegítima y positivamente inválida una Ley en colisión con tales Principios?

He aquí las cuestiones que necesariamente suscitan los Principios Generales del Derecho: cuestiones, como puede verse, básicas y de extraordinario alcance. Cuestiones, no obstante, apagadas por la práctica diaria del Derecho en situaciones de normalidad jurídica, donde la experiencia inmediata de la justicia va unida a la aplicación ponderada de la Ley. ¿Ocurrirá igual en tiempos de crisis social y de rápida evolución y transformación de los comportamientos comunes? ¿No se produce entonces la sensación generalizada de incomodidad ante la Ley todavía vigente e incapaz de dar cauce a las aspiraciones sociales tal como éstas son sentidas por la mayoría de los individuos; o ante la Ley prematuramente impuesta a instancia de minorías influyentes, quizás no bien localizables, pero, en todo caso, en distonía cierta respecto del cuerpo social mayoritario y resignadamente silente o silenciado? Es entonces cuando más se siente la relatividad de la Ley, y cuando en la conciencia social los Principios claman por sus propios fueros: ¿con posibilidad de imponerse sobre la misma Ley, sin crisis del sistema y en simple ejercicio de su función informadora? Aquí será donde deba centrarse nuestra atención.

(38) No creemos —según ya hemos indicado— que la reacción al positivismo legalista haya llegado, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, p. 30, a la inversión de la relación tradicional entre el Juez y la Ley y a una subversión definitiva del primado absoluto de ésta. El mismo GARCÍA DE ENTERRÍA: *ib.*, pp. 123 y ss., afirma, como no podía ser de otra forma, que nunca el Juez puede erigirse en superior a la Ley; ese es —dice, con razón— un principio esencial que debe enfatizarse en primer término. En esta misma línea, nos parece, se inscribe la posición de LARENZ: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. esp. de DIEZ-PICAZO, Madrid, 1985, p., e.c., 35: «...es fácil comprender que hay que buscar los principios donde se les puede reconocer, aunque sea de modo limitado, antes que en ningún otro sitio: en el Derecho positivo». Así lo interpreta DIEZ-PICAZO en las páginas de presentación de la obra de LARENZ: «Los juristas de nuestro país, cuya visión principal ha quedado oscurecida por la primacía que en nuestro Ordenamiento parecen poseer los llamados Principios Generales del Derecho, encontrarán en las páginas de este libro serios motivos de reflexión y materiales para el aprendizaje».

El *status quaestionis*, por lo que en tema de Principios se refiere a nuestra doctrina, podría resumidamente indicarse señalando la doble tendencia, iusnaturalista y positivista que, como reflejo de la polémica italiana, y sin mucho énfasis, dividirá a nuestros autores (39). La aportación, sin duda, más vigorosa, profunda y consistente es, en este como en tantos otros puntos, la del profesor De Castro (40): «liberadas de la esclavitud impuesta por el positivismo legalista —decía en el prólogo a la 1.^a edición del *Derecho civil de España*— las disposiciones legales se animan en base a los Principios Generales del Derecho y recobran su sustancia moral, tradicional y política; mientras que la labor de los juristas, de malabaristas vergonzantes de artículos, se eleva a la de colaboradores en la realización de la justicia y de los fines nacionales». Es, como puede verse, todo un programa de operar jurídico presidido por una visión principialista del Derecho, en la que los Principios Generales, en tanto que fundamentadores del Ordenamiento, lejos de situarse etéreamente en las alturas, pasan a animar inmanentemente a las disposiciones legales, insuflándoles su sustancia moral y política. Los Principios Generales son así el vehículo de positivización del Derecho natural (41).

Sería improcedente tratar de resumir aquí el pensamiento de Castro; tampoco es necesario: plumas más autorizadas lo han hecho ya con toda autoridad y rigor (42). Nos basta recordar cómo, en su concepción, los Principios Generales, por lo mismo que llamados a inspirar las normas legales desde lo hondo del Derecho natural, no son homogéneamente encuadrables en la enumeración-jerarquización de las Fuentes, ni su eficacia puede limitarse a la mera suplencia de la Ley y de la Costumbre: los Principios, anteriores a la Ley, simultáneos a la misma, y, finalmente, subsidiarios en caso de laguna legal, están llamados a cumplir una triple y peculiar función: informadora o fundamentadora, interpretadora y supletoria de la Ley y de la Costumbre (43).

(39) Puede verse una exposición resumida en el apéndice de OSSORIO MORALES a la traducción española de la obra de DEL VECCHIO: *Los Principios Generales del Derecho*, cit. pp. 141-149. Otra más reciente, en VALLET DE GOYTISOLO: *Las exprestiones «Fuentes del Derecho» y Ordenamiento jurídico*, cit., en «ADC», 1981, pp. 859-862.

(40) Sobre ella pueden verse: VALLET DE GOYTISOLO: *El prof. Federico de Castro y el Derecho natural*, en «ADC», 1983, pp. 1685 y ss. DÍEZ-PICAZO: *Los Principios Generales del Derecho en el pensamiento de Federico de Castro*, ib., pp. 1263-1268.

(41) Cfr., CASTRO: *Derecho civil*, cit., p., e.c., 423.

(42) Vid., *supra*, nota 40.

(43) En cuanto a la imposibilidad de situar y encajar a los Principios en la jerarquización de las Fuentes, vid., *Derecho civil*, cit., pp. 339-340; en cuanto a las funciones de los mismos Principios, pp. 427-429. La triple función indicada se corresponde a la que BRUNETTI atribuyó al Derecho natural en relación con el Derecho positivo: una primera función, «transeunte», como fuente material; una segunda, positiva y permanente, función interpretadora; y otra, tercera, también positiva y permanente, pero ahora principal: la función subsidiaria o supletoria. Vid. BRUNETTI: *Il Diritto Naturale nella legislazione civile*, riv., dir., comm., 1922, pp. 445-448. Atribuye hoy estas

La tesis de Castro obtuvo pronto el amplio y generalizado reconocimiento que merecía; cualquier planteamiento posterior en tema de Principios habrá de contar con ella. Incluso la reforma del título preliminar del Código civil pareció darle refrendo legal: los Principios Generales aparecen en el artículo 1,4 no sólo en su función supletoria de la Ley y de la Costumbre, sino como informadores del Ordenamiento jurídico; algo que —como ha indicado Perlingieri (44)— sin paralelo en otros Ordenamientos europeos, facilita en el español el juego de los Principios Generales del Derecho. Con todo, no puede negarse que la tesis fue también objetada, antes (45) y también hoy (46), y que, tras ella, subsisten zonas de penumbra hasta permitir la calificación de los Principios como algo «misterioso», de lo que en realidad sabemos muy poco (47), o como una intuición muy difícil de concretar, cuando no se difumina en nociones imprecisas y contradictorias (48); todo ello en evidente contraste con la fundamentalidad

funciones a los Principios Generales, BARTOLE, S.: *op. cit.*, p. 514: «in particolare si sostiene che tre sono i tipi di funzioni che i principi svolgono di volta in volta, e così si distingue una funzione integratrice da una programmatica e, ancora, da altra definita interpretativa».

(44) PERLINGIERI, P.: *Por un Derecho civil constitucional español*, en «ADC», 1983, p. 7.

(45) Así, CASTAN: *La formulación judicial del Derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Madrid, 1954, p. 128: «Más recientemente el profesor De Castro, fundando todo el juego de las Fuentes jurídicas sobre el mecanismo de los Principios Generales del Derecho (a los que con alguna violencia llega a dar primacía sobre la Ley misma) se expresa así: “En el Derecho español el engarce entre la equidad y los Principios Generales del Derecho natural parece claro...” Es obvio que debe ser utilizada con mucha parsimonia esta facultad restrictiva, que tantos peligros de arbitrariedad e inseguridad jurídica puede acarrear. Pero no sería acertado excluirla en absoluto».

(46) LACRUZ: *Elementos, cit.*, pp. 136-137: «De Castro, en relación con la versión anterior del Título Preliminar del Código civil, mantuvo que los Principios se encontraban fuera del orden jerárquico de las Fuentes, pudiendo llegar a ser superiores a la Ley. No fue aceptada esta opinión —que se fundaba en una exégesis muy discutible de ciertos preceptos— por buena parte de la doctrina contemporánea, pero ulteriormente ha ido suscitando adhesiones fundadas en el hecho indiscutible —siquiera no bastante probatorio— de la diferente naturaleza de los Principios en relación con la Ley la costumbre... todo ello no implica que los Principios Generales del Derecho se hallen, como mantiene De Castro, fuera del orden jerárquico de nuestras Fuentes, sino que, a través de la Ley, rigen unas normas principales implícitas en ellas como programa del poder social imperante...».

(47) DIEZ-PICAZO: *La doctrina de las Fuentes del Derecho, cit.*, p. 944: «¿Dónde están —en este escenario— los Principios Generales del Derecho? Podría pensarse que planean por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos. Mas, ¿quién los detecta?, ¿quién los aprehende? La verdad es que sobre esto sabemos muy poco. Sin embargo, cualquiera que sea la idea que se tenga acerca de estos misteriosos Principios Generales del Derecho, nada se opone a que algunos de ellos se encuentren recogidos en la Ley...». También, antes, página 941: «El problema se torna especialmente crítico cuando se trata de buscar un poder normativo en los llamados Principios Generales del Derecho, pues resulta casi imposible de encontrar. Tiene que ser una especie de espíritu colectivo o de alma colectiva: la sociedad entera moviéndose en la historia, con lo cual en lugar de sociología, hacemos metafísica, pero no resolvemos un problema que sea en puridad jurídico».

(48) Así, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I, Salamanca, 1977, p. 381, con citas en igual sentido de BOULANGER, o de JAPIOT, en p. 488, nota 29: los Principios obtienen parte de su majestad en el misterio que los rodea.

de la función que les atribuye, y hasta justificar —según se indica— la necesidad de su desmitificación (49). Excesos, según creemos, pero no tanto como para negarles su parte de razón. Es cierto que son muchos, y a veces importantes, los «flecos» irresueltos en la explicación hoy más extendida de los Principios Generales del Derecho. Y no sólo flecos, podrá observárenos, sino auténticas cuestiones básicas son las que aún se plantean como interrogantes sin respuesta clara y pacífica.

En efecto, por sólo destacar algunas: ¿tienen los Principios Generales del Derecho entidad estable y objetiva o derivan tan sólo de las convicciones sociales, siendo, en consecuencia, históricos y mudables? Si los Principios positivizan el Derecho natural, parecería lógico atribuirles la misma objetividad y estabilidad *quoad se* del Derecho natural, pero en ese caso, ¿cómo residenciarlos en algo que, sobre todo en épocas de crisis, se experimenta tan variable y cambiante como las convicciones del cuerpo social? ¿cómo compaginar la afirmación de que las reglas del Derecho natural están por encima de la realidad social y son la medida del Derecho positivo, con la de que los Principios Generales derivan su fuerza jurídica de la comunidad, expresando del modo más directo su idea de la vida (50)? Por otra parte, ¿cómo entender el valor de los Principios y dónde fijar el más sólido fundamento de su eficacia y virtualidad: tienen valor *a se*, o necesitan de su canonización en norma formal preferente? La pregunta es de interés para la interpretación de la expresión a

(49) Así, LACRUZ: *op. cit.*, pp. 179-180: «Por otra parte, 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. Los problemas jurídicos surgen infinitamente más del encuentro de Leyes o de interpretaciones dispares de una Ley, que de la falta de precepto aplicable, y de ahí el número insignificante de casos que se resuelven “por principios”... Finalmente, y en esta línea de desmitificación de los Principios, disiento de quienes pretenden verlos inspirando la totalidad de las Leyes y costumbres, dentro de las cuales recibirán aplicación en cualquier caso. Por supuesto, toda norma tiene su *ratio* o *vis directiva*, pero su contenido no es necesariamente expresión de un principio de justicia, siendo a veces, yo diría que casi siempre, mero recurso circunstancial para ordenar la convivencia...». En la doctrina extranjera acusa el contraste entre la ambigüedad de los Principios y la fundamentalidad de su función; MORANGE, G.: *Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du Droit*, en «Revue du Droit Public et de la science Politique en France et a l'étranger», 1977, pp. 761-762.

(50) Cfr. CASTRO: *op. cit.*, p. 416. La tensión indicada aparece con mayor claridad en la nota crítica de CASTRO a ESSER: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, en «ADC», 1958, p. 245: «Los verdaderos principios, los que tienen su Fuente en la comunidad, no ofrecerán nunca duda sobre la positivización. Estarán aceptados, integrados en la vida misma de la comunidad. Los principios más altos (los del Derecho natural), al estar fuera del poder de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en el vivir de la comunidad (existen fuera de ella). Aunque puede ocurrir, y sucede con frecuencia, que esa positivización sea parcialmente obstaculizada o diferida, ya sea a causa de disposiciones legales, proceder de las autoridades o de la mayoría del pueblo, contrarios a los Principios; casos de convicciones amorales (paganización de la sociedad) o inmorales, generalmente, aceptadas o impuestas».

través de la cual se indica la función *informativa* de los Principios: ¿informativa-prescriptiva, o simplemente informativa-descriptiva, con terminología de Cadarso (51)? Es decir: cuando se definen los Principios como «las ideas fundamentales e informativas de la organización jurídica de la nación» (52), ¿se están considerando Principios sólo los que efectivamente y de presente informan el ordenamiento, o también, exigítivamente, los que por su entidad y contenido intrínseco de justicia deberían informarlo como condición de legitimidad? Idéntica pregunta podría, evidentemente, formularse a propósito de la dicción literal del artículo 1.4 del Código civil: la función informativa en él reconocida, ¿es la que exigítivamente corresponde *eo ipso* al mandato objetivo de justicia, o la que efectivamente han cumplido los Principios —sea cual fuere su naturaleza y entidad— que de hecho han inspirado el conjunto legislado (53)? Y si a estas preguntas se responde en el primer sentido de la disyuntiva, ¿podrá evitarse la acusación de un cierto voluntarismo imposible? ¿Cuál es el valor de los Principios si éstos se entienden más allá de los datos en el sistema formulado y abarcando los que, al calor de la experiencia jurídica, se generan y maduran extramuros del mismo (54): qué podrán en caso de conflicto con norma legal? ¿Hay en el sistema vehículo de operatividad para la función informativa-exigítiva de los Principios? ¿Es siquiera admisible la posibilidad de un Principio no legal y superior a la Ley misma?

Y por proseguir con la indicación de cuestiones no resueltas: ¿cuál es la más importante y decisiva distinción entre las distintas clases de Principios: es una distinción lógicamente adecuada la que atiende

(51) CADALSO PALÁU: *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1975, p. 75.

(52) CASTRO: *op. cit.*, p. 420.

(53) Algo de reduccionismo problemático puede observarse en este sentido en el artículo 4 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra: «Son Principios generales los de Derecho natural o histórico que informan el total Ordenamiento civil navarro y los que resulten de sus disposiciones». ¿Puede reducirse la eficacia normativa del Derecho natural a sólo los principios del mismo que hayan obtenido el favor o beneplácito legal? ¿Cuál sería el hipotético valor de un principio natural no recogido en el Ordenamiento?

(54) Cfr., CADALSO PALÁU: *Reforma de Ley y renovación del Ordenamiento en el título preliminar del Código civil*, en «ADC», 1976, pp. 67-68: «Si ya la alusión a los Principios Generales del Derecho... remite a una normatividad no formulada... Hay que tener especialmente en cuenta a este respecto, que no pueden dichos Principios Generales ser limitadamente concebidos como los del Derecho positivo... mas cierto es que en los Principios Generales del Derecho opera una fuerza de expansión, no de índole lógica y dogmática, sino valorativa y axiológica: fuerza no ya de "verdad" y razón teórica, sino de valoraciones que —como dice Betti— gradualmente maduran y se afirman en base a situaciones históricas contingentes. Si los Principios Generales no se encuentran ya, ni sólo, dados en el sistema formulado, sino que se generan extramuros del sistema, reconstruyéndose permanentemente en contacto con la experiencia histórica, he aquí cómo la jurisprudencia se presenta no solamente desplegando una tarea de fijación o "accertamento", sino también operando como factor sustancial en la génesis o determinación de aquéllos».

a su condición de naturales, tradicionales y políticos? Supuesta tal distinción, ¿resultará posible globalizar un criterio de tratamiento de su significado y funciones común a todos ellos? Todavía en un plano más radical: ¿cuál es y cómo puede explicarse y justificarse la condición fontal de los Principios? ¿Dónde y cuándo desempeñan su cometido de Fuente del Derecho? La pregunta no es, en absoluto, ociosa. El reduccionismo de su función informadora llevará a la exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, a limitar tal cometido a la simple función subsidiaria: «Los Principios Generales del Derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de los anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del Derecho, pueden tener un significado informador de la Ley o de la Costumbre». Pero, podrá añadirse, ¿no se advierte que tampoco la función subsidiaria exigiría la consideración de los Principios como Fuente autónoma del Derecho? Muestra de ello pueden ser las italianas, y ya citadas, *Disposizioni sulla legge in generale*: los Principios no aparecen en la indicación de las Fuentes del Derecho (art. 1), sino en las normas para la aplicación de la Ley, en concreto, en el artículo 12, dedicado a la interpretación: *...se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*».

Como se ve, son muchas y muy importantes las cuestiones suscitadas. Muchas y de respuesta tan difícilmente armonizable que hacían al mismo maestro De Castro destacar la que él consideraba apariencia un tanto paradójica de los Principios (55). ¿Necesaria y auténtica paradoja? Quizás al día de hoy, a la vista de ulteriores aportaciones doctrinales y, sobre todo, desde la consideración de la Constitución como norma jurídica enteramente peculiar, sea posible distinguir Principios y, en razón de tal distinción, delimitar funciones diferentes, con resultado final de clarificación en el conjunto. Es lo que a continuación nos proponemos.

Quizá lo primero deba ser el intento de circunscribir, en su concepto y como norma jurídica, el contenido y significado de los Principios Generales del Derecho. García de Enterría lo ha realizado entre nosotros glosando la pura indicación enunciativa que los denomina: Son verdaderos *Principios* en sentido ontológico, no meras máximas

(55) CASTRO: *Derecho civil, cit.*, p. 417: «Este su peculiar carácter puede explicar la apariencia un tanto paradójica de sus notas, su evidencia y falta de exteriorización, su falta de puesto fijo en la jerarquía de las Fuentes, ser fundamento del Ordenamiento y a veces ser más variables que las Leyes, su especialidad como Fuente independiente y su conexión íntima con todas las normas del Ordenamiento».

o reglas heurísticas; son *generales*, esto es, procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta «justicia del caso concreto»; por último, son principios *del Derecho*, lo que indica su validez jurídica, en el sentido ya del Derecho aplicable, y no del precepto puramente moral (56). Con Hernández Gil podría decirse que los Principios Generales del Derecho se sitúan en el terreno que separa a los valores, en sí mismos considerados, respecto de la norma jurídica que concreta y circunstanciadamente les da cauce jurídico de efectividad y realización. Los Principios comienzan a desempeñar por sí mismos una función normativa, pero en ellos la estructura normativa se reduce al mínimo indispensable para la proyección del valor en las relaciones sociales: son norma jurídica en un grado de enunciación no circunstanciadamente desenvuelto, sino de gran generalidad. De ahí su diferenciación del simple valor y, al mismo tiempo, su peculiaridad normativa y su identidad diferente a la de la norma ordinariamente concretada y desarrollada (57).

Pues bien, esto supuesto, ¿cómo pueden concebirse los Principios? En nuestra opinión, es necesario distinguir dos versiones de los mismos, sustancialmente distintas una de la otra, pero no por ello incompatibles o excluyentes, y atractiva, cada una de ellas, de diferentes caracteres y funciones a los Principios que en ellas, respectivamente, deban situarse. Esta puede ser, según pensamos, la distinción que, sectorizando debidamente, o separando perspectivas diferentes, permita la clarificación en el tratamiento de los Principios Generales, aportando al mismo tiempo precisión contra la vaguedad hoy extendida y evitando aporías y paradojas.

Cabe, en efecto, una primera versión de los Principios, determinada por la preocupación desde la que se les concibe y por la función que se les asigna. Subyace en ella la inquietud sobre la justificación y el fin de la tarea legislativa: el planteamiento lo es fundamentalmente *de jure condendo*. Desde esta perspectiva los Principios Generales aparecen enraizados en la conciencia social y se entienden como principios naturales; se les considera —lo que se aviene mal con el orden de Fuentes establecido en el artículo 1.º del Código civil— como superiores y previos a la Ley y elemento de contraste de la misma; se les reconoce la condición de Fuente material del Derecho, absolutamente prioritaria o necesaria, en cuanto están llamados a integrarse en la Ley como su contenido necesario, so pena de ilegitimidad. Los principios nacen fuera del Ordenamiento y son anteriores al mismo, pero están llamados a encontrar acogida en él para la justa y legítima regulación de los conflictos sociales.

(56) Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones...*, cit., pp. 78-80.

(57) Cfr., HERNÁNDEZ GIL: *El Ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, Madrid, 1980, pp. 99-100.

La segunda versión de los Principios responde a una inquietud diferente y se traduce, por ello, en una función distinta: la preocupación suyacente se sitúa ahora en el momento de la aplicación de la Ley (58) y en el ejercicio de la actividad judicial (59). Se trata, inicialmente, de evitar la laguna jurídica o, más generalmente hoy, de encontrar medios de solución que permitan la justicia en el caso concreto. El punto de partida es ahora el *jus conditum*. Desde esta perspectiva, con más claro reflejo legal (60) y mayor apoyo doctrinal, los Principios se entienden implícitos en la Ley (61); lejos de captarse

(58) Cfr., DE LOS MOZOS: *Derecho civil, cit.*, p. 410: «Por otra parte, el juego de los principios nunca puede suponer una vía para eludir la aplicación de la Ley y la costumbre, sino el camino adecuado para aplicar aquéllas en su verdadero significado y alcance, función de los principios que, según ha expuesto nuestra mejor doctrina, en la interpretación y aplicación del Derecho, acompañan a la propia Ley o costumbre».

(59) Esta perspectiva es particularmente clara en las *Reflexiones...*, de GARCÍA DE ENTERRÍA, ya tantas veces citadas.

(60) Baste recordar la disposición transitoria 13 del Código civil, o las repetidas referencias a los *principios* en la Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888. Aun cuando en este caso la situación es típicamente de *jure condendo*, los principios animadores de la regulación proyectada no son los directamente extraídos de la conciencia social, sino los inducidos de un criterio legal ya conocido, cuyo espíritu debe recogerse en el nuevo Código (base 1.^o). Así se habla, e.c. del «principio de la accesión y de copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del Derecho patrio», (base 10); de los «principios y prácticas del Derecho de Castilla» y de los «principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima», (base 12); o de los «principios capitales» del Tratado de las Sucesiones, (base 15); o de la fijación de «principios generales sobre la prueba de las obligaciones», (base 19); o del establecimiento de «los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación y sobre los motivos que las anulan y rescinden», (base 20), o de los «altos principios de justicia en que descansaba la Doctrina del antiguo Derecho, unánimemente seguido por los modernos Códigos» en materia de cuasi contratos, (base 21).

(61) En nuestra doctrina, por citar sólo algunos nombres, cfr., MANRESA: *Comentarios...*, I, 5.^a ed., Madrid, 1924, p. 86: «La opinión general, no obstante, es la que cuenta con más partidarios entre nosotros, Burón, De Diego, Castán, De Buen y otros, se inclinan a considerar que, de acuerdo con las tradiciones nacionales y la jurisprudencia anterior al Código, debe entenderse por Principios Generales del Derecho, no las normas abstractas de la justicia universal, sino los principios que concretamente informan nuestras Leyes». BATLLE: *Comentarios al Código civil*, dirigidos por ALBALADEJO, I, Madrid, 1978, p. 57: «La redacción del precepto vigente nos da a entender que el Legislador ha optado por el punto de vista sistemático, puesto que se refiere a su carácter informador del Ordenamiento jurídico. Esto vale tanto como declarar que por Principios Generales del Derecho hay que considerar los que informan e inspiran las Leyes vigentes y las costumbres también vigentes». ALBALADEJO: *Derecho civil*, I, 1, 1975, p. 93: «Los Principios Generales del Derecho son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en Leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro Ordenamiento jurídico». LACRUZ: *Elementos...*, *cit.*, p. 183: «...la Ley supone precisamente una *elección de principios* y, elegidos éstos, valen primero a través del texto. Vuelvo a insistir en que, salvo circunstancias excepcionales, en la práctica, y con arreglo a nuestro Derecho (no siempre a la ética), una norma de Derecho natural no podría sobreponerse, en el Ordenamiento positivo español (o de cualquier otro país) a un texto legal». Es también la posición recientemente mantenida en la Doctrina extranjera por LARENZ: *Derecho justo...*, *cit.*, p. esp. 32-37: «Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible... Si ello

directamente y en bruto de las convicciones sociales, se entienden ahora —versión refinada y aristocratizante de los Principios— obra de la dogmática del Derecho (62); su principal misión se situará en el momento de la aplicación e interpretación de la Ley, bien para obtener desde la *ratio legis* la extensión de la norma lagunosa, bien para situar la norma aplicable en la perspectiva sistemática capaz de permitir la solución justa al caso concreto. Así entendidos los Principios, resultará difícil justificar el valor de fuente autónoma del Derecho que en nuestro Ordenamiento les reconoce el artículo 1.º del Código civil (63).

es así, es fácil comprender que hay que buscar los principios dónde se les puede reconocer, aunque sea de modo limitado, antes que en ningún otro sitio: en el Derecho positivo... Como nosotros entendemos por principios del Derecho los pensamientos directores de una regulación jurídica, es manifiesto que hay unos principios que desde el punto de vista del Derecho justo son injustos, y otros que son intercambiables...»

(62) Los Principios son ahora principios «científicos» o «sistemáticos». Cfr. en tal sentido: DEL VECCHIO: *op. cit.*, p. 73: «Es evidente que la labor del intérprete, en cuanto aspira a comprender y completar un sistema históricamente determinado, no puede ser *cerebrina* o arbitrariamente individual; no puede consistir en la afirmación de un Derecho natural que cada cual se forja a su capricho, y contra el cual la lógica jurídica tendría mucha razón en protestar. El criterio y fundamento adecuado para la investigación de los principios se encuentra tan sólo en aquel cuerpo de doctrina general acerca del Derecho, que no es la obra artificiosa de un pensador aislado, sino que responde a una verdadera y sólida tradición científica, íntimamente ligada a la génesis de las mismas Leyes vigentes». A esta visión responde también el pensamiento de ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961, *passim*. En el mismo sentido. GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. e.c. 30-31: «Todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los Principios Generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo, que se volatizaría si el tradicional lugar de la Ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la Justicia o de la conciencia moral o de la discreción del Juez»; o 63: «Justamente, esta conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de “Principios Generales del Derecho”», o 67: «Estos Principios institucionales son normalmente los únicos “Principios Generales” respecto a situaciones determinadas, puesto que en ellos se expresan, a través de la conversión técnica correspondiente, el orden de valores propio del Derecho natural o del orden político, reducido a los términos concretos de la experiencia tópica». Igualmente, PUIG PEÑA: *Fuentes del Derecho civil*, en «NEJ», X, p. 229: «Es preciso que estas verdades naturales hayan sido por lo menos captadas y moldeadas por la dogmática para que puedan integrar un verdadero Principio de Derecho». DE DIEGO: *op. cit.*, p. 119: «Su declaración (de los Principios) es obra de la ciencia, de la técnica. Son, en suma, los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad (*a priori*) y los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas (*a posteriori*)».

(63) En el Derecho italiano, y desde la base legal de los artículos 1 y 12 de las *Disposiciones sobre la Ley en general*, la Doctrina es concorde en la negación del carácter de Fuente de creación del Derecho de los Principios Generales. Vid., e.c., FRANCESCHELLI, R.: *Fonti del Diritto*, Nuovo, dig. it., VI, p. 64: «Si e, cioè, cercato di elevare a dignità di fonte autonoma uno dei mezzi di interpretazione. Il che spiega a sufficienza, da un lato, come il problema delle fonti e quello dell'interpretazione siano intimamente legati, dall'altro, come ciascuna di tali pretese fonti, rifiutata come vera e propria fonte, sia stata, in definitiva, ridotta alla sua vera natura di mezzo d'in-

Ambas concepciones de los Principios Generales del Derecho aparecen en la anterior distinción como perfectamente diferenciables por el distinto momento de su consideración y por sus respectivos ámbitos de actuación; en consecuencia, también, como perfectamente compatibles y no excluyentes la una de la otra. Podría incluso pensarse que son, cada una de ellas, exponentes, más que de dos mundos separados, de un *continuum*, que, arrancando de las convicciones sociales básicas, llegaría hasta las últimas y más elaboradas disposiciones normativas. Con De Diego (64) podría decirse que los Principios Generales, al mismo tiempo que consisten, *a priori*, en los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad, significan, *a posteriori*, los efluvios y quintaesencia de las prescripciones positivas; o con García de Enterría (65), que los Principios admiten dos órdenes sucesivos de concreción social: el de lo «macro-organizativo», concerniente a las estructuras sociales y políticas básicas, donde encuentran su ope-

terpretazione. Il tentativo, infatti, non è, per nessuna delle accennate pretese fonti, riuscito. Non per il Diritto naturale, e in genere per i *principi generali del Diritto*, i quali non si possono concepire, in un determinato ordinamento giuridico, come anteriori al diritto, non stanno al di fuori o al di sopra di esso, ma si deducono, per via di successive astrazioni, dalle norme di diritto positivo costituito vigente». SANDULLI, A. M.: *Fonti del Diritto*, Noviss, dig. it., VII, p. 526: «Taluni annoverano tra le fonti non scritte anche i principi di Diritto non enunciati espressamente in atti normativi. E da osservare tuttavia che i principi non scritti... sono essi stessi norme, sia pure di portata più vasta e meno specifica delle norme particolari: non sono quindi fonti di produzione di norme, e traggono essi stessi titolo da uno o —con maggior frequenza— da più atti o fatti normativi, e precisamente da quelli che sono le fonti di produzione delle norme particolari che rivelano l'esistenza del principio». En el pensamiento de ESSER: *Principio y norma...*, cit., la conversión de los principios en norma se realiza por obra de la jurisprudencia, bien mediante la interpretación de las disposiciones legales (principios inmanentes a las instituciones, *ratio legis*), bien por medio de su formulación judicial en los precedentes (principios informativos, *guides*, *directivas*): *ad rem*, CASTRO: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, cit., p. 243. Inspirado en este punto en ESSER: GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 21-26. En nuestra Doctrina, y en crítica abierta al artículo 1.º del Código civil, GARCÍA VALDECASAS, G.: *Los Principios Generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil*, en «ADC», 1975, pp. 331-336: «Cualquiera que sea el concepto que se tenga de los Principios Generales del Derecho, es evidente, que no son una forma de positivarse las normas jurídicas, como lo son la Ley y la costumbre (p. 332)... Son, pues, fuente de aplicación, no de producción. Sin duda, los Principios Generales del Derecho, en la medida en que efectivamente informan el Ordenamiento jurídico, son principios positivados. Pero sus fuentes de positivización no son distintas de las que originan las demás normas jurídicas; lo que sucede es que la positivización de los principios, en la mayoría de los casos, se verifica a través de la positivización de las normas jurídicas particulares que los aplican y especifican. Por consiguiente, la positividad de los principios se infiere o induce de la positividad de las normas generales (Leyes, costumbres) e individuales (sentencias), que los aplican a las relaciones por ellas reguladas (p. 333). Indudablemente, de esa función que el Código asigna a los principios no puede deducirse que sean una forma o tipo de creación del Derecho, como lo son la Ley o la costumbre... Ni que decir tiene que los Principios Generales del Derecho quedan fuera de la jerarquía de las Fuentes, por la sencilla razón de que no son fuente de producción o creación (p. 334)».

(64) DE DIEGO: *op. cit.*, p. 119.

(65) *Op. cit.*, p. 80.

ratividad los grandes temas morales y antropológicos, en cuanto Derecho natural, y lo «micro-organizativo», es decir, el ámbito propio de los juristas, donde estos grandes temas pierden su agudeza y deben ser objeto de una conversión técnica capaz de permitir su inserción en lo que son las verdaderas piezas maestras del funcionamiento de la vida jurídica. En última instancia, según ya dijimos, los Principios son contenido más que cauce; justamente lo inverso de lo que, formalmente considerada, ocurre a la Ley; y alguna relación y continuidad debe haber entre el valor jurídico radical, tal como éste es apreciado en la conciencia social, el principio que lo enuncia normativamente en su forma más elemental e inmediata, la Ley que lo acoge y circunstanciadamente lo aplica como criterio regulador, y las inducciones que, técnicamente y a un nivel medio de abstracción, puedan extraerse de dicha Ley.

Nada habría que objetar, en líneas generales, a la afirmación de esta línea de continuidad y, en consecuencia, a lo que sería su normal resultado: la consideración unificadora de los Principios en torno a la Ley, inviscerados en ella y dirigiendo el proceso de su interpretación y aplicación. En situaciones de normalidad jurídica esta visión sería suficiente. Por el contrario, en situaciones de rápida evolución y de crisis es necesario destacar de nuevo la dualidad antes indicada. Es entonces cuando más vivamente se comprueba la fractura entre el mundo de las convicciones sociales y el de las normas legales: no es sólo que hay normas sin conexión necesaria con un valor objetivo (66) (el indiferente jurídico, cuya existencia es de siempre y que conecta más —por lo general— con la derivación técnica de la materia regulable que con los cambios sociales), sino que hay valores, sentidos y vividos socialmente como tales, sin traducción legal, bien por simple obsolescencia legal, bien por precipitación legislativa. A lo que debería ser pura línea de continuidad, sucede ahora la ruptura. La sociedad hace violencia contra la norma legal, o la Ley entra en conflicto con las convicciones sociales. Es entonces cuando la segunda y más extendida visión de los Principios —consecuencial a la Ley— se revela insuficiente, y cuando la primera —visión prelegal— clama por sus fueros.

La necesidad de mantener la distinción entre las dos formas de inteligencia de los Principios Generales del Derecho —de la cual se seguiría la distinción entre dos tipos básicos de Principios— aparece con toda claridad, y manifiesta su mayor virtualidad, en la verificación de las funciones que, genéricamente, se atribuyen a los mismos:

(66) Serían normas animadas por principios —en terminología de LARENZ: *op. cit.*, p. 37— «intercambiables». «Por supuesto —dice LACRUZ *op. cit.*, pp. 179-180— toda norma tiene su *ratio* o *vis directiva*, pero su contenido no es necesariamente expresión de un principio de justicia, siendo a veces, yo diría que casi siempre, mero recurso circunstancial para ordenar la convivencia».

información, interpretación y suplencia de la Ley y de la Costumbre. No todas se cumplen en igual forma en cada clase o tipo de Principios, ni todas se predicán con el mismo énfasis en cada concepción de los Principios.

Es claro, en efecto, que en la concepción consecuencial ninguna de las funciones resulta problemática. Los Principios, subordinados a la Ley y auxiliares de la misma, se obtienen de la norma legal como una forma de explicitación de su contenido: la función informadora, por necesariamente previa y presupuesta, carece de interés efectivo alguno; la interpretadora, ya de mayor interés práctico, discurre sin ningún tipo de dificultad ni problema a través del cauce de la interpretación lógica (*ratio legis*); la supletoria —la que más parece preocupar al legislador y la que explicaría la consideración de los Principios como fuente autónoma de tercero y último grado— tampoco plantearía problemas: los Principios serían el complemento de la Ley, sin estridencia alguna y por simple derivación o desarrollo homogéneo del contenido legal. La Ley ejerce pacíficamente un principado indiscutido y sin amenazas. Nada tiene que temer de los Principios. Ni siquiera cuando éstos aspiran a ganar posiciones desbordando la pura suplencia y pretendiendo guiar la aplicación e interpretación de la Ley, constituirían un serio peligro: el deseo de protagonismo nunca llevará a los Principios a negar la primacía de la Ley.

Muy otras son las cosas en la visión pre-legal de los principios. Aquí la relación inversa cumplimiento-interés discurre en sentido opuesto. Las funciones interpretadora y supletoria, cumplida la previa e informadora, discurrirían sin problema, pero también sin particular interés. La función más interesante sería la informadora o fundamentadora, justamente la que ahora no sería un puro presupuesto básico y fáctico, sino una necesidad o exigencia no siempre, ni por hipótesis ni de hecho, cumplida o satisfecha. Los principios se conciben ahora como los contenidos básicos y necesarios del Derecho; en razón de ello serían *entitativamente* prioritarios a la Ley, por más que la Ley sea la fuente *formal* de primer grado o jerarquía. Si bien se mira, tampoco en esta concepción vendría a negarse la primacía de la Ley en la jerarquización de las Fuentes *formales* del Derecho; tan sólo se limitará su campo de juego. Si hay exigencias pre-legales y necesarias de justicia, en la medida en que la Ley quiera ser norma jurídica, habrá de dar cauce formal a esas exigencias. Es así como la Ley se legitima, en tanto que instrumento al servicio de la justicia. Así es también como puede irrumpir en la ordenación de los comportamientos interindividuales con pretensiones reguladoras y con exigencia justificada de acatamiento y de respeto.

Parece obvio que cualquier concepción del Derecho nacida del culto a la justicia y guiada por el ideal de la fidelidad a la misma, habría

de hacer suya la que hemos llamado visión pre-legal de los principios. De hecho no es infrecuente la afirmación de que los principios radicales de justicia son anteriores y superiores a la Ley (67); incluso el mismo reconocimiento legal de la función informadora de los principios, así parecería suponerlo (68). Ahora bien, ¿qué efectividad puede tener esa función informadora —y sin ella, cuál la concepción prelegal de los principios— si la misma Ley que la anuncia no la provee de un cauce efectivo de operatividad? ¿No están llamadas en tal caso las afirmaciones de la prioridad entitativa de los principios a quedarse en mera afirmación retórica, o en pura declaración, tan bien intencionada como idealista (69), condenada fatalmente a estrellarse contra el principio de legalidad y jerarquía normativa (arts. 9.3 de la Constitución Española y 1 del Código civil) (70)? Frente a él nada podrían

(67) Es esta afirmación central en el pensamiento de CASTRO; limitamos ahora la cita a sólo dos lugares de su *Derecho civil, cit.*, p. 346: «Según la verdadera concepción del Derecho, el Derecho Natural es, como atributo de legitimidad del Derecho positivo, fuente informadora de todo el Derecho, y a la vez Derecho positivo inmediatamente aplicable en forma de Principios Generales del Derecho. En este respecto, las normas del Derecho natural —como los mismos principios directores— alcanzan a priori una posición primaria en todo Ordenamiento jurídico pensable»; p. 413: «Con ellos (los principios) se alude a una realidad jurídica independiente y superior a la Ley positiva, a aquella que le da sentido jurídico, valor moral y eficacia social». Acepta este planteamiento ESPÍN: *Manual...*, I. 8.ª ed., 1982, p. 49. Desde otras concepciones en tema de fuentes, CASTÁN: *Derecho civil...*, I, 11.ª ed., 1975, p. 481: «La validez del Derecho positivo ha de estar, en efecto, fundada en el Derecho natural y, consiguientemente, tiene aquél como límites los que imponga el respeto a la Ley natural»; GARCÍA VALDECASAS: *op. cit.*, pp. 334-335: «...en buena lógica no puede o no debe existir contradicción entre los principios informadores del Ordenamiento jurídico y las normas particulares (Leyes y costumbres) por ellos informadas. Y si tal contradicción existiera, es decir, si una Ley o costumbre infringiera un principio de Derecho natural, u otro principio básico del Ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general, superior por su propia validez o fuerza intrínseca».

(68) El informe de la ponencia razonaba en este punto el texto del Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Código civil, de la siguiente forma: «El texto propuesto recoge la doble función de los Principios Generales del Derecho, como informadores o inspiradores de las Fuentes jurídicas y como normas aplicables subsidiariamente. Se trata de reflejar la idea de que los Principios Generales del Derecho no son simplemente una fuente subsidiaria del Derecho, sino que, además, se encuentran fuera de la clasificación jerárquica de las normas, porque inspiran todo el Ordenamiento jurídico».

(69) Algo de voluntarismo idealista nos parece ver en el texto de CASTRO: *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica, cit.*, p. 245: «Los principios más altos (los del Derecho natural) al estar fuera del poder de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en el vivir de la comunidad (existen fuera de ella). Aunque puede ocurrir, y sucede con frecuencia, que esa positivización sea parcialmente obstaculizada y diferida, ya sea a causa de disposiciones legales, proceder de las autoridades o de la mayoría del pueblo, contrarios a los principios... Los Tribunales están obligados a obedecer y aplicar los principios generales como normas jurídicas fundamentales...».

(70) Cfr. DE VECCHIO: *op. cit.*, p. 118: «Cuando una de tales contradicciones tiene lugar, es indudable que al reconstruir el sistema jurídico positivo y en especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las Leyes tal como son y no tal como deberían ser según los puros principios. Un método distinto conduciría inevitablemente a infringir la unidad del sistema, confundiendo a cada momento el *ius conditum* con el *condendum*, y la función del Juez con la del Legislador, obrando así se despojaría al Derecho positivo de aquella certidumbre que, en cuanto tal, no

de inmediato e intraordinamentalmente los principios; sólo cabría la paciente espera de que las convicciones sociales logren imponerse hasta conseguir el cambio legislativo (71), o la remisión del problema al campo de las conciencias (72), donde es posible desde la resistencia pasiva hasta la subversión violenta del régimen establecido (73). Se comprende que en las condiciones indicadas y para la apreciación más extendida, los principios terminen por replegarse a los límites de su tarea de auxilio a la Ley, y que la función informadora se entienda más como fácticamente siempre realizada que como exigítivamente realizable. Los principios que cuentan son los *del* Derecho establecido (74), no los del Derecho entitativamente tal, por su conformidad con la justicia, independientemente de su acogida legal. Los princi-

puede dejar de pertenecerle». GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, p. 123-124: «El principio de legalidad no mecaniza al Juez, en efecto, pero es de observancia insoslayable. El imperio de la Ley, expresión jurídica del principio democrático, no podrá nunca ser excluido por consideraciones extralegales en el sistema constitucional. Una Ley concreta podrá entenderse inaplicable por la eventual entrada en juego de otra Ley, o por su derogación expresa o implícita, o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero nunca porque el Juez pueda erigirse en superior a ella, y desde cualquier valor, por eminente que sea, si no son los valores de la Constitución o de otras Leyes, pretenda erigirse en puerta de su efectividad... Este es un principio esencial que debe enfatizarse en primer término»; DE LOS MOZOS: *op. cit.*, p. 410: «Por otra parte, el juego de los principios nunca puede suponer una vía para eludir la aplicación de la Ley y de la costumbre, sino el camino adecuado para aplicar aquéllas en su verdadero significado y alcance...»; LACRUZ: *Elementos, cit.*, pp. 181-182: «En cualquier caso las convicciones y valoraciones ético-sociales e incluso los principios elementales de justicia, si bien son guía del Legislador y contraste y medida de la perfección ética de cada Ordenamiento, en cuanto fuente son... Derecho supletorio, y... no cabría que el Juez los invocase como Derecho positivo frente a una Ley que se oponga a ellos. Al contrario, la seguridad jurídica exige que el Juez omita sus valoraciones personales y aplique las normas sin correcciones extrapositivas no previstas en ella, pues, en general, el mejor modo de realizar la justicia en una sociedad democrática es conforme al orden creado por las normas legales». Hace suyo este planteamiento, ESPÍN: *op. cit.*, pp. 152-153. Una relativización del principio de legalidad, en DIEZ PICAZO—GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 5.ª ed., reimp., 1986. pp. 111-112: «La idea del principio de legalidad podría entenderse como sinónimo de supremacía de la Ley, o, lo que es lo mismo, de subordinación a la Ley de todas las demás fuentes del Derecho. Esta supremacía de la Ley respecto del Derecho general del Estado, no parece haber inconveniente en admitirla, en la relación de la Ley con la costumbre, pero la cuestión se torna más dudosa en relación o en conexión con los Principios Generales del Derecho. No es éste el momento de examinar esta cuestión con mayor detenimiento, pero creemos ya desde ahora, que puede anticiparse una respuesta negativa en aquellos sectores del Ordenamiento (v.g., Derecho privado) en que no rige un verdadero principio de legalidad...». Con todo, parece claro, que el principio de jerarquía normativa erige a la Ley, donde la haya, en barrera infranqueable al juego de principios de contenido distinto a la inspiración legal.

(71) En forma similar, e.c., a como en la exposición de DEL VECCHIO: *op. cit.*, pp. 118-120, fue minándose el contenido de la esclavitud.

(72) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, p. 124, nota 38,

(73) Así, CASTRO: *op. cit.*, p. 424, nota 6, en relación con los «principios políticos»: «El desconocimiento de la relación de jerarquía y equilibrio puede originar la ineficacia de las normas de la organización estatal e incluso el movimiento revolucionario».

(74) «Los del genitivo posesivo, los *del* Derecho, porque están en él, como dice SANCHO REBULLIDA: *Los Principios Generales del Derecho, cit.*, p. 55.

pios, o se apoyan en la Ley y en ella encuentran siempre la barrera infranqueable a su eficacia, o tienen que actuar fuera del sistema y en contra del mismo: no hay lugar en el Ordenamiento positivo para la posible existencia y eficacia de unos principios supralegales.

Pero es justamente aquí, en lo que constituía el decepcionante punto de llegada del planteamiento sólo atendido al artículo 1.º del Código civil, donde hoy resulta posible proseguir adelante hasta llegar a la positivización más eficaz de unos principios supralegales de justicia. Con razón ha indicado Fuenmayor (75), que la Constitución Española de 1978 ha venido a dar acabamiento congruente a la labor iniciada con la reforma del Título Preliminar del Código civil. Si en esta reforma quedaba en la imprecisión el alcance de la función informadora de los principios, tras la Constitución es clara la posibilidad de unos principios supralegales con valor de Derecho positivo y rango superior a la Ley. Son los principios recogidos en la misma Constitución ; principios «constitucionales», como los llama Díez-Picazo (76), o principios «superiores», en expresión de García de Enterría (77). La peculiar superioridad y la propia razón de ser de la Constitución atrae hacia los principios en ella contenidos una prioridad de rango y una exigibilidad de animación del Ordenamiento, que necesariamente tienen que traducirse en la apertura hacia la eficacia de la enunciada —en 1974, aporéticamente— función informadora de los Principios Generales del Derecho. Con la Constitución —puede decirse con Ollero Tassara (78)— ha surgido una nueva consideración de los principios: no abstraídos *a posteriori* de los contenidos de la Ley, ni meramente informantes *en presente*, sino con un carácter claramente *pre-legal*.

Todo concurre, a la altura del constitucionalismo actual, para que así sea. La Constitución trata ahora de expresar el más amplio consenso social sobre los valores y principios fundamentales de la convivencia; tiene, por tanto, que asentar sus raíces en el mismo *humus* que anima las convicciones sociales. Por otra parte, la Constitución se formula con decidida vocación de eficaz animación del Ordenamiento. Como norma positiva de Derecho, alcanza a concretar sus contenidos; en su parte dogmática recoge las convicciones sociales básicas; por su singular superioridad y eficacia normativa marca las pautas necesarias a las que habrá de amoldarse el poder legislativo y, en general, todos los poderes del Estado. Los principios, que, en ex-

(75) FUENMAYOR, A.: *Alcance del principio constitucional de igualdad*, en «ADC», 1983, p. 1327.

(76) Díez—Picazo: *Constitución y Fuentes del Derecho*, cit., p. 654: «Son principios, obviamente, los que la Constitución define como tales. Hay, pues, desde ahora, unos principios constitucionales».

(77) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones...*, cit., p. 133.

(78) OLLERO TASSARA, A.: *Derecho natural y jurisprudencia de principios (con referencia a la Constitución española de 1978)*, en «Persona y Derecho», 8, 1981, p. 178.

presión de Díez-Picazo (79), planeaban por encima del Ordenamiento como espíritus puros o casi angélicos, se encarnan ahora y concretan en la Constitución y en ella obtienen el medio técnico y eficaz de su función informadora. Cualquiera ve que, desde este punto de vista, la Constitución juega hoy como el subrogado positivamente tecnificado del Derecho Natural (80). La función históricamente reconocida al Derecho Natural está hoy confiada a la Constitución; del mismo modo podría ocurrir que la plasmación constitucional de los Principios más básicos llevara a la penumbra a éstos, en tanto que Principios, destacando en ellos solo lo que hay de dato constitucional (81). No sería un precio excesivo, si a través de su constitucionalización los Principios objetivos de justicia obtienen la plena virtualidad de su función informadora del Ordenamiento.

Aquí llegado el discurso, podría planteársenos una seria objeción, digna en sí de toda atención y de cuidadosa respuesta: ¿Puede el texto positivo de la Constitución aspirar a cumplir la alta función del Derecho natural? ¿No descansa la Constitución en un consenso social, histórico de suyo y mudable, como cambiantes pueden ser las valoraciones sociales? Y si tal es su base, ¿no decae en ella la peculiar nota de la objetividad que hacía del Derecho Natural algo absolutamente al margen del vaivén de los cambios sociales y del arbitrio legislativo, como inmediatamente enraizado en la realidad natural y, desde ella, fundamentado indisponiblemente en su existencia y exigibilidad? ¿No resultará entonces la Constitución un molde excesivamente frágil para dar adecuado cauce a la sólida objetividad del Derecho Natural? Es cierto, que la respuesta tiene que producirse en sentido afirmativo. Pero, ¿quién ha negado nunca —en mentalidad iusnaturalista— que la Ley positiva, no obstante su característica mutabilidad y su origen en la voluntad popular, debe recoger los imperativos necesarios de justicia y poner a su servicio todo el peso de la coactividad? Precisamente la Constitución, en su condición de vértice del que pende la totalidad del Ordenamiento, o de base sobre la que todo él descansa o se asienta, está llamada a recoger los más altos o fundamentales imperativos jurídicos; justamente aquellos que inmediatamente conectan con su raíz natural. Por la fundamentalidad de

(79) Díez-PICAZO: *La doctrina de la Fuentes...*, cit., p. 944.

(80) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. et toc. ult. cit.*: «...los cuales (los principios) son hoy para los juristas españoles de dos clases: los "superiores", contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de ciertos principios —justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc.— entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho natural)». Sobre el tema, vid., ampliamente, MORELLI, G.: *Il Diritto Naturale nelle Costituzioni moderne. Dalla dottrina pura del Diritto al sistema dell'ordinamento democratico positivo*, Milano, 1974.

(81) Sobre la relación inversa de proyección exterior entre principios y Constitución, cfr., MORANGE: *Una categorie juridique ambiguë...*, cit., pp. 768-770. Los principios se afirman en la conciencia jurídica a causa de su menor reconocimiento constitucional; su consagración constitucional los vacía de contenido en cuanto tales principios.

su parte dogmática, y por su peculiaridad de Ley de Leyes, la Constitución puede ser hoy el reflejo —cierto que anónimo y no perfectamente adecuado, pero el más positivamente adecuado— del contenido y función del Derecho natural. No hacemos esta afirmación para cualquier Constitución, ni para la Constitución en abstracto, atendida tan sólo su peculiaridad formal; la referimos a nuestra Constitución y a las que, como ella, se inspiran en un modelo común.

Por otra parte es innegable la evidencia de que el Derecho natural puede resultar cierto e inmutable en sus más altos principios pero que inevitablemente comienza a hacerse problemático e histórico en la determinación de sus derivaciones y conclusiones. Y es en este terreno más próximo a la experiencia problemática donde el Ordenamiento tiene que determinar las concretas exigencias del *justum*. A ese nivel, incluso para la visión creyente, el Derecho natural carece de instancia definitiva específica. Es cierto que, de acuerdo con la expresión paulina, Dios escribió la Ley Natural en el corazón de los hombres (Rom. 2,15); pero también lo es que, en expresión igualmente de San Pablo, aquí vemos sólo confusamente, como en espejo de adivinar (*in speculo et aenigmate*: I Cor. 13,12). El Derecho Natural implica, en razón de su propio concepto, fundamentación entitativamente objetiva (*objetividad quod se*), pero —carente de formulación unívoca y definitiva— está necesitado de mediación cognoscitiva y socialmente declaratoria *quoad nos*: es aquí, en esta mediación social que en la Constitución encuentra su más importante reflejo, donde las convicciones sociales juegan su papel declaratorio del Derecho natural y donde esta declaración se produce en forma de Principios Generales del Derecho (82).

La comunidad que directamente capta los valores básicos sobre los que necesariamente ha de descansar la justa ordenación de la convivencia; la Constitución, que les da acogida y enunciación principal; y el completo Ordenamiento, que los concreta y desarrolla haciéndolos clave de la circunstanciada regulación en él establecida: he aquí cómo se produce en términos positivos el engarce entre el completo y complejo sistema normativo y el Derecho Natural. Es en esta forma como el Derecho Natural, a través de las convicciones sociales, logra entrar —inspirándolo y animándolo— en el Ordenamiento positivo, y como, al mismo tiempo, se traduce la prioridad de la sociedad civil sobre el Estado. Todo intento por lograr la mayor correspondencia

(82) Para CASTRO: *Derecho civil...*, cit., pp. 416-417, incluso las reglas del Derecho natural requieren su positivización: «aunque merezcan el nombre de Principios Generales del Derecho natural, sólo cuando la recepción se hace por la comunidad y sin que se formule en una regla específica... Los principios generales derivan su fuerza jurídica de la misma comunidad jurídica, expresando del modo más directo su idea de la vida... En resumen, el significado jurídico de los principios reside en el valor intrínseco (*ratio*) que se le reconoce en la comunidad».

entre el Derecho y las valoraciones o convicciones sociales resulta así un intento de viabilizar positivamente el Derecho Natural a través de la función informadora de los Principios Generales del Derecho.

En razón de todo lo anterior parece lícita y justificada la conclusión de que son dos las clases fundamentales de Principios Generales que pueden distinguirse, y dos, en consecuencia y como derivación, las funciones que de los Principios pueden esperarse. De una parte estarían los principios pre-legales, previos y superiores en entidad a la Ley ordinaria, fundamentadores de ésta a informadores de su contenido. Serían los Principios consagrados más o menos explícitamente en la Constitución y derivados de los valores en que ésta asienta su consistencia. Encuentran su origen estos principios en la percepción social de la realidad natural, y generan una dinámica de desarrollo con tendencia a traducirse en el cambio legislativo. Operan, con la Constitución, como elemento de mediación entre las convicciones sociales y la Ley que las recoja en la instancia *de jure condendo*. De otra parte estarían los principios obtenidos técnicamente de la Ley y derivados de ella, principios post-legales, rectores de la aplicación de la Ley ya establecida y encargados de su complementación homogénea. Tienden estos principios a la implantación y estabilización del sistema legal, y actúan como guías de la labor jurídica, *jure condito*. Con rango evidentemente inferior a los anteriores, a ellos habrán de atenerse y subordinarse (83).

Puede ser útil destacar que el fundamento de la distinción propuesta no radica sólo en la distinta consistencia *a se* de cada singular principio. Junto a este dato entitativo ha de tenerse en cuenta otro, éste ocasional: el de su relación, de acogida o desconocimiento, con la Ley ordinaria. Queremos con ello indicar que el posible —y generalmente cumplido— reflejo legal de un principio natural-constitucional (e.c, arts. 38 de la Constitución Española y 66 del Código civil), no priva a éste de su carácter de tal, ni lo rebaja en su rango. La tendencia es la contraria: el superior rango del principio exige la traducción de éste en Ley ordinaria (84); es entonces cuando el principio se implanta y, desarrollado en Ley, comienza a desplegar todo el potencial

(83) GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 133-134, distingue entre principios «superiores», contenidos en la Constitución, y principios institucionales; PERLIGIERI: *op. cit.*, p. 7, distingue entre principios constitucionales y principios derivados del Ordenamiento de rango ordinario; MORANGE: *op. cit.*, pp. 774-778, distingue entre principios constitucionales, con rango de tales y vinculantes tanto para el Legislador como para la Administración; principios legales, extraídos de la Ley y con rango legal; y principios reglamentarios, extraídos de los reglamentos y subordinados a la Ley. Entre nosotros, CARRETERO PÉREZ: *El concepto constitucional de fuentes del Derecho*, *cit.*, pp. 396-397, ha distinguido entre principios constitucionales, principios de Derecho natural, principios institucionales y principios generales legales. Para otras clasificaciones puede verse BOBBIO: *Principi Generali del Diritto*, Novis, Dig, it., XII, 1966, pp. 893-896.

(84) *Ad rem*, magistralmente, GARCÍA DE ENTERRÍA: *op. cit.*, pp. 59-64.

de su eficacia. La utilidad de la distinción de unos principios particularmente tensos en su virtualidad radica en la comprobación simultánea de la indisponible imperatividad de su fundamento y de su insuficiente o nula traducción legal. Por esta razón, creemos que ni la Ley puede, por sí sola, segmentar principios en atención a su íntima naturaleza, ni es adecuada una segmentación significativa que no tenga en cuenta el dato del desconocimiento o reconocimiento legal del principio (85). El peculiar interés de la función informadora de los más auténticos y superiores principios depende, al mismo tiempo, de la especial solidez de su fundamento y de su falta de eficaz y suficiente reconocimiento legal.

Tratando ya de concluir, se impone comprobar la utilidad de nuestro intento de concreción y clarificación en tema de principios, ensayando la respuesta a las tres cuestiones básicas que —según creemos— estos plantean hoy a la ciencia del Derecho: ¿cuál es su naturaleza, cuál el origen de su fuerza de obligar, cuál el alcance de su eficacia? (86).

Naturaleza: ¿Principios objetivos de Derecho Natural? ¿Valoraciones y convicciones con arraigo social? ¿Criterios inducidos del Ordenamiento legal en vigor? Posiblemente, de todo, pero distinguiendo. Las convicciones sociales básicas terminan por remitir, según dijimos, al *natura justum*, y éste, por serlo, debe resultar captable desde la intuición humana general: para Cicerón (87) la verdadera Ley es la *recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes*, y para Santo Tomás es propio del hombre actuar según razón (88). Aquí se dibuja un primer sector de principios, apto, *data conditione*, para exigir y desempeñar una peculiar funcionalidad. Pero, de otra parte, y con independencia de su fundamento *a se*, la norma legal presupone un criterio inspirador, al cual da circunstanciado desarrollo: he aquí un posible sector de principios con evidente significación para la interpretación y aplicación de la Ley. Son, pues, dos sectores de principios, perfectamente distinguibles y compatibles.

Origen de su fuerza de obligar: ¿La pura objetividad de su fundamento natural? ¿El cuerpo social que los profesa? ¿La Ley que los

(85) Lo que ocurre con la conocida distinción de CASTRO entre principios naturales, tradicionales y políticos. Por una parte, el Derecho natural debe permear todo el Ordenamiento hasta sus últimas capas: ¿no se producirían de este modo filtraciones de principios naturales en la capa de los tradicionales y políticos? Por otra parte, un principio político, por hipótesis, no natural ¿podría afirmar su vigencia contra un principio natural? ¿y uno tradicional, en igual hipótesis?

(86) Para un parecido planteamiento de esta problemática y para una muy documentada exposición de criterios de solución y tratamiento, cfr., BOBBIO: *op. cit.*, pp. 888-893.

(87) *De republica*, III, 22.

(88) S. Th. I-2, 94, 4: *Ad legem naturae pertinet ea ad quae homo naturaliter inclinatur; inter quae homini proprium est ut inclinetur ad agendum secundum rationem.*

adopta como criterio regulador? También aquí, y paralelamente, se impone la distinción. Hay principios que traen su fuerza obligatoria del valor intrínseco que se les reconoce en la conciencia social (89). En este sentido no dependen ni de la autoridad del Estado —a diferencia de la Ley— ni de los usos o prácticas de determinados grupos o fuerzas sociales —a diferencia de la costumbre (90). Constituyen de esta forma el que Santi Romano llamaba *jus involuntarium* (91); el que deriva de los valores reconocidos y propugnados por la Constitución, y que en ella misma comienzan a recibir consagración principal como fundamentadores del orden de la convivencia. Pero junto a esta más honda fuerza de obligar es perfectamente distinguible otra: la que inmediatamente deriva de la Ley en favor de los criterios que efectivamente la inspiran; en la Ley descansa directamente la eficacia normativa de los principios sistemáticos e institucionales, los que *a posteriori* se obtienen de la trabazón del Ordenamiento y de las figuras en el mismo conformadas. También ahora se trata de una doble razón de obligar perfectamente distinguible y compatible.

Alcance de su eficacia: ¿hasta imponerse al Legislador inspirando contenidos necesarios a la norma legal, o sólo como norma limitada al proceso de aplicación de la Ley? ¿Superior a la de la Ley, o subordinada a la de ésta, y subsidiaria? De nuevo es preciso distinguir. Hay principios enraizados en la naturaleza misma y profesados como normativos en la conciencia social, que, recogidos en la Constitución, se imponen al Poder Legislativo, so pena de inconstitucionalidad. Es aquí donde los principios cumplen la que Brunetti llamaba «función transeunte» del Derecho natural (92), la que Castro denominaba función informadora de los Principios Generales del Derecho, y que hoy encuentra reconocimiento legal en el artículo 1.º del Código civil. Una vez cumplida esta función, o bien cuando se trata de Principios de no tanta hondura entitativa, pero positivamente adoptados por la Ley como criterio —en tal caso, no necesario, sino contingente— de regulación, su eficacia quedará circunscrita a la aplicación de la Ley. Se tratará en tal caso de una eficacia derivada de la de la Ley, y operante, sobre todo, en caso de laguna legal. Así se siente la necesidad del recurso a los Principios Generales del Derecho, y así se imagina su eficacia en la época codificadora (a cuya visión sigue siendo sustancialmente fiel nuestro reformado art. 1.º del Código civil). La experiencia posterior ha venido a resaltar el raquitismo de esta concepción: no es sólo la suplencia de la Ley lo que justifica la intervención de los Principios; es la misma Ley la que va a resultar envuelta en un sistema principal del que obtendrá su más justa significación

(89) La feliz expresión es de CASTRO: *op. cit.*, p. 417.

(90) Así, DIEZ PICAZO-GULLÓN: *Sistema...*, *cit.*, p. 115.

(91) SANTI ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 66.

(92) BRUNETTI: *op. cit.*, pp. 445-446.

y sentido. Cuando esa envoltura o atmósfera llega hasta la altura de la Constitución, los Principios —constitucionales— incluso se impondrán a la Ley, marcándole las pautas esenciales de su contenido. Es así como los principios llegan a cumplir esa función, *insieme propellente e delimitante al vertice di un sistema*, que Bobbio destaca como razón de la creciente importancia hoy atribuida a los mismos (93). Las tres funciones comúnmente atribuidas a los principios encuentran así su justificación y delimitación; particularmente, ahora, la función informadora encuentra el cauce positivo de su eficacia.

Una última indicación, para terminar estas reflexiones sobre los Principios Generales: ¿Constituyen éstos propiamente una fuente autónoma del Derecho? La doctrina ha venido señalando la dificultad de encontrarles cómo y homogéneo encaje en la enumeración del artículo 1.º del Código civil. Sin duda, con razón. Si los principios se invisceran en el contenido de la Ley (constitucional u ordinaria), ¿no podría pensarse que ello significaría su transformación o metamorfosis en norma legal? (94). Aún respondiéndose negativamente, el interrogante vuelve a plantearse en forma diferente: si el Principio se admite como normativo y vinculante en razón de su apoyo en la norma legal, ¿no vendrá ello a significar que deriva su eficacia normativa de la misma Ley que lo acoge y refleja? ¿Dónde queda entonces su fuerza autónoma de obligar? La Exposición de Motivos del Derecho sancionador del texto reformado del Título Preliminar responde con claridad: el significado informador de los principios no da razón de la consideración de éstos como fuente autónoma del Derecho. Sólo su función subsidiaria los erige en fuente normativa *a se*.

Ahora bien, ni siquiera esto último es tan claro. Hemos visto ya cómo en el Ordenamiento italiano la función subsidiaria reconocida a los Principios no erige a éstos en fuente autónoma; y, probablemente

(93) BOBBIO: *op. cit.*, p. 896: «La crescente importanza che si viene riconoscendo ai principi generali nella legislazione e nella giurisprudenza deriva dal riconoscimento della loro funzione insieme *propellente e delimitante* al vertice di un sistema: la quale non esclude peraltro la funzione unificante in campo più strettamente dottrinale».

(94) Vid., e.c., GARRIDO FALLA: *Las fuentes del Derecho en la Constitución Española*, en «La Constitución Española y las fuentes del Derecho», Inst. Est. Fisc. Madrid, 1979, pp. 43-45: «Ahora bien, desde el momento en que un principio se positiviza, una de dos: o el principio se convierte en norma (es decir, en Ley con su peculiaridad como fuente del Derecho), o la norma se convierte en principio, remitiendo a la específica problemática que esta otra fuente tiene... ¿Quiere decirse entonces que la positivización de los principios es imposible? Tampoco sería correcta la contestación positiva... Pienso, pues, que sigue siendo válida la distinción inicial. Algunos "principios", al positivizarse, se han convertido en auténticas normas jurídicas y han dejado de ser "Principios Generales del Derecho". Al invocarse ante el Tribunal Constitucional se invocará una fuente escrita de Derecho, es decir, una Ley (constitucional)... Pero luego están los "otros principios" que, aun estando en la Constitución, juegan el papel —y no otro— que el que se desprende del artículo 1,4.º del Código civil; aplicación a falta de precepto constitucional expreso... y criterio informador de nuestro Ordenamiento jurídico total».

te, con razón: los principios permitirían la explicitación de lo que en la norma se encuentra latente.

Se impone, al parecer, la conclusión crítica al tratamiento legal de los Principios en el artículo 1.º del Código civil. Siendo fuente del Derecho, ni son fuente formal, ni son fuente subsidiaria tras la Ley y la costumbre. Los principios son contenido, y no cauce regulador; es decir, son fuente, pero no formal, sino material del Derecho (95); por ello tienen vocación *informativa* del Ordenamiento. Bastará comprobar que los más básicos y fundamentales Principios encuentran su reflejo normativo en la Constitución para concluir la existencia de Principios superiores en rango a la Ley ordinaria. Otra cosa deberá decirse de los Principios técnicos y contingente cuyo único fundamento radica en la misma Ley que los adopta; éstos, que se aplican siempre con la Ley, sólo la suplen, desde su generalidad, en defecto de previsión legal específica.

5. Basta, casi, con recopilar cuanto hasta ahora hemos venido exponiendo, para comprobar cómo la Constitución, en su condición de piedra angular del sistema jurídico, es también clave necesaria para la inteligencia y completa explicación de la teoría de las Fuentes del Derecho.

La codificación, exponente de la estatalización del Derecho, es sólo parte de un proceso que no culminará hasta que llegue a perfilarse el sometimiento del Estado al Derecho; esto es, hasta que la Constitución no consagre el Estado material de Derecho. Código y Constitución constituyen en tal sentido momentos diferentes (96) de un mismo proceso, cuya unitaria inspiración es claramente localizable en la Declaración de Derechos de 1789: el Código, moviéndose en campo más reservado del flujo de las corrientes, y por ello mismo, gozando de un amplio *corpus* de doctrina, contrastada y con tradición de muchos siglos, pudo adelantarse en el tiempo y asentarse establemente como exponente del estatuto básico de la persona en su dimensión jurídico-privada (97); la Constitución, por el contrario, teniéndose que abrir

(95) Cfr. GARCÍA VALDECASAS: *op. cit.*, *passim*.

(96) GALGANO: *Diritto privato*, 2.ª ed., Padova, 1983, p. 15: Nell corso dell'Ottocento si svolgono così due grandi processi paralleli: uno è quello della statalizzazione del Diritto regolatore delle società nazionali; l'altro è quello della costruzione dello Stato di diritto. Il primo si attua con i Codici; il secondo si realizza attraverso le Costituzioni... nel secolo successivo la funzione delle Costituzioni si dilaterà: esse diventeranno la legge fondamentale delle diverse società nazionali, delle quali regoleranno con norme di principio tutti gli aspetti basilari, anche i rapporti fra cittadini, e non solo quelli fra Stato e cittadini.

(97) Obviamente, hablamos aquí de la codificación, y empleamos el término Código, en un sentido muy general, que no tienen en cuenta —porque a este propósito carecen de interés— ni las peculiaridades de nuestra codificación, ni las distintas formas de reacción de los distintos Códigos frente a su erosión por consecuencia de los cambios sociales. Por encima de una y otras es lo cierto que en el ámbito del Derecho

paso en un terreno antes intransitado y siempre más próximo a la línea de fuego en las grandes batallas de los últimos tiempos, ha encontrado formas distintas y momentos diferentes de plasmación y de arraigo, en función de una problemática que, susceptible de ser unificada en sus grandes capítulos, resulta también diversificada en su planteamiento territorial. Basta al fin de nuestras reflexiones, tomar nota del modelo constitucional que, joven aún en sus precedentes europeos, entre nosotros cuenta con vigencia aun inferior a una década. En él la Constitución es mucho más que una Ley —la primera en todo caso— formal y programática; asume también contenidos sustantivos esenciales y proyecta hasta ellos la forma más consistente de eficacia vinculante. En estas condiciones, la Constitución vendrá a culminar el edificio del sistema jurídico y, *eo ipso*, a aportar los elementos necesarios de solución —incompletos en la formulación codificada— a la compleja cuestión de las Fuentes del Derecho.

La Constitución, en efecto, hoy como antes, es la fuente primaria del Derecho en razón de su superioridad formal y en su consideración de Ley reguladora de los órganos de producción de normas jurídicas. Pero esto, con ser ya algo, es todavía bien poco. Por más primaria, en efecto, que pueda considerarse la Constitución, también ella es Derecho creado, más que fuente del Derecho (98); de otra parte, parece clara la insuficiencia de cualquier reducción formalista de la función fundadora y legitimante de la Constitución (99). Las cosas van a variar sustancialmente cuando, a la vista de la experiencia histórica, el mismo acuerdo social que da vida a la Constitución, conectado con la común y más básica sensación de la justicia, y desde la raíz de las más firmes convicciones sociales, lleve a la norma fundamental contenidos necesarios de Derecho. El tránsito del Estado de Derecho al Estado material de Derecho pasa por la incorporación

privado existe un *corpus* jurídico tradicional y estable, que sigue siendo hoy el núcleo de los distintos Códigos civiles y que, en su día, permitió la prioridad de la codificación, sin posible paralelo de consistencia y estabilidad con la Constitución y con la doctrina llamada a fundamentarla y desarrollarla.

(98) Cfr., DÍEZ-PICAZO: *La doctrina de las Fuentes del Derecho*, cit., p. 944: «La concepción Kelseniana tropieza con un inconveniente teórico de no escasa monta, si se pretende que la Constitución es ella misma una norma jurídica y no una simple enunciación de programas y de directrices. La Constitución es ella misma Derecho creado y no Fuente del Derecho».

(99) Cfr., CASTRO: *Derecho civil*, cit., p. 357: «...es cierta la dependencia lógica de la Ley al requisito de su legitimidad; pero ésta no se reduce a la mera primacía lógica, ni altruismo de que lo legitimado se basa en lo legitimante; significa poder legítimo del Legislador y contenido legítimo de la norma legislativa. Las *normae constituendi* y las *normae agendi* no están separadas por un invadable foso lógico; la división de competencias dentro de la organización del Estado... afectará a la legitimidad de origen de la Ley, pero no debe olvidarse que la legitimidad del poder está condicionada tanto por el origen como por el ejercicio que del poder se haga... Toda cuestión sobre legalidad constitucional oculta siempre una pregunta sobre la legalidad política del acto legislativo».

a la Constitución de aquel *juicio valorativo de la comunidad social* que, en la enseñanza de Castro, constituía el hecho social más importante de positivización del Derecho Natural en forma de Principios Generales del Derecho (100). Es ahora cuando la Constitución va a encontrar base sólida de asentamiento y cuando, al mismo tiempo, va a constituirse en *germen principal* del completo Ordenamiento (101). Interesa detenerse, aunque sólo sea un instante, en la singular caracterización de la Constitución como fuente del Derecho.

La Constitución es la fuente *primaria* del Derecho. Es, en efecto, la norma más inmediatamente nacida del sujeto más genuinamente legiferante. Es la más directa y cabal expresión de la soberanía popular. En su condición de tal, dibuja la estructura básica de la organización de la convivencia social. Con razón la Constitución es la Ley de Leyes.

Pero, al mismo tiempo, la Constitución aparece en su configuración actual como una Ley o norma *subordinada*; esto es, en conformidad con el significado etimológico de la expresión, como una norma sometida a un orden previo y superior que, como tal, la Constitución no crea, sino que encuentra vigente en la conciencia social; que ella acoge y, al acogerlo, asienta en él su eficacia, y que, finalmente, en cuanto fundamentador de la convivencia —y de la Constitución, por ende— vendrá a integrarse en el contenido más necesario y «rígido» (art. 168) de la misma. Son los valores invocados en el preámbulo y propugnados en el artículo 1; la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad (fundamento *reconocido* del orden político y de la paz social), artículo 10; y los derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 15 a 29. La Constitución incorpora así un «orden objetivo de valores» (102) y reconoce una «superlegalidad material» (103) que habrá de ser en todo caso respetada por los poderes constituidos. En tal sentido, la Constitución, que es fuente primaria del Ordenamiento, es al mismo tiempo fuente subordinada del mismo: al obtener éste su primaria expresión refleja se declara derivado y subordinado al orden de valores socialmente profesados.

(100) CASTRO: *op. cit.*, p. 423: «Esta positivización del Derecho natural puede hacerse en mayor o menor escala, de modo tácito o expreso. En nuestro Derecho está impuesta con la remisión a los Principios Generales del Derecho. El acto de positivización es un hecho social que se manifiesta a través de distintos órganos... y, sobre todo, en el juicio valorativo que imponga la misma comunidad nacional».

(101) Cfr., esp., PÉREZ MORENO, A.: *El concepto de Ordenamiento jurídico en la Constitución*, en «La Constitución Española», *cit.*, pp. 1633 y ss.

(102) SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN: *Kommentar zum G. G.*, 4. Auf., 1977, p. 126: «Ebenso richtig ist es aber, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und das gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt».

(103) La expresión es ahora de GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, *cit.*, p. 299.

La Constitución aparece, asimismo, como *germen principal del Ordenamiento*. Germen principal porque en ella se encuentra la primera y más inmediata derivación normativa de los valores inspiradores del modelo organizativo social que, en cuanto formulados en la Constitución, obtienen de la misma el valor «informador» del Ordenamiento que el artículo 1.º del Código civil atribuye a los Principios Generales del Derecho (104). Los distintos sectores del Derecho continúan así cumpliendo, cada cual en el ámbito que le es propio, su función de servicio a la persona (*hominum causa omne jus constitutum est*) según la dirección que, *in nuce*, les imprime la Constitución (105).

Y germen —decíamos— del *Ordenamiento*: porque la Constitución, al fundamentar un sistema jurídico ordinal, aparece como algo mucho más rico que el puro vértice del Derecho positivo. Siendo la primera norma *posita*, asienta su validez y apunta en su contenido esencial a un mundo jurídico previo que positivamente incorpora a sí misma y proyecta al mundo jurídico derivado de ella. A partir de la Constitución será Derecho *positum* no solamente el positivamente estatuido, sino también el *naturaliter datum*. Si ha sido frecuente en la concepción formalista del Derecho la representación gráfica del sistema positivo como una pirámide cuyo vértice sería la Constitución, en la concepción más rica del Estado material de Derecho, la imagen podría y debería completarse: el Ordenamiento configuraría no una pirámide, sino dos, y en posición inversa, comunicadas ambas en su vértice como las dos partes de un reloj de arena: arriba, el *jus naturaliter datum*, tal como lo capta inmediatamente la comunidad constituyente; abajo, el *jus positum*; entre uno y otro, como condensación quintaesenciada del Derecho natural y germen principal del Ordenamiento, la Constitución. El Derecho constituido es así un Derecho que, trascendiendo su formulación legal y lejos de

(104) Cfr., sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981: «Los Principios Generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1,4 del Título Preliminar del Código civil— que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos». En la doctrina, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema, cit.*, p. 158: «Los Principios Generales del Derecho, en cuanto plasmados o recogidos en la Constitución, tienen una verdadera función directiva e informadora de la legislación que ha de acomodarse a la norma suprema...»; OLLERO: *op. cit.*, p. 178: «Ha surgido así una nueva consideración de los principios: no abstraídos *a posteriori* de los contenidos de la Ley, ni meramente informantes *en presente*, sino con carácter claramente *prelegal*... si del examen del nuevo título preliminar del Código civil resultaban los principios como el único posible motor para la concepción dinámica del Ordenamiento a la que se daba paso, ahora esta labor (nada subsidiaria, por cierto) se ve reconocida con rango constitucional».

(105) La prioridad de la Constitución es más lógica y jerárquica que histórica y de iniciativa. La juventud de la actual configuración de la Constitución da razón de la evidencia de que su contenido tiene más de recepción que de impulso creador. La Constitución, desde tal punto de vista, no está llamada a suplir, sino a mantener y reforzar la función histórica y actual de las diferentes disciplinas jurídicas. *Ad rem*, para el Derecho civil, SANTORO-PASSARELLI: *Note conclusive: il Codice e il mantenimento dei valori essenziali*, riv. dir. civ., 1980, pp. 85-91.

poder ser encerrado en ella, se abre a los Principios que lo informan y fundamentan. No queda lugar, como magistralmente ha indicado entre nosotros García de Enterría (106), a la distinción de un dualismo de órdenes jurídicos, ni a la consideración del iusnaturalismo como un valor extrajurídico: existe un orden único de Derecho que, como verdadero orden humano, mira simultáneamente lo absoluto y lo contingente.

Resumiendo pues, todo lo anterior, parece lícito concluir con Andrés Ollero (107), que la democracia, y la Constitución que la proclama y articula, en lugar de entrar en conflicto con el objetivismo del Derecho y con la entraña de la concepción iusnaturalista da cauce jurídico a la exigencia hoy más indiscutida de la dignidad humana (108), al tiempo que el consenso social sirve de base positiva a los contenidos objetivos del Derecho Natural (109) o, más asépticamente, como gusta expresarse a Larenz, a los principios del Derecho justo (110). Paralelamente, parece también fundada la comprobación

(106) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones...*, *cit.*, pp. 59-63.

(107) OLLERO, A.: *op. cit.*, p. 179: «De esa historicidad del conocimiento de los contenidos iusnaturalistas se deriva a veces una aparente contradicción entre el *Derecho natural* y la *democracia*: cuando se busca a aquél una fundamentación teórica *autorizada* y se la considera con ello legitimada para proyectarse en una práctica *autoritaria*. A ello es preciso oponer que la renuncia a apoyar el Derecho en la mera fuerza, o la no instrumentalización de la persona humana al servicio de valores no compartidos (formalmente al menos), la democracia, en suma, es en el estado actual de nuestra civilización la exigencia más indiscutida de la dignidad humana, por lo que atentar contra ella es optar por una negación de los contenidos que el *Derecho natural* ha invitado secularmente a defender. De aquí surge también una posible respuesta para el positivista excéptico: lo ontológico no ha sido realmente desplazado por el consenso, sino que, por el contrario, le sirve de fundamento. ¿Por qué el consenso y lo la Ley del más fuerte?...».

(108) Para la fundamentación iusnaturalista de la democracia, cfr., e.c., DEL VECCHIO: *op. cit.*, pp. 75-83. De más interés para nosotros, el testimonio de nuestro clásico más ilustre, SUAREZ, F.: *Def. Fid.*, III, c. II, núm. 8: *Hinc sequi, democratiam esse ex divina institutione, respondemus, si hoc intelligatur de institutione positiva, negandam esse consequentiam; si vero intelligatur de institutione quasi naturali, sine ullo inconvenienti admitti posse et debere.*

(109) LACRUZ: *op. cit.*, pp. 17-18: «La cuestión resulta mucho más clara en la Constitución Española, que desde su preámbulo contiene una serie de opciones que no constituyen actos de fe o decisiones arbitrarias, sino precisamente juicios de valor que no podrían formularse sin un Derecho natural antecedente».

(110) Creemos que algo de cripto-iusnaturalismo hace LARENZ con su recurso a tales principios. Cfr. para comprobarlo, *op. cit.*, pp. 191-202, de donde entresacamos los siguientes párrafos: «Si no pueden ser injustos eran siempre justos —fuera ello conocido o no en su tiempo— y tienen que continuar siendo justos en el futuro. Con otras palabras, están sustraídos al flujo del tiempo. Su vigencia no es la necesariamente temporal de un Derecho positivo, sino la ideal —yo utilizo para ello la expresión: validez— de proposiciones verdaderas de concepción certera. De este tipo de validez nos ocupamos cuando afirmamos que son principios de Derecho justo» (p. 198). «Por lo demás, yo no diría que cambian los criterios sobre lo justo en sí mismo considerando y, por tanto, los principios del derecho justo, sino que cambia el conocimiento que nosotros tenemos de ellos y el modo y la medida de su realización por su concreción en el Derecho positivo... Mas parece seguro, que sólo puede asegurar una paz jurídica duradera un Derecho que sea algo más que una técnica de poder; un Derecho

de que la Constitución es el elemento que faltaba para la explicación acabada y satisfactoria de la teoría de las Fuentes. La Constitución, al mismo tiempo que fuente primaria en su consideración formal, es fuente primaria material o de contenido; impone, por ello, la necesidad de que toda norma jurídica se legitime por su contenido justo, e impide la legalidad de cualquier norma contraria a los Principios constitucionales. Igualmente, la Constitución aparece como fuente de manifestación y fuente de creación del Derecho, sin la aporía, ya de que ella misma, al mismo tiempo que fuente, sea Derecho creado (111): Fuente es, y primaria, del Derecho, en cuanto expresión inmediata del más amplio y originario consenso social sobre la organización jurídica de la comunidad y sobre el sujeto y modo de ejercicio de los poderes del Estado; pero, simultáneamente, fuente es, y como tal aparece y se presenta, no pendiente de la nada y suspensa en el vacío, sino asentada en las convicciones sociales y apuntando, desde los valores en ella profesados, en la dirección de Aquél, alfa y omega de todo orden, a quien una maximalista interpretación de la libertad ideológica y de la aconfesionalidad del Estado recomendó no denominar oficialmente, pero cuyo nombre acierta a pronunciar, desde el misterio, la misma conciencia que se resiste a caer en la espesa negrura del absurdo. La Constitución no sólo señala el *ubi jus*; indica también el *unde jus*: determina su origen próximo en el consenso social sobre los valores básicos, al tiempo que deja abierta a la conciencia personal la interpretación de su origen remoto en la dirección señalada por la necesidad de esos valores como fundamentadores y ordenadores de la única forma humana y digna de organización de la existencia social.

Antes de poner definitivamente punto final, procede hacer referencia todavía a dos cuestiones de algún peso, y, a través sobre todo de la segunda, conectar con la preocupación que, según indicábamos al inicio, ha guiado estas reflexiones.

La primera cuestión se refiere a la relación entre Principios Generales del Derecho y Principios constitucionales: ¿Hay ecuación entre unos y otros? ¿Vienen hoy los Principios constitucionales a ocupar el lugar de los anteriores Principios Generales del Derecho? ¿Estaría hoy justificada la unificación de los Principios Generales del Derecho en torno a los Principios constitucionales? La respuesta se produce

que se oriente hacia lo justo, tal como lo podemos conocer, y que se sitúe bajo la clara exigencia; perpetua, para todos aquellos que lo aplican y configuran, de ser un Derecho justo» (p. 202).

(111) Cfr. DÍEZ-PICAZO: *La doctrina de las Fuentes...*, cit., p. 944: «La concepción kelseniana tropieza con un inconveniente teórico de no escasa monta, si se pretende que la Constitución es ella misma una norma jurídica y no una simple enunciación de programas y de directrices. La Constitución es ella misma Derecho creado y Fuente de Derecho».

generalmente en términos negativos (112), y, a nuestro juicio, con razón. Bastaría, en primer lugar, recordar el doble sector, con anterioridad ya indicado, de principios prelegales y principios consecuenciales a la Ley, para admitir la posibilidad de unos Principios, fundamento contingente de una legislación ordinaria, sin conexión necesaria — excluyente de cualquier otra — con los principios básicos constitucionales. De otra parte, dentro ya de los Principios constitucionales, la misma Constitución permite la distinción entre Principios normativos vinculantes por sí mismos, y principios *rectores* o *informadores*, sólo invocables ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen (art. 53) (113). En tal caso, si no es posible la equiparación de los Principios Generales del Derecho con unos únicos Principios constitucionales como bloques adecuadamente correspondientes entre sí, la pregunta de mayor interés nos parece la siguiente: ¿están recogidos en la Constitución todos los Principios *necesarios* del Derecho? Nada fuerza a intentar lograda en la Constitución la imposible perfecta adecuación del orden histórico y concreto de Derecho con la inasible formulación del Derecho objetivo e intemporalmente justo. No está excluida, por tanto, necesariamente y *a priori*, la posibilidad de desajustes o defectos. Con todo, pensamos, lo que aquí puede, sobre todo, plantearse es un problema de explicitación. Los Principios, susceptibles siempre de formulación progresivamente más desarrollada y concreta, alcanzan el máximo de su extensión coincidiendo con el mínimo de su expresión enunciativa: difícilmente puede imaginarse la posibilidad de un Principio necesario de Derecho que no sea derivación normativa de los valores propugnados por la Constitución, o desarrollo del de la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables que le son inherentes. En tal sentido, la Constitución genera una dinámica de desarrollo de su contenido principal, hasta lograr, *hic et nunc*, la realidad de un completo y concreto Ordenamiento concebido en conformidad y explicitado en homogeneidad con su mismo germen constitucional.

Tal dinámica se verá reforzada desde la consideración de la segunda cuestión antes anunciada: ¿Mutan de naturaleza los Principios por el hechos de encontrar consagración y formulación en la Ley constituyente? La cuestión se nos planteó ya con anterioridad y es necesari-

(112) Cfr., e.c., DIEZ-PICAZO: *Constitución y Fuentes del Derecho*, cit., p. 654: «Son principios, obviamente, los que la Constitución define como tales. Hay, pues, desde ahora, unos «principios constitucionales». Ello, sin embargo, no quiere decir, a mi juicio, que la Constitución recoja todos los principios, ni que tenga en este punto un valor excluyente. Caben principios no recogidos por la Constitución, a los que tal vez cupiera llamar «principios tradicionales». Lo que ocurre es que este segundo plano de principios no podrá nunca estar en contradicción con el primero».

(113) Para esta distinción de principios constitucionales de diferente valor y jerarquía, cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, cit., pp. 329-330.

rio volver ahora sobre ella. Los principios, como fuente material del Derecho, carecen de autonomía formal; pero ello no implica que, por esa misma razón, hayan de perder su sustantividad y especialidad normativa. Incorporados a la Constitución, adquieren en ella el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del Ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en Ley formal, del mismo modo que la versión escrita de la costumbre no priva a ésta de su peculiar carácter de norma consuetudinaria. Una diferencia separa a la norma legal de la principal: la primera es una norma desarrollada en su contenido y precisa en su normatividad: acota y perfila los presupuestos de su aplicación, determina en detalle su mandato, establece posibles excepciones; el Principio, por el contrario, expresa la inmediata y no desarrollada derivación normativa de los valores jurídicos: su presupuesto es sumamente general y su contenido normativo es tan evidente en su justificación como inconcreto en su aplicación. He aquí por qué el Principio, aun cuando legalmente formulado, sigue siendo Principio, necesitado, por ello, de desarrollo legal y de determinación casuística en su aplicación judicial (114). Vuelve a aparecer en este punto la ya indicada dinámica de desarrollo que la Constitución supone. La constitucionalización de los valores básicos y de los Principios de ellos derivados, no sólo sitúa al Juez en el marco necesario de una jurisprudencia de valores, sino que acota el fundamento básico y señala el sentido inspirador en los que deberá desenvolverse el ejercicio del poder legislativo. Legislador y Juez, cada cual en su propio orden, y en su singularísima posición el Tribunal Constitucional (115), están llamados al desempeño de su cometido en la tensión por la implantación del sentido principal del Ordenamiento; en la tendencia, siempre inalcanzada, de su perfecta explicitación y aplicación normativa.

(114) Sobre la relación Constitución, Ley y Juez, y sobre la vocación de mediación legal ordinaria de la Constitución para su aplicación, cfr., las muy interesantes reflexiones de Díez-PICAZO: *Constitución, Ley y Juez*, en «Revista española de Derecho constitucional», 1985, pp. 9-23.

(115) Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, cit., pp. 330-332, sobre la polémica alemana en torno a los criterios y método de interpretación de la parte material de la Constitución. Pensamos que una abierta decantación por el criterio interpretativo de la Constitución *ohne Naturrecht*, según el cual lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que permita el juego de las posibles alternativas y que cualquier idea o tendencia pueda llegar a ser mayoritaria, podría terminar en un reduccionismo formal que ni haga justicia a los valores y principios constitucionales, ni preserve cumplidamente el bien de la democracia.

