

LA CONEXION ENTRE DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO. ESTUDIO DE UNA NUEVA PERSPECTIVA.

1. *Introducción al tema*

El estudio de los pensadores modernos acerca de la problemática jurídica, parece a veces eludir planteamientos que en el saber jurídico tradicional parecían insustituibles. Uno de estos planteamientos suele ser el que podríamos denominar "concepción iusnaturalista del derecho". Efectivamente, encontramos juristas y filósofos del derecho que no solamente pasan por alto esta posibilidad de acercamiento a la comprensión de la realidad jurídica, sino que la combaten de algún modo y se oponen a ella.

Pero una concepción jurídica iusnaturalista debe estudiar este fenómeno con creciente interés. Por varias razones, la primera de las cuales es contribuir activamente a establecer un diálogo fecundo con estas posibilidades no iusnaturalistas, pero cuya incompatibilidad nunca puede ser afirmada en principio por sólo la confesión de la otra parte.

Por el contrario, sería incluso posible que la crítica a una determinada manera de enfocar la realidad jurídica desde determinada concepción iusnaturalista, puede hacer resaltar alguna actitud o algún resultado científico de que ésta carece. Como tal eventualidad nunca puede dejarse de lado, sería conveniente a todas luces examinar lo que las concepciones no iusnaturalistas tienen que decir al respecto.

Personalmente, el autor encuentra en este tipo de investigaciones un campo muy prometedor. El análisis de las posiciones iusnaturalistas o antiiusnaturalistas puede ser efectuado con ciertas garantías de éxito, como ha comprobado en su trabajo *Los griegos y el derecho natural*. Ello parece ser, además, obligación de un iusnaturalista, por las siguientes razones:

Primera. Porque si la estructura íntima de la realidad jurídica es cierta conexión entre el derecho natural y el derecho positivo, resultará

que todo pensador que tienda a plasmar su visión de la estructura íntima del derecho, habrá de referirse en todo caso a una conexión entre el derecho positivo y alguna función normativa, axiológica, ontológica, metafísica, sociológica, etc., que concrete de algún modo una función que tan claramente aparece en la comprensión iusnaturalista.

Segunda. Porque a estas alturas no podemos hacer valer solamente los vocablos, las expresiones, las declaraciones platónicas de ser iusnaturalista o de ser antiiusnaturalista. Lo importante es reflejar de algún modo la intuición fundamental de que la legalidad positiva tiene que asentarse en ciertas normas prepositivas independientes de la voluntad o del sentir arbitrario. Desde este punto de vista, tan incorrecto es pensar que la potestad del legislador o del administrador público no tiene límites en su fundamentación, como pensar que el iusnaturalismo consiste en "creer" que existe un código inviolable afincado en la etérea región de las nubes doctrinales.

Tercera. Porque si analizamos la actitud de los pensadores antiiusnaturalistas, encontraremos que critican, en determinadas tendencias de doctrinas iusnaturalistas, precisamente su falta de adaptación científica, en cuanto que tal derecho natural no está engarzado claramente en esa visión metafísica central de la conexión entre realidad jurídica positiva y realidad jurídica prepositiva.

Cuarta. Porque es necesario captar las incompatibilidades que frente a las necesidades científicas de nuestro tiempo puede manifestar cierta orientación iusfilosófica, para volver a enfocar la propia visión. Esta y no otra es la manera de continuar avances en el camino de la filosofía jurídica, y esta es la manera de que la concepción iusnaturalista del derecho siga siendo lo que es hasta hoy, o sea, la concepción del derecho más comprensiva de todas, la más extensamente articulada, la que trate de abarcar todos los aspectos de la realidad jurídica considerados en su interconexión más estricta. Las expresiones de que la ley natural es "participación" en la ley eterna, de que la ley positiva es "derivación" o "conclusión" de la ley natural, no son sino muestras de la estructuración lógica de este propósito de abarcar todos y cada uno de los elementos jurídicos, transcendentales e inmanentes, valoraciones y hechos, en una construcción unitaria cuyo apoyo central es precisamente la estructura iusnaturalista de todo el conjunto.

Quinta. Porque en la vida intelectual de nuestros días, donde las ideas priman sobre las expresiones, se producen estudios capaces de sustituir, en términos renovados, toda la riqueza reflexiva que contienen las tradiciones más respetables. Ello no repercute necesariamente en per-

juicio de éstas, pues sin duda las expresiones recibidas tradicionalmente tienen una gran fuerza, y no han obtenido su prestigio sin muchas razones. Pero sí es un fenómeno que obliga a la ciencia tradicional a realizar un esfuerzo supletorio, a entrar dentro de sí y examinar de nuevo el equilibrio en que maneja sus propios elementos, para poner de nuevo en claro, apoyada en la actualidad que adquieren estas otras investigaciones, toda la riqueza conceptual, y toda la fidelidad analítica, que a veces se quedan escondidas bajo el ropaje de las afirmaciones generales y de las formulaciones difícilmente sintetizadas en duras luchas de Escuelas.

2. *Significación de los principios jurídicos*

La oportunidad de haber trazado estas reflexiones, viene puesta bajo nuestra mirada por la reciente aparición en Alemania (1956) y su pronta traducción en nuestro país, del libro de ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (1).

Del entramado ideológico y técnico-jurídico de este libro, pueden ser manifestados ciertos puntos de vista, que en nada se contraponen, sino que apoyan enormemente un importante conjunto de verdades contenidas en la tradición iusnaturalista europea, de origen heleno-cristiano, pero interiorizada tan absolutamente en nuestra ciencia contemporánea que, al manifestarse de un modo tan intenso en este libro, parece que brota por primera vez a fuerza de originalidad y de pureza.

Hay términos empleados continuamente por la teoría y la jurisprudencia, dice Esser, como son "principios del derecho", "ideas directrices", "pensamientos jurídicos generales", sin que jamás se haya procedido a un análisis sistemático de su respectivo sentido y alcance, ni se haya intentado—más que ocasionalmente, podríamos corregir nosotros—siquiera arrojar luz sobre la función y procedencia de los conceptos expresados en aquéllos.

De ahí procede que estos conceptos elementales sean usados para las tareas más diversas, se les pida más de lo que pueden dar, se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones y se les enjuicie del modo más contradictorio (2).

(1) ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1956. Traducido al castellano por Eduardo Valentí Fiol. Bosch, Barcelona, 1961.

(2) ESSER, libro citado, p. 3.

Mas esta misma utilización general, indica la persistencia honda y real de tales principios.

Es común en nosotros—continúa Esser—la idea de que, en el fondo de las reglas positivas, hay siempre latente un principio de derecho que, una vez descubierto, tiene en sí mismo impulso suficiente para cobrar automáticamente un rango igual al de la ley misma; tal idea se explica a la luz de la insuficiencia de las codificaciones (3).

El esfuerzo del autor comentado consiste, por tanto, en hacer luz sobre las concepciones jurídicas relativas a la integración de todo ordenamiento del derecho mediante principios no escritos. El se refiere temáticamente a la esfera del derecho privado, pero indudablemente podría hacerse un trabajo semejante sobre las reglas del derecho público, y ello con mucha mayor facilidad, dado que los principios políticos fundamentales están revitalizados y puestos continuamente al día precisamente con vistas a su aplicación concreta en la integración de las reglas de funcionamiento de la administración pública.

El método de estudiar la influencia de los principios jurídicos, consiste para Esser en examinar la conducta de los jueces. Se suele dar por supuesto que el juez, en las numerosas posibilidades que se le ofrecen de crear derecho, además de a los “pensamientos jurídicos generales” de la ley, atiende también a los principios de un “derecho superior y previo” al escrito. Es más. Como ha declarado el Presidente del Tribunal Supremo Federal alemán (4), “no sólo deben inspirarle tales “principios supremos” de universal obligatoriedad como “derecho válido para todos los tiempos”, sino que aun los principios estructurales de la configuración aparentemente técnica y conceptual del derecho, le han de dar a conocer “aquellos principios ideales y patrones de valor” que constituyen la *ratio* del sistema jurídico vigente.

La verdad es que los principios jurídicos, en cuanto tales, tienen que realizar una eficacia independiente del texto legal. Su implantación normativa, muchas veces inconsciente incluso para los técnicos, les viene de la naturaleza de la situación jurídica concreta, o de la institución a cuyo ámbito se refieran, por constituir una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en determinado círculo común de problemas.

Por ello, se puede afirmar que determinados principios jurídicos, dadas ciertas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en

(3) ESSER, cit., p. 4.

(4) ESSER, cit., p. 6.

todos los sistemas jurídicos, incluso allí donde ninguna ley los menciona. El criterio de la "necesidad", originando cierta conjunción armónica en unas ideas de justicia formadas en el curso de la historia, da lugar, en iguales conflictos de intereses, a soluciones coincidentes, aun en ausencia de "ley" y de todo "concepto" doctrinario (5).

Ciertos conceptos jurídicos, que se aplican dentro de un sistema de referencia (negocio jurídico, protección de la confianza pública, etc.), se presentan en forma semejante en todos los sistemas jurídicos de una misma cultura, y el caso concreto es enfocado y resuelto con medios sorprendentemente parecidos (6). Por ello resulta verificada esa oscura intuición de que es el problema concreto, y no el "sistema", lo que constituye el centro del pensar jurídico. Y ello nos lleva a examinar el fenómeno de la conciencia del derecho.

3. *Principios jurídicos y conciencia jurídica*

En todas las culturas jurídicas—dice Esser (7)—se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema.

Ello sucede dentro de cada ordenamiento jurídico, tanto de forma implícita como explícita. Del primer modo, sobre todo a través de las actividades judiciales de decisión, cuando se actúa por medio de ficciones, o cuando los notarios orientan la solución de determinadas prestaciones o seguridades mediante las llamadas cláusulas de estilo. Pero también explícitamente, cuando los jueces fundamentan directamente sus sentencias a partir de "principios jurídicos generales", incompatibles con la presunción de un Codex cerrado sobre sí mismo, ya por presumirse de hecho en aquel caso la insuficiencia de las leyes, sea por crearse un punto de partida de valoraciones y concepciones totalmente nuevas (8).

En todo caso, es preciso establecer una noción de lo que significan, y mencionados en esta forma tan amplia, los "principios jurídicos". Sin duda, para ello pudiéramos establecer una definición metafísica, o sea, afirmar que constituyen la realidad metafísica que aparece como primordialidad óntica y epistemológica del derecho. Esto es cierto, y mediante esta expresión se podría entroncar con lo más hondo de la filosofía

(5) ESSER, cit., p. 7-8.

(6) ESSER, cit., p. 8-9.

(7) ESSER, cit., p. 10.

(8) ESSER, cit., p. 11.

tradicional. Pero para el desarrollo de este tema en términos de jurista, Esser prefiere establecer una diferencia más sencilla, aunque negativa en su expresión. Un "principio jurídico" no es "precepto jurídico", ni una "norma jurídica" en sentido técnico, puesto que no contiene ninguna instrucción vinculante de tipo inmediatamente aplicable para un determinado campo de problemas. Antes bien, un "principio jurídico" requiere o presupone la acuñación judicial o incluso legislativa de dichas instrucciones adecuadas para la acción inmediata.

Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenidos en oposición a forma (9). Ello debe entenderse en el sentido de que dichas categorías aristotélicas no induzcan a pensar que la forma sea lo accesorio de algo esencial. Puede haber épocas culturales en que la base ético-jurídica se desarrolle fuera y aparte de las formas jurídicas propiamente dichas, incorporada en vivencias religiosas, morales, etc., e incluso en usos sociales estrictos, pero que carecen de la índole sancionadora de la forma jurídica y de sus repercusiones coactivas. Por el contrario, sucede que es la forma jurídica, entendida procesalmente como medio de protección del derecho, o entendida materialmente como contenido normativo concreto, lo que constituye lo esencial, lo único que puede conferir realidad y significación jurídica a aquel "contenido fundamental" vigente antes como mero principio ético-jurídico, aunque no sea reconocido aún como *ratio* concreta de disposiciones normativas o de realidades institucionales jurídicas.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar con el autor (10) cual es la fuente de la que dimana la autoridad y la fuerza persuasiva de la nueva fórmula de solución, pues después de todo, el juez no la saca "de la nada". La referencia a unos principios prejurídicos deja a salvo, por lo menos, al "sistema", legitimando simultáneamente las normas formuladas por el juez. Pero hay otros casos en que las referencias prejurídicas, o mejor dicho, prelegales, no son "principios jurídicos", sino expresiones tales como "nuestra conciencia jurídica". Este caso revela un escudo más débil, menos concreto, en la defensa que de su argumentación y de su resolución nos presenta el juez. En todo caso, por más que pensemos firmemente que un derecho vigente está impregnado de principios hasta en sus últimas ramificaciones, lo concreto es que en casos semejantes no sabemos claramente de dónde reciben su legitimación estos principios o estas convicciones de la conciencia jurídica, situados precisamente al

(9) ESSER, cit., p. 65.

(10) ESSER, cit., p. 12-13.

margen de la legislación, y que por tanto no podrían alegar expresamente ninguna fuerza de obligar, por no serles concedida en las declaraciones expresas del "sistema".

Pero hay que tener en cuenta que el derecho no es solamente un resultado técnico de la actividad jurisprudencial o legislativa, sino que es una parte de la conciencia social como pauta de conducta concretada en reglas de observancia necesaria formuladas como reglas legales (11).

Realmente sucede lo siguiente, que se puede comprobar mediante el análisis de las reglas jurídicas que existen en distintos ordenamientos. Toda la diferencia estructural de los sistemas positivos, que se puede explicar históricamente, está asentada sobre principios regulativos comunes e inmanentes, acerca de los cuales existe una conformidad general reconocidamente común. Por ello, se puede afirmar sin género alguno de dudas, que dichos principios jurídicos constituyen un "derecho detrás (o antes) del derecho", que pueden ser aislados y comparados entre sí. Ello no puede significar que los principios comunes puedan derivarse, por arte mágico, de la "naturaleza humana" como necesarios, según afirman las escuelas iusnaturalistas rígidas o—más bien—polémicas, de tipo integrista. Pues tales principios jurídicos están también afectados e incluso condicionados por las variantes de la vida social. Pero la institución positiva concreta nos lleva, desde que observamos el detalle de la solución peculiar de un ordenamiento jurídico nacional o local, a la identidad de principios y de funciones, cuando el modo de organizar la satisfacción de determinadas necesidades sociales viene postulado desde la identidad de tales necesidades (12).

En todo caso—reconoce el propio Esser (13)—"no deja de ser fructífera la idea de que los conceptos elementales de la propia cultura jurídica están acordes con un *ius naturale, quo omnes utuntur*, como lo demuestra la concepción romana y moderna de un *ius gentium*". En esto Esser encuentra un grave defecto en el positivismo conceptual, de actitud también ahistórica, el cual considera idealmente necesarios no los principios materiales, sino la estructura dogmática de su derecho nacional, haciendo caso omiso de las continuas alteraciones introducidas por la evolución social, y consiguientemente, cerrando los ojos a la evolución de hecho, o considerándola como una arbitrariedad de la naturaleza sustraído a su responsabilidad.

(11) ESSER, cit., p. 29-30.

(12) ESSER, cit., p. 37-38.

(13) ESSER, cit., p. 38.

Es lo contrario lo que hay que hacer. Considerar el acervo de principios éticos y de sentido común en que han sedimentado la historia religiosa y filosófica tanto como política. Las distintas concepciones culturales han sedimentado en formas mentales constantes, en las cuales se realiza de un modo típico la transformación de juicios prejurídicos de valor en estimaciones ya auténticamente jurídicas (14).

4. *Principios jurídicos y iusnaturalismo "axiomático"*

Desde luego, este problema no tiene solución, ni siquiera explicación de hecho ni consiguientemente, admisión doctrinal, en una concepción del sistema positivo que pretenda ser totalitaria, tal como se expresa en nuestras codificaciones y en su técnica de interpretación.

Mas otro tanto puede decirse del iusnaturalismo "axiomático", cuyas derrotas a manos de la comprensión histórica de la realidad social y jurídica están basadas en su presunto axiomatismo, y cuyas decepciones, subsiguientes a dejar sin respuestas a todas las preguntas que él mismo plantea en una irresponsable actitud, son culpables de la desvalorización de los puntos de vista pre-positivos en la argumentación científica (15).

Al plantearse un estudio sobre este tema, hay que librarse tanto del optimismo "positivista" acerca de la fecundidad del "sistema vigente", como de las especulaciones iusnaturalistas poco contrastadas, cuyo objetivo es afirmar la existencia de algo semejante a un "sistema" extático de derecho natural previamente dado, "más allá" de los elementos que históricamente configuran a los ordenamientos positivos. Desgraciadamente en esto no son imparciales la mayor parte de los filósofos iusnaturalistas, preocupados muchas veces con hacer pasar determinados postulados, aunque ello sea a costa de atacar otras tendencias iusnaturalistas a las que acusan a veces de los defectos que ellas mismas mantienen celosamente. Es humanamente difícil que en tal caso, en primer lugar este derecho natural tenga influencia alguna de hecho sobre el derecho positivo existente, y en segundo lugar, que se procure llevar el agua a determinada doctrina de derecho natural, mientras que eventualmente se ignora la importancia real y metódica que el propio fenómeno prejurídico posee para la formación conceptual tanto como legislativa y jurisprudencial del derecho positivo (16).

(14) ESSER, cit., p. 72.

(15) ESSER, cit., p. 15.

(16) ESSER, cit., p. 15-16.

Por el contrario, esta labor de traducción de lo ético, lo religioso, lo político y lo socialmente útil al plano de lo jurídico con ayuda de los medios tradicionales de la opinión común recta, verifica el error persistente de los representantes de todo monismo ético o jurídico, incluso cuando se le ha querido enmascarar bajo la prestigiosa tradición del derecho natural. Este análisis sociológico comprueba, por otra parte, el acierto del derecho natural cuando éste contradice la idea histórica o política del supuesto carácter autónomo de las reglas e instituciones jurídicas positivas frente a todo lo "metajurídico". Sobre todo cuando en la función judicial se comprueba constantemente el restablecimiento, renovado continuamente, de la comunicación entre valores éticos sustanciales (elementos de derecho natural, el irreductible derecho natural según la expresión de Gény), y los valores normales e institucionales del derecho. Para el sentido de este proceso de integración es indiferente que se verifique inadvertidamente en el curso de la tarea interpretativa, o que se haga explícitamente por traducción de un postulado ético al plano jurídico de las "buenas costumbres" o de un principio político a los criterios de la *public policy*, o sea, del *ordre public*, y en general por la intercalación de los *topoi* específicamente jurídicos, como *naturalis ratio*, *aequitas* o lógica de la cosa (17).

La doctrina iuspositivista ha tenido, en esta posibilidad de integración con una realidad prejurídica, un mérito indudable. Ha consistido en mantener esta conformación jurídica de criterios, máximas, postulados éticos, respeto a los conceptos generales formulados judicial o notarialmente *lege artis*, que sin duda eran también elementos extraños e incluso perniciosos para la presunción de rotundidad que los sistemas positivos cultivaban explícitamente. Mas también paradójicamente, las tendencias iusnaturalistas se han desentendido bastante de sus repercusiones en el terreno iuspositivo, a no ser que determinadas leyes fuesen estimadas perjudiciales para los intereses de las instituciones que alimentaban en su tradición doctrinal la noción de un derecho natural. De este modo, se han entendido como contrarias a un derecho natural determinado ciertas disposiciones de legislación positiva que expropiaban tierras de la nobleza o de las entidades eclesiásticas, o que imponían unas enseñanzas determinadas en cierto nivel de educación, o que favorecían o perjudicaban ciertas alianzas de intereses políticos o económicos en determinado momento, etcétera. Sin embargo, la conexión fundamental entre las leyes positivas y el derecho natural no eran analizadas hondamente, con daño para todas

(17) ESSER, cit., p. 76-78.

las doctrinas iusnaturalistas y con descrédito para su función científica en el campo social y jurídico.

También la reacción de las doctrinas iuspositivistas ha sido extremadamente injusta, al cerrar los ojos al contenido iusnaturalista de su labor de construcción. De este modo—afirma Esser (18)—“los iusnaturalistas monísticos y los positivistas dualísticos puros compiten infructuosamente en formulaciones antinómicas, cada una de las cuales recibe de la unilateralidad del partido contrario (“sistematismo metodológico” a ultranza) argumentos suficientes para enmascarar sus propias deficiencias”.

5. *La actividad de los principios jurídicos*

La doctrina general había acertado ya a percatarse (Bierling, (1894-1917) de que una “teoría jurídica de los principios” descansa sobre la regularidad que la identidad objetiva de situación y problemas aportan siempre a toda creación de derecho. Pero había venido incurriendo en el desacierto de buscar la base de dichas coincidencias en el plano de los conceptos jurídicos, sin prestar atención a la relación que éste guarda con los planteamientos fijos y sus soluciones. Se tomaron los complejos funcionales descubiertos por la escuela histórica como si sólo fueran símbolos, o sea, simples catálogos conceptuales. El derecho comparado subsiguiente se dedicó a estudiar, en una impostación positivista, los principios formales de estructura de los diversos derechos, cerrando su visión a los elementos prejurídicos que son comunes a instituciones del mismo valor funcional (19).

Por el contrario, es el estudio del proceso de positivación de esos principios jurídicos, lo que puede hacernos conocer la eficacia real que tienen para configurar el derecho positivo. Por una parte, habrá que tener en cuenta que su valor como principios jurídicos no es independiente de la validez de la configuración estatal positiva, como si fueran esos presuntos “elementos del derecho natural”, pues aquí nos referimos a la pretensión de validez jurídica, no sólo lógica o epistemológica, de la misma manera que hablamos de un derecho natural jurídico, y no meramente lógico o biológico como dotado de cierta realidad considerado en sí mismo formalmente. Por otra, hay que advertir en qué datos se produce una mutabilidad histórica, a lo largo de su vigencia prejurídica, de los principios incluso reconocidos positivamente, siempre que no se les proclame indife-

(18) ESSER, cit., p. 79-80.

(19) ESSER, cit., p. 39.

renciadamente como "fuentes de derecho" sin atender a lo peculiar y real de su estructura en cada momento histórico (20).

Mas el estudio de la actividad de los principios jurídicos ha de ser realizado en varios apartados.

a) *Principios jurídicos y derecho positivo*

Los principios prepositivos pueden convertirse en preceptos e instituciones positivos mediante la influencia de las sentencias judiciales, ya consideradas aisladamente, ya entendidas como masa de jurisprudencia constante.

A veces se ha pretendido que esta transformación consistía en una operatividad automática de los principios éticos. Pero sólo se puede verificar este paso mediante la comprobación de sus momentos, eliminando desde luego todo automatismo.

Esser considera que la transformación de principios éticos en normas jurídicas, tal como Ripert lo ha estudiado a propósito del derecho de obligaciones, se verifica en un proceso como el que sigue (21):

El principio ético se convierte en parte del derecho positivo: a) Por incorporación en la estructura de una institución; b) Por formación de un nuevo principio constructivo o sistemático; c) Por fusión interpretativa en normas legales o en la *ratio* de éstas; d) Por interpretación de un llamado pensamiento jurídico, que se supone común a varias figuras de derecho; e) Por la "brecha" que las normas en blanco y las cláusulas generales abren, dentro de un sistema cerrado, a los *topoi* extrasistemáticos de la jurisprudencia; f) Por la libre conversión judicial de deberes éticos en deberes jurídicos, y g) Mediatamente por formación de una opinión doctrinal o un concepto dogmático de valor deductivo. En un momento semejante la producción de la norma positiva es inminente.

La aportación más original de Esser es la siguiente: El descubrimiento de que la cualidad jurídica de un principio no es conocible abstractamente, sin conocer antes el método de explicitación del precepto originado en aquél. Pues ningún principio actúa por sí sólo como creador de normas, sino que únicamente posee fuerza constitutiva o valor constructivo en unión con el conjunto del ordenamiento positivo, dentro del cual le incumbe una función concreta. Este conjunto puede ser el de un sistema axiomático que

(20) ESSER, cit., p. 53-54.

(21) ESSER, cit., p. 68.

confiere al principio un valor de derivación conceptual, lógico, o en todo caso, asegurado racionalmente. Sería el tema descrito por la doctrina iusnaturalista cuando se habla de una regla jurídica establecida por derivación de principios iusnaturales. En este caso, al ser asimilado axiológicamente a un sistema normativo concreto, se revela como principio precisamente jurídico al insertarse en la eficacia del sistema, encarnando así la fuerza conceptual que tuviera previamente. Mas también es posible que este procedimiento no sea aislado, sino institucional, como cuando los principios jurídicos se revelan en virtud de un sistema jurisprudencial inconcluso y, por tanto, siempre susceptible de adquirir nuevas convicciones jurídicas contrastadas normativamente por obra de un sistema como el de los precedentes obligatorios o el de las autoridades legales, garantizando la concreción permanente de las simples máximas en reglas normativas institucionalizadas. En todo caso, los principios jurídicos tienen que estar comprobados en su empleo mediante técnicas jurídicas. Un principio que aún no ha pasado el momento del proyecto o incluso de la programación a cargo del pensamiento político o de los grupos de acción política, está aún inmaduro desde el punto de vista estrictamente jurídico, si bien con fuertes posibilidades de afirmarse como tal cuando el momento haya llegado (22).

Por el contrario, hay principios tan cuajados jurídicamente, tan maduros, que no cabe ninguna duda respecto a su calificación como tales. Por ejemplo, hay principios que se reconocen inmediatamente, porque sin ellos habría reglas jurídicas positivas, o procedimientos institucionalizados, que no serían inteligibles ni explicables conceptual e históricamente. Cuando nos encontramos con alguno de estos principios que sirven para explicarnos la existencia y el funcionamiento de instituciones enteras, se les puede llamar "principios necesarios", o bien, como dice también Esser, dado que son utilizados como punto de referencia de toda la normatividad institucional, "principios normativos" (23).

Realmente la génesis misma de estos principios necesarios nos podría producir alguna duda. Pues indudablemente todos los principios han comenzado por ser incorporados a un sistema positivo en calidad de postulados de naturaleza ética o política. Incluso han sido anclados ya en la estructura iuspositiva cuando aún no son principios plenamente jurídicos, al actuar en la conciencia moral más amplia o en virtud de las decisiones de la autoridad eventualmente soberana. Pero su proceso de maduración implica también un momento en que la vinculación jurídica, o sea, la per-

(22) ESSER, cit., p. 88-89.

(23) ESSER, cit., p. 93-94.

tenencia a un sistema normativo como principio definidor de ciertas reglas obligatorias, está intencionalmente separada de cualquier ideal político contingente o arbitrario, llevando a cabo esa cierta transformación cualitativa que determina que tal principio sea jurídico estable y definitivamente. En este tránsito se opera la transformación de un ideal político o ético en un principio de derecho apto para encarnarse en supuestos de hecho y en conceptos jurídicos.

A tales principios, que necesitan esa previa instalación desde fuera hacia dentro del campo jurídico, porque no figuraban aún en el sistema positivo vigente, sino que le han sido incorporados como consecuencia histórica de ciertas decisiones que han permitido revelarles como vocados a constituirse en normatividad jurídica concreta, se les puede denominar con Esser "principios útiles", por ser tomados precisamente en el momento en que son estimados convenientes para poder solucionar conflictos de intereses existentes (24).

De este modo nos encontramos con un par conceptual de origen escolástico: principios "necesarios" y "útiles", entendidos en el sentido de que los primeros han empezado siendo también "útiles" en cuanto que no han sido aplicados ni son aplicables en todos los casos ni en todos los tiempos; mientras que los segundos, en período de plena constatación siempre, pueden llegar a convertirse en "necesarios" cuando la índole de las necesidades humanas haya transformado tanto los condicionamientos de la vida social, que sirvan para dar fundamento lógico a nuevas instituciones tal vez ahora no iniciadas aún.

¿Y cuáles son los principios jurídicos realmente necesarios?

Esser tiene razones para elucidar un criterio que, si hubiera sido conocido en épocas anteriores, hubiera evitado muchas discusiones trabajosas. No tenemos sino que recordar las tendencias del derecho natural "maximalista" y el derecho natural "minimalista". Pues lo seguro es que ni las épocas pasadas, ni siquiera la presente, han conseguido establecer una tabla de categorías jurídicas que comprenda, sin dejar lugar a dudas, todas las nociones jurídicas "necesarias" y precisamente aquellas sin las cuales algún sistema jurídico no podría existir. Hay una permanente transfusión entre principios jurídicos "necesarios" y "útiles", según los momentos culturales de las diversas civilizaciones. Mas no es preciso incurrir en el extremismo relativista. Refiriéndonos a vigencias culturales muy amplias, dentro de las cuales vivimos, por ejemplo, los occidentales desde hace varios milenios a pesar de los cambios de las técnicas, de los saberes y de las actitu-

(24) ESSER, cit., p. 94.

des humanas, estamos moviéndonos en un marco tan estable que el exagerado relativismo de los antropólogos y de los sociólogos modernos queda muy lejos de la realidad viviente. Pero también debemos evitar el otro escollo, el del dogmatismo. La capciosa terminología que continuamente se refiere a algún "principio necesario", encontrándolos por docenas, tiene su parte de responsabilidad (25) en el desarrollo de ese mismo relativismo e incluso de un ulterior escepticismo, los cuales sólo tienen sentido al enfrentarse a la posibilidad de deslindar dogmáticamente dentro de la realidad jurídica, los principios "dados objetivamente" e "inmanentes", y los principios "axiológicos" y, por tanto, "heterónomos".

En todo caso, el advertir la presencia más o menos verificada de los principios "necesarios", por el hecho de partir de unas presupuestas "verdades fundamentales" que señalan formalmente las finalidades y los límites del ordenamiento jurídico, revela una actitud próxima al derecho natural, y en todo caso no empírica. Seguramente procede de una visión antropológica en sentido filosófico e incluso de una visión teológica del hombre. Mas tal actitud existe claramente en aquellos ordenamientos, como los anglosajones, donde las convicciones fundamentales que se integran en sus constituciones "abiertas" o al menos "progresivas", encarnan institucionalmente postulados permanentes a cuya luz se interpreta la rectitud de las leyes e incluso su propia posibilidad normativa, como se advierte en la casuística de su constitucionalidad o de su anticonstitucionalidad. Ello no impide, sino más bien alienta la transformación y maduración jurídica de un principio concreto. Pues cuando el poder y las convicciones políticas sientan un postulado como principio, es obvio que asumen también la responsabilidad de transformarlo en normas jurídicas claras, ya sean normas materiales, ya instrumentales o de interpretación.

En todo caso, dentro de la tradición cultural del Occidente encontramos un conjunto de concepciones plenamente interiorizadas en las convicciones personales de los hombres, configurando categorías en las cuales se realiza de un modo típico la transformación de juicios de valor prejurídicos y principios aparentemente abstractos, en auténticas decisiones normativas. Se refiere Esser (26) a varias ideas fundamentales, como "la naturaleza de la cosa", *naturalis ratio*, *aequitas*, la lógica jurídica y la lógica de los juristas—esta última cuando no se limita a efectuar operaciones de simple deducción, sino que analiza la estructura de la realidad jurídica y

(25) ESSER, cit., p. 95.

(26) ESSER, cit., p. 103.

concreta la valoración escondida en los mecanismos de la conceptualización jurídica.

En todo caso, los principios jurídicos desembocan en instituciones eficaces. Son instituciones eficaces aquellos principios que se han materializado en conjuntos de usos y reglas jurídicas reconocidos positivamente. Si estos principios pueden también ser considerados como normas además de como instituciones, hay que tener siempre en cuenta que toda validez positiva sólo se da en la medida en que el principio se ha materializado ya en alguna institución y está, por tanto, vigente en ella y bajo forma de ella (27). Pues al materializarse, no actúan como regla propiamente dicha, sino en cuanto que dirigen las reglas singulares, y es precisamente en este sentido en el que son derecho material positivo y vigente. No lo han sido siempre, pero lo son cuando han conseguido ser institucionalizados.

b) *Articulación de principios y normas: la institucionalización de los principios.*

Hay que preguntarse en este momento varias cosas. Por ejemplo: ¿Cuándo un principio está a punto de configurarse institucionalmente? ¿Por qué un principio eminentemente racional no acaba de encontrar un campo de juego, mientras que otros de tal vez menor categoría encuentran con relativa facilidad un sector donde acampar e instalar sus consecuencias prácticas?

Esser hace notar que es un autor español, Puig Brutau, quien se ha propuesto estos problemas. Los resuelve en el sentido de que hay ciertos principios de elección que designan a los principios de razonamiento propiamente dichos, por ser punto de partida de razonamientos de investigación jurídica material y no sólo axiomas de lógica jurídica. Con ello, Puig Brutau, siguiendo esquemas de conducta hallados en las técnicas de creación del derecho en los países anglosajones, se aparta de la tendencia rigurosamente axiomática que hasta ahora había privado en el pensamiento iusfilosófico continental (28).

Se realiza así una distinción lógica que en otros campos se había efectuado ya: el reconocimiento de los diferentes niveles de realidad en que pueden actuar las normas y sus principios, dado que los hay de diferentes planos.

(27) ESSER, cit., p. 114.

(28) ESSER, cit., p. 120.

Por tanto, el deslinde entre derecho positivo y derecho prepositivo aparece más importante cada vez, dado que el derecho positivo se produce a su vez en varios niveles. De este modo podemos articular unos principios de determinadas reglas, los cuales a su vez pueden ser reglas lógicamente institucionalizadas respecto a principios contruidos en un nivel más previo todavía. Por aquí pudiéramos terciar, si ello fuera un intento constructivo para nosotros, en las polémicas escolásticas entre maximalismo y minimalismo iusnaturalistas, hasta hacer ver cómo la discusión se había entablado por no haber distinguido suficientemente el modo de articularse unos principios en otros como pertenecientes al género y a la especie de una misma construcción lógica situada en diversos niveles de generalización o de especificación.

Mas la conclusión que Esser extrae es más práctica dentro del terreno que ha elegido. Pues en cualquier caso se impone la constatación de que los textos constitucionales mismos que tratan de presentarse como principios de todo el ordenamiento sistemático, son también engañosos en su pretensión de totalidad y de complejión armoniosa, pues nunca agotan la totalidad de una materia jurídica posible. Aparte de que los principios "constitucionalmente expresados" no son por ello reglas jurídicas, al menos en el sentido técnico, si bien constituyen, en su función de *ratio legis* un derecho positivo posible, expresado en la interpretación y transformado así a un grado más concreto. Aunque por su empleo en razonamientos jurisprudenciales puedan eventualmente recibir el carácter de normas positivas y, por tanto, integrarse al mismo nivel de las reglas jurídicas concretas, lo cierto es que en todo sistema jurídico hay una serie de principios que ni siquiera están enunciados, pero que activan desde el sustrato racional de la sociedad misma los diversos niveles de principios que se articulan progresivamente entre sí hasta llegar a la producción de las leyes positivas.

Es la racionalidad que cada principio incorpora en sí mismo, sin embargo, la que nos lo presenta como algo desconexo del sistema social considerado en su integridad. Esta observación es la que hace decir a Esser (29) que "el principio descansa en sí mismo, tanto si es una máxima como un axioma". Tal afirmación me parece desafortunada en este sentido; en el de que la racionalidad de un principio, que es lo que le da consistencia como tal principio, y ulteriormente fecundidad productora de normas, es el cúmulo de religaciones efectivas que le sostienen desde todo el conjunto de los principios racionales que vertebran la estructura de una

(29) ESSER, cit., p. 124.

realidad social, y que invisibles si no son captados bajo su verdadera luz, pueden producirnos la engañosa perspectiva de que los principios se sostienen por su propia fuerza, en virtud de un propio equilibrio. Por el contrario, resultará obvio que si desarrollamos la argumentación que Esser ha venido obteniendo para elucidar la conexión que hay entre necesidad social y principio estructural de las actividades sociales, nos encontraremos que las necesidades sociales están existiendo unas en conexión de otras, de tal modo que son como vacíos creados por el desfase del crecimiento de ciertas estructuras y que pueden producir una gangrena de la sociedad por impedir con su presencia una "solidificación" de todo el espacio abarcado entre las directrices primordiales del crecimiento social. Esta urgencia en el desequilibrio del crecimiento es lo que produce una necesidad social. Mas cada necesidad social va de la mano con otras que son repercusiones sobre las estructuras que la envuelven en cada caso. De este modo aparece que cada necesidad social es suplementaria de alguna función social, y seguramente de otras varias funciones sociales. Pero además es complementaria de otras necesidades que aparecen como impedimentos o estorbos para el crecimiento de las funciones sociales ya integradas parcialmente, y por ello constituyen un impedimento para la perfecta y más adecuada integración de todo el organismo social.

Aparece así mejor la interdependencia de los principios. Los incorporados a funciones ya en marcha, son los institucionalizados. Los que expresan la función necesaria a causa del desfase de las funciones existentes, son los postulados sociales surgidos en la reflexión ética o en la iniciativa política. Pero ninguno de ellos puede ser considerado independiente en sí mismo, pues como bien ha visto Esser, está produciéndose sobre una necesidad social y tampoco puede ser considerado como descansando en sí mismo, pues está articulado en todo el movimiento existente hacia la integración social, ya en forma de producción de reglas institucionalizadas, ya como vocación política y ética de colmar una fase importante en el crecimiento integrado de la comunidad humana concreta. Es la intuición radical de la comunidad total, la que presta a cada principio su racionalidad. Sólo un examen de la significación concreta de cada principio jurídico en el marco del ordenamiento concreto, puede revelarnos su racionalidad. Sólo por la participación en el movimiento general de una sociedad, adquiere cada principio particular su concreción como principio, así como su fuerza racional que ulteriormente le permitirá constituirse en *ratio iuris* institucionalizada efectivamente.

Para traducir a un pensamiento jurídico de tipo axiomático el contenido de justicia que contiene cada principio, es necesario previamente que

éste se haya cargado de razón al ser englobado en el desarrollo de una construcción conceptual de la dogmática jurídica. La inteligencia correcta de un interés jurídico, sólo puede resultar de su adopción conceptual en el sistema científico del derecho, de donde resulta alguna consideración *de iure condendo* en forma de apreciación de su necesidad para el buen funcionamiento institucional de un conjunto de intereses estimables. El paso siguiente—advierde ahora Esser (30)—consiste en sentar un principio jurídico que sitúa ya su valor prejurídico dentro del marco del pensamiento institucional. Esser cita aquí el principio de la naturaleza de la cosa. Podía haber citado también el del iusnaturalismo institucional, o el aristotélico-tomista, o simplemente el iusnaturalismo personalista. Mas en todo caso hay que convenir que la cualidad jurídica de un principio no es una deducción del resultado, ni menos de la fuerza legitimadora de un hecho adherido dogmáticamente a un supuesto, ni de una premisa mayor de la axiomática lógica, como hubiera hecho la subescolástica iusnaturalista, sino que procede exclusivamente de la misión ordenadora atribuida a una determinada institución, si bien tal institución haya surgido de la fecundidad de algún otro principio anterior más comprensivo.

Pues los problemas concretos no pueden ser resueltos dentro de términos cercanos, estrictos y limitados dogmáticamente. En toda interpretación (31), como se conoce desde Heck, se hace necesario ir remontando hasta la finalidad general (simplificadamente descrita como “natural”) de una institución, más allá de su estructura dogmática, pues sólo desde allí, en una consideración atenta de lo que cada institución representa como organismo funcional de la comunidad entera, resulta posible concretar la función de un principio o de una norma determinados. Esta lógica no es formal, sino material, pues se refiere a la vida colectiva. Sólo podría entenderse como análisis formal en cuanto a las instituciones abarcadas dentro del fenómeno conjunto, si bien todo análisis de instituciones sería también formal respecto al análisis de las reglas surgidas y apoyadas en cada una de ellas. Este segundo supuesto no es mirado por Esser, el cual, por haberse limitado a sí mismo en este camino hacia la comprensión de los principios y de las instituciones en el marco más amplio de la comunidad total, se recorta también en la transcendencia de un progreso doctrinal que, por más que lleva consigo problemas específicos, contribuiría a definirnos más fundamentalmente aún la realidad de los principios del derecho.

De todos modos Esser fija adecuadamente su concepto al afirmar que

(30) ESSER, cit., p. 129-130.

(31) ESSER, cit., p. 130-131.

cuando habla de “principios institucionales” se refiere a aquellos principios que los criterios racionales de la naturaleza de la cosa y de la función de una institución hagan aparecer como necesarios en el sistema jurídico dado (32). Pues un principio institucional es aquel que encierra, en las condiciones de su funcionamiento, toda una serie de consecuencias materiales que constituyen a su vez el contenido de las reglas jurídicas enunciadas positivamente.

Pero aún queda por aclarar más detalladamente la calidad jurídica de los principios jurídicos. Desde el punto de vista de ser fuentes del derecho —bajo un aspecto fuentes formales, bajo otro fuentes materiales, y ello nos obligaría a recordar aquí la relatividad de los conceptos formal y material según el contexto más amplio en que cada estructura se halle— los principios jurídicos son fuente del derecho por estar integrados en un *corpus iuris vivo*. Pero no lo son si los entendemos simplemente como verdades existentes en potencia, no relacionadas aún con una función institucionalizada jurídicamente y que se hallan, por tanto, en espera de ser descubiertas y valoradas.

c) *Integración de los principios jurídicos en el sistema iuspositivo*

La índole de los principios que pueden ser empleados en un ordenamiento positivo concreto depende del modo en que éste se ha sistematizado orgánicamente. Pero resulta también que los principios no pueden ser principios jurídicos, si no es articulándose en el funcionamiento institucional concreto. Esto trae consecuencias obvias, en el sentido de que hay principios que son heterogéneos con un ordenamiento, y que por tanto no pueden insertarse en el mismo. Pero también sucede que hay ordenamientos que se desintegran y revientan por sí mismos, porque no han prevenido la posibilidad de articular principios que surgen indudablemente por la preexistencia de necesidades sociales de la comunidad total, y que al ser preteridos y omitidos, e incluso perseguidos en sus manifestaciones o disimulados cuando no sustituidos por instituciones paralelas que parezcan llenar las funciones verdaderas de necesidades sociales espontáneas, plagan a un ordenamiento de contradicciones estructurales que producen a la larga un estancamiento y una época ruinoso para la comunidad, si ésta no llega a librarse de ellos permitiendo el desarrollo de sistemas normativos asistemáticos, pero que regulen de algún modo las funciones necesarias para el equilibrio comunitario.

(32) ESSER, cit., p. 132-133.

Esser estudia este proceso en el positivismo subsiguiente a la época de la codificación.

Los prácticos del derecho, en la época anterior a la codificación, jugaban constantemente con los principios jurídicos que daban racionalidad y firmeza a sus argumentaciones y construcciones. Entonces eran los principios constelados en el derecho natural racionalista. Mas una vez articulados los códigos, que constituyeron en sí mismos una construcción cuidadosamente fundada en principios incluso racionalistas y no solamente instituciones preexistentes, los principios materiales, que anteriormente ocupaban una posición clave en el manejo conceptual de los juristas, poseen oficialmente un interés muy atenuado. Pues desde entonces son una serie de principios enunciados dogmáticamente los que constituyen la espina dorsal del "sistema", hasta el punto de que muchas veces principios claros de justicia se ven desterrados del procedimiento legal porque no son admitidos en instituciones válidas para ellos (33). Aquí habría que estudiar la función rectificadora que, al lado de la jurisprudencia continental, va realizando la función notarial, mediante las cláusulas de estilo y otros procedimientos que a primera vista sólo parecen formularios, pero que van buscando una integración segura de intereses y de relaciones que de otro modo estaban condenadas a la extravagancia o a la ilegitimidad. Otro tanto sucede con las cláusulas generales, que han permitido la producción de relaciones en masa en materia de seguros y de contratación marítima, o las cláusulas *standard*, que permiten la agilización del principio escrito en el proceso judicial o la rapidez en la contratación de inquilinato, de los contratos de suministro, etc.

Mas el propio movimiento de la ciencia jurídica positivista ha permitido transcender los estrechos linderos del ordenamiento codificado dogmáticamente. Primero mediante las técnicas del derecho comparado, originariamente de espíritu positivista. Después en el desarrollo de tendencias de jurisprudencia material (intereses, derechos subjetivos) superando las escuelas historicistas y dogmáticas, para dar validez general a las primeras y vinculación efectiva a las segundas. También ha contribuído a ello la necesidad de obtener conceptos dogmáticos válidos para integrar grandes espacios geográficos que anteriormente no tenían apenas relaciones entre sí, pero que se ven precipitados luego a una comunidad aduanera, o económica, o simplemente cultural. De este modo se ha desarrollado el hecho de hacer destacar, conforme a criterios no siempre idénticos, conforme al cariz de los tiempos, principios jurídicos universales, elaborados a partir de los

(33) ESSER, cit., p. 165-188.

principios del derecho nacional, pero desarrollando sus consecuencias en un sentido aceptable para los principios surgidos en otras legislaciones distintas. Esta unificación ha requerido indudablemente estímulos políticos o éticos en el proceso de compenetración de unos sistemas nacionales con otros. Sin embargo, el resultado obtenido en el sector jurídico está a la vista. Hay un terreno abonado para las convenciones y tratados internacionales en todos los aspectos, porque la homogeneidad racional requerida ha sido explorada ya en la investigación que sólo tendía a superar las estrecheces de los dogmatismos nacionales.

Los inconvenientes del positivismo jurídico pudieron haber sido eludidos, si no hubiera querido definir o formular "principios jurídicos" dentro de las codificaciones. Apenas ha supuesto esta inclusión ventajas para facilitar una práctica jurídica elástica y fiel. Por otra parte, las ideas dogmáticas y políticas contenidas en los principios definidos envejecen rápidamente, tanto si se concretan en realidades normativas como si son solamente platónicos, pues todo puede suceder. La vitalidad de los principios mismos no procede nunca de su mención oficial, sino que sólo puede surgir de la marcha real de un ordenamiento. Esto hace, no sólo que algunos principios no lleguen jamás a obtener eficacia alguna, sino que los eficaces van variando continuamente en pos de las variaciones sentidas en las necesidades sociales y al paso que señalan las posibilidades concretas de acción institucional (34).

Al entender que todo "transfondo del derecho" es algo anterior al derecho legislado o jurisprudencia formulada, si bien puede estar al margen del sistema entendido estrictamente, se debe tener siempre en cuenta las condiciones jurídicas de estructura y de control si se quiere pensar en él como una pieza del ordenamiento efectivo. Un principio de derecho, puede tener cualquier origen, pero no puede ser entendido como una especie de suprajuridicidad. Pues un contenido sin forma integrada no es compatible con la idea de normatividad jurídica.

Reflexionando sobre esta materia observa Esser (35), en un aspecto entrañable para los iusnaturalistas, que la equidad misma, no es tampoco un principio constitutivo de índole extravagante, sino que es una compensación, independizada en su función de principio corrector, frente a la rigidez de la forma iuspositiva estricta, y conectada directamente con las garantías constitucionales frente a la obligación de observancia estricta de lo ordenado por la ley jurídica en el nivel estrictamente jurídico. La

(34) ESSER, cit., p. 190.

(35) ESSER, cit., p. 197.

amplitud del complejo institucional a nivel comunitario es el elemento exterior al sistema jurídico estricto que permite ese juego corrector del juicio de equidad y de la excepción al cumplimiento de la ley, sin destruir al mismo tiempo todo el sistema legislado.

Mas en todo caso, la juridicidad de los principios de derecho tiene un límite extradogmático. Es el siguiente: los principios más señeros de un código y de un ordenamiento vigente, pueden permanecer intactos aparentemente durante mucho tiempo, mientras que todas las leyes nuevas aplican otros principios contradictorios y que minan constantemente el alcance de la aplicación efectiva del primero. Es siempre la necesidad social quien arrastra consigo en último lugar la realidad de los principios jurídicos, los cuales pueden seguir exhibiendo su rotundidad ideológica, cuando no son aplicados en absoluto e incluso cuando no lo han sido nunca. Unas veces porque su tiempo ha transcurrido o no ha llegado todavía. Otras porque no son homogéneos con las instituciones jurídicas que les hubieran dado eficacia. Otras porque son respetables vaciedades ideológicas que juegan tanto más explícitamente cuanto que nadie tiene la intención de hacerlas cumplir. Es la dialéctica de los hombres mismos quien se esconde bajo los fenómenos comunitarios, y su soberanía en estos puntos decisivos de la ordenación sistemática de la convivencia, es el paradójico desquite que la libertad humana individual se toma sobre las ideologías abusivas y sobre los excesos arbitrarios del sistematismo.

d) *Estudio de la función de los principios en el sistema anglosajón*

Del mismo modo que, en los sistemas codificados, el principio jurídico sedimenta en una preposición recibida o aludida dentro de los textos de reglas jurídicas, en los sistemas del *common law* el principio jurídico se va fraguando como "pensamiento jurídico" a través de toda una serie evolutiva de referencias jurisprudenciales de jueces y abogados, hasta llegar a tener la validez suficiente como para corregir determinadas reglas produciendo otras que se relacionen con la primera por virtud de un principio que las abarca y comprende a ambas, al mismo tiempo que determina la vigencia de cada una de ellas.

Los *principles* del Derecho angloamericano poseen una doble función (36): Primero, como punto de partida del razonamiento jurídico, que en un caso problematizado ponen de relieve un aspecto de la misión

(36) ESSER, cit., p. 236-237.

fundamental de una determinada institución en cuanto que cumpla o deje de cumplir una productividad social, invitando por tanto a tratar dialécticamente problemas que, siendo antiguos, se presentan siempre con alguna novedad que puede hacerles cualitativamente distintos; Segundo, como definiciones y recapitulaciones que sirven para orientar la investigación social por constituir versiones de la *ratio iuris*, y en este caso tienen la tarea de caracterizar teleológicamente determinados planteamientos y las series de decisiones que se refieren a ellos.

Los principios actúan o en contra o fuera de los precedentes. Los principios—en el Derecho anglosajón—aparecen como puntos de cristalización de un nuevo pensamiento institucional, que aún no se han provisto de acciones procesales y sólo con gran fatiga adelantan algún camino en este terreno, por estar en contradicción con el control tradicional de las sentencias judiciales a base de precedentes. La autoridad jurídica de los precedentes no ha decaído aún del sector de relaciones y de problemas donde se va cuajando el principio jurídico. Pero existe ya como principio, en cuanto que es ya punto de partida para un razonamiento jurídico convincente hasta el punto de llevar al juez a tomar decisiones contrarias a las que hubiera tomado de tener sólo en cuenta los precedentes (37). Desde que de un principio tal se han producido reglas concretas, queda sancionado como principio jurídico, si bien su carácter no es tampoco el de regla ni de norma jurídicamente vinculante, dado que se desarrolla en un sistema que determina la extensión de la aplicación de cada principio por virtud de concretas razones para decidir, y no por la constitución dogmática de doctrinas, máximas, principios, etc., tal como sucedería en los regímenes prevalentemente legislativos.

De este modo aparece que los principios son punto de partida del razonamiento jurídico, no como simples instrumentos del pensamiento heurístico, sino como expresión primaria de una decisión valorativa de carácter positivo, que es lo que confiere su legitimación a la regla que debe ser aplicada (38).

Mas la aplicación concreta de un principio incluye consigo una condición institucional: que ese principio aparezca claramente establecido en alguna decisión judicial, si bien dada en un terreno distinto al que ahora va a acogerla por primera vez. La fuerza de la razón no puede inventarse un principio jurídico que sólo fuera un postulado racional. Lo que tiene es que alegar una argumentación jurídica que haya sido

(37) ESSER, cit., p. 245-246.

(38) ESSER, cit., p. 252.

aplicada, aunque en un sector de relaciones y a otro propósito diferente del empleado en el caso problemático ahora. Desde este punto de vista, los principios jurídicos son una forma, universalmente aceptada en el *common law*, del derecho, institucionalizada en el rango de una constatación de derecho positivo. El rumbo racional de la solución viene constatado por esta libertad de selección del precedente aplicable, válida incluso cuando este precedente se halla rigiendo un sector jurídico muy lejano al que de momento nos ocuparía.

Mas el principio dirige la elección de la regla adecuada, según una superior idea de finalidad, incluso cuando, al observador psicólogo, esta primera reflexión se le aparezca como una asociación enteramente espontánea (39).

Se habla mucho de la intuición del juez, de la corazonada del juez, de su ojo clínico al captar la esencia problemática de un caso. Ahora bien, este sentido de orientación no es más que el entrenamiento experimentado en la selección de los principios ordenadores del conjunto del sector jurídico de la vida humana social, patentizado concretamente en la facultad de estimar su actual alcance y función.

Por ello, la fuerza racional de los principios tiene en el *common law* francas oportunidades de manifestarse, tanto como la contenida en los precedentes típicos y en los usos, si bien tras haber superado un proceso crítico de revisión de ciertos precedentes y haber revisado la habitualidad de la práctica judicial de sectores determinados. Pero su autoridad, al igual que la de los usos y de los precedentes, no descansa sobre ninguna ley expresa o positiva, ni sobre alguna declaración escrita, sino sobre afirmaciones de principios hallados en cualquier caso en la decisión de los Tribunales (40).

De este modo se confirma la opinión de Esser de que los principios jurídicos deben estar en todo caso institucionalizados de algún modo viviente y eficaz, o sea, como principios *de* derecho positivo. En el sistema anglosajón el juez debe realizar, bajo su propia responsabilidad, una opción entre las directrices razonables que a su juicio deben orientar el tratamiento actual de los intereses en presencia. Pero esta opción no puede ser tomada entre precedentes y postulados, sino entre precedentes o usos en todo caso, dentro de los principios posibles por estar reconocidos para la evaluación total en derecho positivo (41).

(39) ESSER, cit., p. 256-257.

(40) Según KENT, en ESSER, cit., p. 258.

(41) ESSER, cit., p. 273.

De este modo los principios tienen un control, además de jurídico, ético-político. La racionalidad implícitamente acordada a los principios, es un control válido frente a una lógica conceptual que desatendiera la referencia al fin perseguido en cada regla (42). Pues los principios son instrumentos de la unidad orgánica y de la integridad del pensamiento. Con ellos, el derecho no se hace solamente utilizable, sino que recibe también su carácter de "ordenamiento jurídico". La perspectiva de principios jurídicos existentes que históricamente no vienen actuando como meras reglas positivas, es el inicio de un proceso cognoscitivo que depende de la comprensión que se ha adquirido de la situación objetiva. De ahí que la interpretación de un texto no podría ser nunca interpretación del derecho, sino interpretación de una interpretación del derecho. Ello concuerda con la observación de Radbruch de que la interpretación es resultado de un resultado (43).

El principio nunca es formulado prontamente, sino que se condensa al final de un estadio de casuística jurídica o de larga práctica profesional. Ningún principio es como un axioma o como una verdad evidente caída de las nubes; sólo mediante un largo proceso de maduración histórica, a través de precedentes y de comprobación de idoneidad y fecundidad en su empleo, puede ser descubierto, entendido y conservado, precedente tras precedente (44).

e) *Función de los principios en los sistemas continentales*

En el sistema continental, donde por fuerza legislativa el juez tiene prohibido tomar como norma material que le sirva de referencia posterior ninguna sentencia aunque ésta haya sido estructurada aparte de las previsiones normativas materiales previstas en algún Código o Ley; el principio es solamente una fórmula para una serie de puntos de vista típicamente certeros. Incluso cuando los principios generales han sido objeto de una recepción en un ordenamiento como partes de su texto, su fuerza vinculante y la sanción de su infracción se fundamentan en la existencia de normas singulares apropiadas en la ley. Ellas son las que confieren autoridad al principio. En todo caso (45), la concreción de una

(42) ESSER, cit., p. 289.

(43) ESSER, cit., p. 326-327.

(44) ESSER, cit., p. 340.

(45) ESSER, cit., p. 342.

consecuencia dada a un principio previamente dado y establecido, constituye la razón positiva de la validez de éste.

Pues la unidad funcional de principio-consecuencia es inseparable, y ninguno de ambos términos posee alguna autoridad legal tomado separadamente del otro. El principio nunca es algo definitivo por sí mismo; está siempre en camino, de la mano de las resoluciones que lo aluden para apoyarse en él. Su valía consiste en ser un valor central de declaración y de demostración (46).

Resulta, por tanto, que en los regímenes jurídicos continentales la acuñación de principios no es un acto legislativo unitario de los Tribunales Supremos, sino un proceso continuo donde los precedentes de significación más o menos amplia se desarrollan paulatinamente hasta madurar en principios, hasta llegar al reconocimiento de un principio jurídico material que sale a la luz con la jurisprudencia constante, y que sigue estando sujeto a moldeamientos posteriores. La duración de este proceso es ilimitada. La importancia que merced a la formulación de principios va adquiriendo la jurisprudencia como fuente formal de derecho, es creciente. A este propósito cita Esser (47) la siguiente afirmación de un jurista italiano, país legalista donde los haya: "Los precedentes jurisprudenciales han adquirido de hecho en Europa continental una importancia que a menudo es prácticamente decisiva."

Los principios comienzan su proceso, muchas veces, en ocasión de tener que referirse los Tribunales a materias sociales nuevas, a ocasiones jurídicas inéditas. Pero en la decisión de problemas nuevos los auténticos principios del derecho no se transparentan aún claramente. El derecho es mucho más que el *fiat* de un juez o de un grupo de jueces. La certeza que produce acatamiento es el reconocimiento racional de las verdades y valores presentes en la sentencia o en la ley, y sólo a fuerza de acreditar su idoneidad en cada cuestión aparecen los grandes principios que iluminan claramente un sector entero de relaciones jurídicas. En una palabra (48), "un análisis realista hace surgir en ambos lados una nueva imagen del conjunto del ordenamiento jurídico y de la importancia poseída por los principios prelegales para la creación de instituciones".

Hay un artificio positivista que, según Esser, es preciso eliminar a toda costa. Hay que evitar el hacer depender el reconocimiento de los

(46) ESSER, cit., p. 356.

(47) ESSER, cit., p. 354.

(48) ESSER, cit., p. 370.

principios jurídicos de una artificiosa remisión a los párrafos de algún artículo del Código o de la Ley.

El pensar recibir los principios del derecho común en la *lex scripta* corresponde a la pretensión totalitaria del legislador, que con esta incorporación pretende dar por definitivamente cerrado el sistema y hacerlo formalmente invulnerable. Semejante pretensión de autarquía es propio del ideal enciclopédico de la codificación como un "cuerpo completo y autosuficiente de reglas y principios, que no ha de ser ni desarrollado ni modificado por disposiciones legislativas" (49).

Por el contrario, es inútil querer que los principios jurídicos sean principios legislados en todo caso. Los conceptos dogmáticos, y tales serían los principios jurídicos—llamados ya "dogmas jurídicos" en el medieval Ordenamiento español de Alcalá—son siempre el producto y nunca el presupuesto de una evolución. Cuando la evolución está en marcha, es la fuerza de un nuevo principio la que sustituye la antigua racionalidad del principio general anterior implantando otra nueva. Muchas veces, empero, la prestancia de los principios se ve contrariada no por la aparición de una evolución social de las necesidades humanas, sino por la brutalidad de imposiciones legales o de restricciones interpretativas. Entonces, el aire mismo en que jurídicamente se vive—como diría De Castro—, acondicionado en la racionalidad transparente de los principios jurídicos, se ensucia por miasmas pestilentes y por meteoros engañosos. Se rasga la túnica de nuestro derecho a costa de la cultura jurídica fundamental (50).

f) *Principios jurídicos y comprensión de la realidad jurídica*

Como tanto gusta repetir Esser, los principios del derecho no viven en un mundo aparte, sino que siguen la tendencia social de la vida, entre cuyos rasgos característicos figura hoy la nueva concepción de la seguridad, desarrollada tras un proceso de sedimentación de sentimientos humanitarios de variado origen. Esta tendencia a la seguridad, es ya un principio de derecho que se impone en cada vez más amplias zonas de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea el sistema legal positivo refrendado oficialmente en cada país.

Otro rasgo es la fuerte tendencia moralizadora que se va apoderan-

(49) ESSER, cit., p. 374.

(50) ESSER, cit., p. 381.

do del derecho. La distancia mantenida, gracias a la existencia o ausencia de sanción, entre derecho y moral en los regímenes liberales, ha desaparecido por el desarrollo de nuevas formas de sanción y de nuevas maneras de comprender los deberes individuales y sociales. La responsabilidad de la organización económica y profesional adquiere caracteres antes privativos de los sistemas de sanciones jurídicas. Actualmente, incluso, el pensamiento de la "comunidad" aparece más allá de la organización empresarial y profesional. El deber social de ayuda es algo más que un acto de filantropía. El estrecho contacto social de hoy, que no procede de una condensación del armazón tradicional, sino del crecimiento de nuevos medios políticos, culturales y técnicos, los cuales intensifican el tráfico y aumentan el contacto de las masas, no ha terminado aún de producir sorpresas a los filósofos del derecho y de la sociedad, y su fecundidad en consecuencias no se puede predecir totalmente aún.

Por ello, en el umbral del surgimiento de nuevos principios jurídicos, lo único que podemos definir es la regla que Esser establece: el principio está al final de una evolución, y ello sólo es posible en un sistema abierto, pluralista, no dogmatizado, no absorbido por el estrechez positivista. Ello significa claramente que la racionalidad que se vaya perfilando en la orientación de los hechos institucionales nuevos, aún no transparentes a una visión jurídica perfecta, se condensará en nuevos principios y configurará una nueva cultura jurídica en cuya base, en la integración racional de las instituciones jurídicas, se volverá a encontrar el eterno manantial que desde hace milenios conocemos bajo el nombre de "Derecho natural". Este reconocimiento no es aún explícito en Esser, pero es perfectamente lícito en base de sus investigaciones, sobre todo una vez que hemos participado en la crítica que este autor hace de los iusnaturalismos que no tienen en cuenta el momento de la articulación entre derecho natural y derecho positivo, prefiriendo cerrarse en un dogmatismo arbitrario e inadmisibile.

En una época de socialización, nos encontramos con una "masa de derecho", pero no con un sistema. Para que la masa de derecho se haya convertido en sistema, será precisa la coordinación de las instituciones en su correcto ámbito de eficacia y en los conceptos dogmáticos que las caractericen. Este resultado sólo será posible cuando las confusiones ideológicas terminen y los principios vayan disipando las nieblas sometién-dolas al poder de su racionalidad más transparente.

En todo caso, la idoneidad de un ordenamiento jurídico no puede quedar establecida por la legislación, si ésta no puede ser investigada por comprobaciones constantes y amplias, con referencia sistemática a

las necesidades sociales miradas en su conjunto, de cuya adecuada solución resulta el enunciado de principios jurídicos fecundos. Pues los catálogos que sólo contienen residuos de verdades, son falsos (51).

Del análisis de Esser resulta descartado un derecho natural de tipo racionalista, dentro del cual los principios jurídicos pueden pasar como necesarios, en sentido ontológico e intelectual (52). Pero lo cierto es que, de cualquier modo que se les estime en sí mismos, de pensar que ello sirve para algo, desde el momento en que son examinados en conexión con cualquier realidad jurídica estructurada activamente en el modo que convencionalmente venimos llamando de "derecho positivo", no son necesarios, sino que van incluidos en los cambios que en todo sistema sufren las escalas de valores y la estructura social conjunta.

Los principios positivamente axiológicos y constructores del derecho real no pertenecen al derecho natural racionalista, tanto el auténticamente establecido durante el siglo XVIII europeo, como sus imitadores más o menos inconscientes, idealistas, falsamente neotomistas, etc., basados en la creencia en un sistema legal iusnatural cuya pieza maestra sea incolora imitación del positivismo jurídico en un nivel racional, que es la ley natural tomada como pieza maestra de todo el sistema y que se piensa suficiente por sí misma.

Es verdad que por encima de las soluciones singulares que cada nación adopte (53), nos preocupamos de buscar los "principios universales" de los derechos situados en un determinado nivel de civilización. Pero estrictamente intemporales no lo son ni siquiera los derechos y principios fundamentales—entendidos en versión materialmente jurídica—aunque rebasen las formulaciones estatales. Invariables no lo son ni los principios que informan las soluciones nacionales en las grandes codificaciones, ni las concepciones valorativas que forman su cimiento histórico (54).

Por el contrario, incluso los valores jurídicos supremos están sometidos a una permanente antinomia, de la cual las antinomias axiológicas concebidas no son sino reflejo y pálida imitación (55). Las antinomias verdaderas están en el equilibrio que buscan entre sí las necesidades sociales que buscan satisfacción, y las aspiraciones humanas que intentan felicidad por el equilibrio eternamente buscado en el poder y en el dominio de los instrumentos de actividad personal. De ahí la incertidumbre

(51) ESSER, cit., p. 419.

(52) ESSER, cit., p. 415.

(53) ESSER, cit., p. 415.

(54) ESSER, cit., p. 416.

(55) ESSER, cit., p. 418.

que hay siempre en la línea que delimita el juego de cada institución, así como la precisión de sus finalidades sociales y humanas. La fecundidad creadora de los principios jurídicos aparece aquí para remediar el hecho de que los criterios para una definición extraestructural de la "naturaleza" de una institución jurídica, no pueden ser deducidos de su posición dogmática, sino de su función común en los diversos sectores jurídicos afectados. Sólo la amplitud racional de los principios que configuran la marcha de las instituciones puede mantener la conexión entre sus fines y medios, pero también entre unas instituciones y otras, conjuntadas en la función social permanente de hacer habitable para el hombre la sociedad.

No puede extrañar a nadie, por tanto, la afirmación de que la elucidación científica de estos principios universales, en cuanto a su existencia verificada y alcance institucionalizado, sea, en todos los campos del derecho, objeto permanente de la ciencia jurídica, tanto privada como pública, nacional como internacional.

6. *La doctrina de los principios y las concepciones iusnaturalistas tradicionales.*

El principio lógico o pensamiento interno que informa una institución, sólo revela su carácter universal, si se le somete—dice Esser (56)—a una consideración teleológica que explique las peculiaridades dogmáticas de cada figura a partir del complejo del sistema histórico respectivo. Para que salga a la luz la similitud intencional de la función, hay que dar una explicación genética de las diferencias estructurales advertibles en la concepción y en el desarrollo. Pues ni siquiera las instituciones concretas se ven libres de elementos contradictorios, que podríamos esquematizar bajo la doble dirección de los intereses tradicionales y los intereses nuevos, o entre los intereses de hecho y los intereses de la ordenación racionalmente equilibrada de los mismos.

Por ello, hay un campo en que la continuidad y la universalidad de los principios objetivos de solución a las cuestiones jurídicas aparece más claramente. Es el campo de las verdades y postulados éticojurídicos.

Mas, frecuentemente, las exigencias éticas en el derecho no consisten tanto en máximas formuladas explícitamente, como en inmediatizarse como contagio y pretensión de ordenamiento racional dentro de un sector ya organizado institucionalmente. Por ello, la conciencia jurídica capta

(56) ESSER, cit., p. 438.

este elemento ético, de acuerdo con la posición establecida por Esser, como parte de una polémica jurídico-dogmática concreta, y de modo que va buscando una solución a un problema dogmático. Por tanto, los factores éticos que se presentan como principios jurídicos, no están aislados y tomados en sí mismos, sino que van acompañando insensiblemente un proceso institucionalizador a lo largo de toda su construcción (57).

El adoptar este método heurístico de los principios jurídicos, al observar su función racionalizante en el derecho positivo—misión que se le asigna siempre en toda la tradición iusnaturalista, a pesar de que a veces se le ha omitido su desarrollo práctico al forjarse una concepción iusnaturalista “absolutista-integrista”—tiene una consecuencia tangible: facilitar el redescubrimiento de leyes funcionales, disimuladas bajo la dogmática, en las distintas instituciones jurídicas. Pues tales leyes funcionales son iguales en todos los sistemas, por expresar la adecuación entre necesidades sociales y la organización más fácil y certera, desde los elementos preexistentes de su satisfacción. Esser estudia concretamente tres de estas leyes, referentes al derecho contractual: la necesidad de una delimitación, al atender a la formación real de la voluntad, por medio del llamado principio de confianza; las barreras que a la libertad de contratación imponen los principios referentes al orden público; y la atenuación del rigorismo legal exigido por la seguridad del tráfico jurídico, por causa de las exigencias de la *bona fides* (58). Pero ello no nos interesa ahora más que como ejemplo de referencia para la anterior afirmación. Sí es más sustantiva la conclusión que obtiene más adelante, que indica un camino de avance del iusnaturalismo en el ordenamiento jurídico que hemos heredado del positivismo, aún prevalente a pesar de su inadecuación a las nuevas circunstancias de una edad socializada. Se refiere al creciente desarrollo del principio de la buena fe, el cual, tras la fachada de las instituciones del derecho estricto, va ganando en todas partes asentamiento y contenido material, incluso en los países donde se distingue entre las obligaciones *stricti iuris* y las *bonae fidei*. Funcionalmente (59), la *bona fides* es un principio general para el enjuiciamiento de todos los círculos de deberes; tiene validez universal, aunque sus fórmulas y casos de aplicación se hayan adaptado a la estructura de los diversos derechos nacionales.

Incluso el recurso a la naturaleza de la cosa, pierde, desde esta comprensión, el penoso aire de recurso para salir de apuros que suele presentar en la

(57) ESSER, cit., p. 467-468.

(58) ESSER, cit., p. 471 ss.

(59) ESSER, cit., p. 477.

práctica de muchos Tribunales y en los callejones intelectuales de pensadores antes cerradamente iuspositivistas. Ahora, tomada como un ejemplo de la articulación entre los principios prejurídicos y las reglas positivas, la naturaleza de la cosa expresa bien la atención prestada a las leyes profundas que regulan la relación entre los principios y sus finalidades. Cualquiera que sea la estructura nacional de un ordenamiento jurídico, el modo de hacer valer la función de la naturaleza de la cosa constituye ya un procedimiento técnico relacionado con la estructura dogmática de cada ordenamiento nacional.

A. SÁNCHEZ DE LA TORRE