

Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil

GUILLERMO G. VALDECASAS

Catedrático de Derecho civil

Nuestro Código civil, siguiendo el ejemplo de otros Códigos (1), indicaba al Juez, para suplir las lagunas jurídicas, la aplicación de los principios generales del Derecho. Esta, y no otra, era la significación del segundo apartado del artículo 6.º, según el cual «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Pero la doctrina, interpretando desorbitadamente este artículo, entendió que en él se establecían las fuentes de nuestro Derecho, jerarquizándolas en el siguiente orden: ley, costumbre del lugar y principios generales del Derecho. En consecuencia, los tratadistas de Derecho civil han venido estudiando, en la parte de fuentes, los principios generales del Derecho, a continuación de la ley y la costumbre, como la tercera y última fuente de nuestro Derecho.

Con este precedente doctrinal no es de extrañar que el artículo 1.º, n. 1 del nuevo Título preliminar declare abiertamente: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Según explica la Exposición de Motivos, «el Título preliminar del Código civil se inicia, por comprensibles razones de importancia y prioridad, con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significación, en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales, como lo hacía el precedente artículo 6.º. Con el carácter de fuentes se

(1) El primero fue el Código civil austriaco de 1811, que en su artículo 7.º dispone la utilización de la analogía y «si resultase aún dudoso el caso, se decidirá según los principios del Derecho natural, habida consideración de las circunstancias diligentemente recogidas y maduramente ponderadas». En Italia le sigue el Código Albertino de 1837, cuyo artículo 15 era una transcripción, casi literal, del citado anteriormente, con la salvedad de sustituir la fórmula «principios del Derecho natural» («natürliche Rechtsgrudvátge») por la de «principi generali di Diritto», que adoptaría después el Código civil italiano de 1865 (art. 3), precedente directo de nuestro Código, así como de numerosos códigos hispano americanos.

enuncian, *de manera jerárquica*, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones. La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado, como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior».

Por lo que se refiere concretamente a los principios generales del Derecho, el núm. 4 del artículo 1.º dispone que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre, *sin perjuicio* de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Como se ve, les asigna el mismo papel de medio para suplir las lagunas jurídicas que tenían en el antiguo artículo 6.º: pero, a diferencia de éste, alude expresamente a «su carácter informador del ordenamiento jurídico», carácter que, sin embargo, aparece desconectado y, como en oposición, a aquella función, según denota la expresión adverbial «sin perjuicio». La Exposición de Motivos confirma que los principios generales actúan como fuente subsidiaria respecto de la ley y de la costumbre: «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 y de la costumbre».

A nuestro juicio, la inclusión de los principios generales entre las fuentes del Derecho, al lado de la ley y de la costumbre, supone una confusión que no debería haber trascendido a nuestro primer cuerpo legal, máxime cuando los redactores del nuevo Título preliminar no ignoraban el particularísimo sentido en el que son «fuente» dichos principios. Como es sabido, la expresión «fuente del Derecho» es una de las más ambiguas de la terminología jurídica, por la variedad de acepciones de que es susceptible. Pero dentro de esta variedad destaca la acepción o sentido técnico que mira a las distintas formas de creación o positivación de las normas jurídicas. En este aspecto, la cuestión que se plantea la teoría de las fuentes es la siguiente: ¿quiénes y cómo establecen en una sociedad las normas jurídicas por las que ésta ha de regirse? Partiendo de este planteamiento, la doctrina llega a la conclusión, prácticamente unánime, de que las fuentes del Derecho pueden reducirse fundamentalmente a dos: la ley y la costumbre. La primera establecida por el Estado que la exterioriza en un texto fijo de palabras; la segunda establecida por la sociedad a través del uso, que es su forma de exteriorización.

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, es decir, fuente del Derecho en sentido técnico o formal, como lo son la ley y la costumbre. Si de ellos se puede decir que son fuente del Derecho, es dándole a este término una significación completamente distinta: como raíz o fundamento de donde deriva su validez intrínseca (racional) el contenido de las normas jurídicas particulares. Así, por ejemplo, cuando se dice que el Derecho natural (con

el que cierta doctrina identifica los principios generales) es fuente del Derecho positivo; o que los principios generales del ordenamiento jurídico positivo (como los concibe la llamada teoría positivista), son «fuente» de las normas jurídicas particulares que los desenvuelven y aplican a situaciones específicas. Un sentido semejante tiene la expresión cuando se afirma que los principios generales son fuente subsidiaria de la ley y de la costumbre, pues esto quiere decir que, en defecto de normas establecidas por la ley o por la costumbre, el Juez habrá de fundar su decisión en los principios generales del Derecho que, de este modo, vienen a ser la fuente de la decisión judicial. 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 (2). Pero sus fuentes de positivación no son distintas de las que originan las demás normas jurídicas; lo que sucede es que la positivación de los principios, en la mayoría de los casos, se verifica a través de la positivación 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.

Pero esto no impide que algunos principios aparezcan formulados en la ley (p. ej., C. c., arts. 1.101, 1.255, 1.258, 1902 y —en el nuevo Título preliminar— arts. 2.º, n. 3, 3.º, n. 2 y 7.º, ns. 1 y 2), lo cual no sólo no les quita su carácter de principios, sino que lo reafirma; sólo que, al aplicarlos el Juez, formalmente aplicará la ley que los proclama. Otros principios están tan arraigados en la conciencia colectiva, que resultan evidentes por sí mismos, no siendo necesario esforzarse en inducirlos del conjunto de las normas legales y consuetudinarias.

Así, pues, los principios están implícitos en el ordenamiento jurídico como su base o fundamento. Y es precisamente su característica generalidad y abstracción, muy superior a la de las normas legales y consuetudinarias, la que hace posible que, bajo su esfera de aplicación, caigan multitud de supuestos o casos para los que no existe ley o costumbre aplicables. Esta virtud o fuerza expansiva de los principios, gracias a la cual pueden servir para llenar las lagunas jurídicas, es la que tuvo en cuenta el legislador español al indicar al Juez su aplicación en defecto de ley y costumbre. Pero no hay que engañarse: los principios generales del Derecho sólo proporcionan al Juez una fuente remota de inspiración para la decisión que ha de tomar y un funda-

(2) Sobre la positivación del Derecho en general, vid. nuestro estudio sobre «La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la ciencia jurídica» (Universidad de Granada, Curso MCMLXXI-MCMLXXII, Discurso de Apertura; esp. págs. 20 a 26); y sobre la positivación de los principios generales, nuestra comunicación sobre «La naturaleza de los principios generales del Derecho», presentada al VI Congreso internacional de Derecho comparado, Hamburgo, 1962 (Ponencias Españolas - Instituto de Derecho comparado, Barcelona, 1962, páginas 46 y s.).

mento último en que apoyarla; fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero, por su alto grado de abstracción, los principios no pueden suministrar la solución exacta del caso, la cual, en gran medida, habrá de ser obra de la actividad creadora del Juez.

Indudablemente, de esta 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 y la costumbre. Sin embargo, el artículo 1.º del nuevo Título preliminar, al comprender bajo la misma denominación o etiqueta de «fuentes del Derecho» a la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, induce a pensar que éstos son fuente en el mismo sentido que aquéllas. Confusión que seguramente es el origen de otros dos errores en que ha incurrido la reforma: considerar que los principios ocupan el último escalón en la jerarquía de las fuentes; y —como consecuencia de ello— creer que existe contradicción entre la función que desempeñan como medio de suplir las lagunas jurídicas y su carácter de principios informadores del ordenamiento jurídico.

Según confiesa la Exposición de Motivos, «con el carácter de fuente se enuncian, de manera jerárquica, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Como, por otro lado, se reconoce en los principios «su carácter informador del ordenamiento jurídico», resulta un contrasentido subordinarlos a las leyes y costumbres por ellos informadas. Esta consecuencia no se habría producido si se hubiera tenido plena conciencia de que los principios generales son fuente en un sentido radicalmente distinto de la ley y la costumbre; pero, además de esto, ha sido posible porque se ha confundido el tema de la jerarquía de las fuentes con el de la función supletoria que desempeñan los principios.

La jerarquía de las fuentes del Derecho tiene por finalidad resolver el posible conflicto entre normas contradictorias dentro del ordenamiento jurídico. A este efecto se establece una jerarquía entre las normas, con arreglo a la cual la norma de rango superior deroga o priva de eficacia a la norma contradictoria de rango inferior. Uno de los criterios que pueden adoptarse para la ordenación jerárquica de las normas es el que toma en consideración el tipo de fuente que las ha originado (jerarquía de las fuentes). Tal es el criterio que sigue nuestro Código civil al proclamar la supremacía de la ley sobre la costumbre (antiguo art. 5 y nuevo art. 1, n. 3) y el que se aplica al fijar el orden jerárquico de las disposiciones estatales (Leyes fundamentales, Leyes ordinarias, Decretos-leyes, Decretos, etc.) (3).

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. Pero, además, porque, en buena lógica, no puede, o no debe existir contradicción entre los principios

(3) Otro criterio es, por ejemplo, el que para resolver la contradicción entre normas cuyas fuentes son del mismo rango, atiende al tiempo de su aparición, dando la preferencia a la más reciente: «lex posterior derogat priori».

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 una 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.

Tampoco se debe confundir la jerarquía de las fuentes con la función supletoria de ciertas normas jurídicas y, concretamente, con la que se asigna a los principios generales para suplir las lagunas jurídicas. Que ciertas normas sean supletorias de otras (p. ej., el Derecho general respecto del Derecho especial), no significa que sean de rango inferior; la jerarquía depende del tipo de fuente en que se manifiestan las normas y, en este aspecto, la norma supletoria puede ser de igual, superior o inferior rango a la norma suplida (4). Pero los principios generales están fuera de la jerarquía de las fuentes, y el hecho de que se apliquen, como Derecho supletorio en defecto de ley o costumbre, no supone subordinarlos jerárquicamente a estas últimas. La función supletoria de los principios se basa en su condición de principios fundamentales, informadores del ordenamiento jurídico, que los coloca virtualmente por encima de las normas particulares legales o consuetudinarias. Lejos de existir oposición entre la aplicación supletoria de los principios y su carácter informador del ordenamiento jurídico, aquélla es la lógica consecuencia de este carácter. Lamentablemente el artículo 1, n. 4 dice lo contrario: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, *sin perjuicio* de su carácter informador del ordenamiento jurídico.»

La consideración de los principios generales como una fuente autónoma del Derecho es también, probablemente, la causa de una imperfección sistemática del nuevo Título preliminar, en la que no incurrió el Título derogado. Nos referimos a la ausencia de un tratamiento unitario de los distintos medios que se proponen para suplir las lagunas jurídicas y, sobre todo, a la falta de determinación del orden en que han de aplicarse dichos medios. El antiguo artículo 6.^o, que no mencionaba la jurisprudencia ni la analogía, era consecuente al remitir al Juez directamente a los principios generales, en defecto de ley o costumbre. Pero el nuevo Título, además de disponer expresamente la aplicación analógica de las normas jurídicas (art. 4, n. 1), reconoce que la jurisprudencia (esto es, la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo) *complementará* el ordenamiento jurídico (art. 1, n. 6). Ante estas posibilidades que se abren para suplir las lagunas jurídicas, es evidente que el Juez, antes de acudir a los principios gene-

(4) Sin embargo, por lo que respecta a la costumbre, el Código, en principio, le reconoce validez sólo como supletoria de la ley (antiguo art. 6 y nuevo art. 1, n. 3), de donde se sigue que en ella concurren simultáneamente su carácter supletorio de la ley y su inferioridad jerárquica respecto de la misma. Pero este principio no deja de tener excepciones, pues hay preceptos legales que son supletorios de la costumbre (p. ej. C. c., arts. 591, 1.496 y 1.599).

rales del Derecho —superlativamente abstractos—, tratará de ver si existe doctrina jurisprudencial aplicable al caso controvertido y, si no la hay, intentará todavía la aplicación analógica de otra norma jurídica que regule un caso semejante. Es decir, que el orden de aplicación de las normas jurídicas, en lugar de ser el que se desprende del art. 1.^o, ns. 3 y 4 (ley, costumbre, principios generales), debería ser el siguiente: ley, costumbre, doctrina jurisprudencial, analogía, principios generales del Derecho (5).

(5) Todos los Códigos que proponen la analogía, además de los principios, para llenar las lagunas jurídicas, remiten a ella antes que a los principios. Como ejemplo más reciente tenemos el art. 12 (ap. 2) de las Disposiciones preliminares del vigente Código civil italiano: «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». Fórmula esta última que ha sustituido a la tradicional de «principi generali di Diritto».