

CAPÍTULO 5 LOS PRINCIPIOS GENERALES

112. Las fórmulas generales de la ley y los tratados. La participación de los juristas no sólo en la aplicación, sino en la elaboración del derecho, se manifiesta también en el empleo que se hace, en el derecho de la familia romano-germánica, de “principios generales” a los que los juristas suelen recurrir y tratar de desentrañarlos de la misma ley, pero que saben también según el caso y si es necesario encontrarlos al margen de la ley. El recurso a esos principios y su consecuente empleo, es difícil de explicar, por los teóricos del positivismo legislativo; los “principios generales” evidencian la subordinación del derecho a los imperativos de la justicia, tal y como es concebida en una época y en un momento determinado; ponen de relieve igualmente el carácter de derecho de juristas, y no solamente sistemas de normas legislativas, adscritas a los derechos de la familia romano-germánica.

Ya se ha señalado la manera en que el legislador podía en algunas ocasiones abdicar y requerir expresamente la colaboración de los juristas para encontrar dentro de una variedad de hipótesis, la solución justa que corresponde a una situación dada. Los límites de la ley se evidencian claramente en esos planeamientos, respecto a los cuales el legislador se expresa en términos muy generales, y por consiguiente confiere a los juzgadores poderes para resolverlos en equidad, y los remite simple y llanamente a los usos y costumbres o al derecho natural (verbi gratia el código civil austriaco en su artículo 7), o subordina la aplicación de las disposiciones legales a los imperativos de las buenas costumbres o de orden público. Todo sistema legislativo requiere de estos mecanismos de salvaguardias sin los cuales se producía un distanciamiento inadmisibles entre el derecho y la justicia. El adagio *summum jus, summa iniuria* no es ni el ideal de nuestros derechos, que no admite dividir sus principios.¹ Cierta grado de injusticia en casos particulares podría ser el costo de un orden socialmente justo. Los juristas de la familia romano-germánica estarían poco dispuestos a aceptar una solución que, desde su perspectiva, les pudiera parecer injusta. Ha sido una nota característica de la flexibilidad de la concepción jurídica de la familia romano-germánica que la equidad haya sido en todo momento integrada al derecho y que nunca haya emergido la necesidad, en esta familia, de corregir mediante reglas o jurisdicciones autónomas de equidad, el sistema de solución de controversias.²

El positivismo legislativo y los ataques en contra del derecho natural han perdido una buena parte de su autoridad cuando se pondera el uso expansivo que, en periodos de legislación inadaptada o de crisis, se ha hecho de algunas fórmulas generales (*Generalklauseln*, *Blankettnormen*) que los juristas han encontrado en las Constituciones o de las leyes. El ocaso de esta doctrina en el mundo contemporáneo es palpable, cuando se puede constatar como el legislador sanciona y con su propia autoridad nuevas fórmulas, como la que, en el artículo 2 del Código Civil suizo, prohíbe el abuso del derecho;³ el artículo 281 del Código Civil helénico

1 J. Esser (dir.), *Summum ius summa iniuria*, 1963. Véase en particular, en esta obra, el artículo de J. Esser, “Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitstreitsprechung im modernen Privatrecht”, pp. 22-40.

2 R.A. Newman (ed.), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, 1973.

3 Se invoca con frecuencia el artículo 2 ante el tribunal pero en la realidad los tribunales lo aplican poco porque desconfían con justa razón de la solución simplista que podría a veces ofrecer esta disposición: J. M. Grossen, “Le

dispone igualmente que se prohíbe el ejercicio de un derecho si excede manifiestamente los límites que imponen la buena fe, las buenas costumbres o la intención social o económica de dicho derecho.⁴

Es también digno de ser mencionado la enorme libertad conferida a los tribunales cuando le compete controlar si algunos “derechos fundamentales” del hombre han sido respetados por el legislador.

Este planteamiento surgió nuevamente con la aplicación de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El texto de la Convención y su interpretación hecha por la Corte de Justicia de Estrasburgo se ha impuesto a los Estados adherentes a la Convención, lo cual ha provocado indirectamente un cambio de legislaciones o de jurisprudencias nacionales.

De igual manera, los tribunales de los Estados se han visto obligados a respetar los principios fundamentales reconocidos por las Constituciones, a través de la jurisdicción ordinaria o de una jurisdicción constitucional (en caso de que hubiere una Corte constitucional).

Existen también principios generales impuestos por el derecho comunitario. El artículo 215 del Tratado de Roma hace alusión a los “principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”, al precisarse el derecho a la reparación en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Con apoyo en esta única referencia, la Corte de Justicia ha desarrollado en numerosos ámbitos el recurso a los principios generales, como son la seguridad jurídica, la confianza legítima, los derechos de la defensa, la proporcionalidad, y la igualdad.⁵

113. Principios generales no previstos por la ley. Cuando el recurso a los principios generales está expresamente previsto por la ley, se puede decir que los jueces actúan por delegación de poderes que les ha confiado el legislador. Pero aun cuando el legislador explícitamente se haya abstenido de conferirles tales poderes, los juristas los han abrogado, en virtud de la función misma que están destinados a ejercer. Los jueces no han dudado en ejercer estos poderes, aun cuando lo haya hecho con moderación.

Encontramos ejemplos de este comportamiento en el derecho francés: en derecho privado con la teoría del abuso del derecho y en el derecho público con el recurso a los principios generales del derecho administrativo.

La teoría del abuso del derecho se circunscribió en su origen al artículo 1382 del Código civil francés. En la actualidad, ha quedado en claro, gracias en particular al ejemplo suizo, que el principio que se desarrolla en este precepto legal no es un principio de responsabilidad; se trata de un principio general cuyo ámbito se extiende a todo el derecho y que tiene su ubicación, en el supuesto que el legislador quiera formularlo, al inicio del Código Civil, considerado como la “parte general” de todo el derecho nacional.

A partir de la Segunda Guerra mundial, el desarrollo de los principios generales del derecho administrativo ha revelado de igual manera la insuficiencia del orden legislativo y evidenció

projet de réforme du Code civil français et le droit suisse”, en *Revue de Droit suisse*, Nouvelle série, vol. 76, 1957, pp. 21-51.

⁴ Sobre la interpretación que se le da a esta disposición, véase P. J. Zepos, “Quinze années d’application du Code civil hellénique”, *RID comp.*, 1962, pp. 291 y 292.

⁵ J. Dutheil de la Rochère, *Introduction au droit de l’Union européenne*, 1998, p. 100.

claramente que en el derecho francés no se confundía con la ley. Esta concepción doctrinaria, que sirvió en un principio para interpretar de manera tendenciosa las leyes promulgadas durante la ocupación alemana que contradecían los principios de la democracia, se le dio una nueva perspectiva cuando la Constitución de 1958 distinguió el ámbito de la ley y aquel del reglamento. Los “reglamentos autónomos” —los que se promulgan en ámbitos donde la ley no puede intervenir— no pueden ser sometidos por definición a un control de legalidad; el Consejo de Estado proveyó sin embargo, que estaba facultado para ejercer control sobre ellos: los anula si eran contrarios a los “principios generales del derecho” cuya afirmación se encuentra en particular en el Preámbulo de la Constitución francesa.⁶

Más que crear “Principios Generales”, el Consejo de Estado francés reveló desde entonces principios generales corresponden a un estado de sociedad. Pero el Consejo de Estado francés no ha sido la única jurisdicción que ha podido descubrir principios generales. Existen otras jurisdicciones que coinciden con el Consejo de Estado francés en este criterio. Así, el Consejo Constitucional francés ha revelado también principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, que tienen rango constitucional. De la misma manera la Corte Europea de los derechos del hombre hace mención de principios fundamentales protectores de tales derechos.

Francia era probablemente, por razones históricas y en reacción contra las tesis del positivismo legislativo, el Estado en donde se esperaba que los juristas afirmasen su contribución en este ámbito a la evolución del derecho. En vista de que fueron los primeros en dejarse seducir por las tesis del positivismo legislativo, era esperable que fuesen igualmente los primeros en distanciarse de ellas. Es singularmente interesante destacar que la misma tendencia se afirma en la actualidad en Alemania, en reacción contra la doctrina que, en la época del nacional-socialismo, había tendido a sacrificar la justicia a la política y al mito de la superioridad de la raza o a ver en el derecho lo que era útil para el Estado (*Recht ist, was dem Staat nützt*). La reacción alemana adquiere una envergadura y nitidez particulares cuando incluso cuestiona las leyes que se encuentran en la cúspide de la jerarquía normativa. La Corte federal de Justicia y la Corte Constitucional federal no han dudado en reafirmarlo en una serie de resoluciones: el derecho constitucional no se limita a los textos de la ley fundamental, está también constituido por “ciertos principios generales que el legislador no concretizó en una regla positiva”; existe, por otra parte un derecho suprapositivo que vincula incluso al propio legislador constituyente. La doctrina noruega reconoce por su parte la noción de “derecho constitucional de necesidad” que sirve para legitimar decisiones constitucionales irregulares pero conformes a los principios y valores fundamentales de la Constitución (*verbi gratia* la secesión de Suecia y los acontecimientos sucedidos entre 1940-1945).

Igualmente, en otros países los juristas no han dudado en aplicar ocasionalmente principios de orden moral que no estaban prescritos en la ley el principio *fraus omnia corrumpit*, el principio *nemo contra factum proprium venire potest*. En España, el recurso a esos principios generales encuentra su fundamento legal en el artículo 6º, párrafo 1º, del Código civil español que enuncia, entre las posibles fuentes del derecho, los “principios generales del derecho”.

La teoría de las fuentes del derecho aparece, en todos los países de la familia romano-germánica, como estando destinada y adecuada a dar efecto a la concepción tradicional de estos

⁶ B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954; R. Chapus, “De la soumission au droit des règlements autonomes”, 1960, *Chronique XXII*, pp. 119-126.

países, conforme a la cual el derecho no puede establecerse a priori y agotarse exclusivamente en las reglas legislativas; su construcción es una tarea que deben realizar en común todos los juristas; cada uno de ellos en su propio ámbito y con técnicas propias, pero todos inspirados por un ideal común: en la consecución, en cada caso, de la solución más en sintonía con el sentimiento común de la justicia, fundada sobre una conciliación de intereses más variados, tanto de los particulares como de la colectividad.