

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA EN LA
REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA 343

1. El título preliminar del Código Civil de España. Generalidades.
2. La reforma de 1974.
3. El sistema de fuentes en la reforma.
4. Fuentes primarias: la ley y la costumbre.
5. Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad.
6. Los principios generales.
7. Discusión sobre su naturaleza. Las “aporías”.
8. La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal.
9. La jurisprudencia ¿es fuente formal del derecho?
10. La fuerza normativa de la jurisprudencia.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA

SUMARIO: 1. El título preliminar del Código Civil de España. Generalidades. 2. La reforma de 1974. 3. El sistema de fuentes en la reforma. 4. Fuentes primarias: la ley y la costumbre. 5. Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad. 6. Los principios generales. 7. Discusión sobre su naturaleza. Las "aporías". 8. La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal. 9. La jurisprudencia ¿es fuente formal del derecho? 10. La fuerza normativa de la jurisprudencia.

1. *El título preliminar del Código Civil de España*, que contiene los principios rectores del sistema sobre las fuentes de las normas jurídicas, y la interpretación, aplicación y eficacia del derecho, fue reformado por decreto de 31 de mayo de 1974. Esta reforma es el fruto de una labor que se inicia en el año de 1966 con un anteproyecto de Ley de Bases para modificar el título preliminar del Código Civil, que entonces no llegó a ser sometido a las cortes, pero que en el año de 1972, cuando las cortes autorizaron al gobierno español para modificar el título preliminar del Código Civil, dispusieron que esa modificación se hiciera con sujeción a las bases redactadas en 1966. Esta Ley de Bases tiene fecha 17 de marzo de 1973 y conforme a ella, el Ministerio de Justicia, a través de la Comisión General de Codificación, redactó el proyecto de texto articulado de 12 de enero de 1974, que, después de haber sido sometido a la consideración del Consejo de Estado y aceptado en lo substancial, fue promulgado con fecha de mayo de 1974.

Las disposiciones legislativas del título preliminar constituyen lo que se considera como "una verdadera ley preliminar o ley introductora al derecho total de país... especie de parte general legislativa que contiene normas, tanto de alcance público como privado..."¹ Como ocurre, por ejemplo, en cuanto a la jerarquía de las normas, a los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, las reglas aplicables a la interpretación y aplicación del derecho, el catálogo de las fuentes del derecho ejecutivo, los efectos de la ignorancia de la ley, etcétera.

¹ Vega Benayas, Carlos de la, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Madrid, Ed. Civitas, S. A., 1976, p. 36.

Ciertamente, en el texto vigente del título preliminar del Código Civil español, encontramos que la labor del legislador se ha limitado a precisar, corregir y aclarar el contenido del título preliminar del Código Civil español de 1889, en lo que se refiere a las materias de que se ocupa el título preliminar reformado.

2. *Lo reforma de 1974.* La reforma se encuentra dividida en cinco grandes capítulos, que comprende el mismo número de artículos que contenía el título preliminar del Código Civil en 1889. El capítulo I se refiere a las fuentes del derecho (directas e indirectas); en el capítulo II encontramos las disposiciones relativas a la aplicación de las normas jurídicas (reglas de hermenéutica); en tanto que el capítulo III se refiere a la eficacia de las normas del derecho y comprende disposiciones tales como las relativas a la inexcusabilidad de su aplicación por ignorancia o por error, las que atañen al *jus cogens*, las reglas sobre ilicitud y fraude a la ley, el principio que establece la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y las consecuencias del ejercicio abusivo del derecho; cuando se entiende que se presenta este supuesto disponiendo que si por la intención, por su objeto (finalidad o por las circunstancias), se estima que el ejercicio del derecho es reprochable por antisocial, se niega el otorgamiento de la tutela jurídica a los actos u omisiones que aun en ejercicio de un derecho producen resultados lesivos al interés social; ello independientemente de que surja la acción en favor de la víctima para reclamar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios por el uso abusivo del derecho.

En el capítulo IV del título preliminar encontramos las normas del derecho internacional privado y el capítulo V y final del título, contiene los preceptos relativos a los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio español (derechos forales).

Expuesta esa perspectiva, que señala las directrices, la estructura y la sistemática de la reforma, me ocuparé de comentar el papel que se asigna en la reforma a las fuentes del derecho, que se especifican en la reforma.

3. *El sistema de fuentes en la reforma.* El capítulo I del título preliminar consta de sólo dos artículos, cada uno dividido en varios párrafos, que podrían ser cada uno un artículo, porque contienen la enunciación de una norma jurídica. Esto se explica porque la reforma no altera los numerales de los dieciséis preceptos que integraban el capítulo preliminar del Código Civil español antes de la reforma.

El artículo primero se encuentra dividido en siete párrafos marcados con los números uno a siete que se refieren, respectivamente, el número uno a las fuentes de derecho y a su orden jerárquico, el número dos postula el principio de que la validez de normas de rango

superior prevalecerán en caso de contradicción con cualquiera otra de rango inferior.

El texto del artículo 1º, capítulo primero, del título preliminar se lee así:

Art. 1º—1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español con la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbres.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales de derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

2.1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.

2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

Vallet de Goytisolo dice, comentando este precepto:

Hace algunso años comentó (García Valdecasas) que resulta “un poco violento que sea una ley la que viene a decir que la ley esta por encima de las otras manifestaciones del derecho”. ...partiendo de la existencia de una justicia material, esta posición es insostenible desde el momento en que la ley no la traduzca debidamente. Pero, por otra parte, desde el punto de vista de la *positividad* tampoco es sólida esta posición. El que fue decano de la Universidad de Tubinga, Von Bulom lo había observado “una ley de la que todo mundo supiera que los tribunales no la aplica, perdería importancia para la vida”. Por otro lado, la positividad referida al derecho, significa algo más que la imposición de la voluntad imperante, requiere *efectividad*, es decir, que efectivamente se viva y se realice.²

En el párrafo número tres se postula el principio de que la costumbre, como fuente de derecho, tiene carácter supletorio, en ausencia de ley aplicable, y se dispone que no ha de ser contraria a la moral o al orden público. En este párrafo se establece expresamente que dentro

² Vallet de Goytisolo, Juan, “Algunas consideraciones de la ley la jurisprudencia de los tribunales como fuentes del derecho; en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista de derecho privado*, estudios, Madrid, t. I, vol. I, 1977, p. 14.

de la costumbre se encuentran los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos.

Se reconoce a los principios generales del derecho la doble función de fuente formal supletoria (a falta de ley o de costumbre) y además de fuente informadora del ordenamiento jurídico.

Son fuente supletoria de derecho los tratados internacionales, previa su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

Con carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico, el párrafo seis del artículo 1º, menciona a la jurisprudencia, a través de la doctrina que establezca el Tribunal Supremo "al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Finalmente, en el párrafo séptimo del precepto citado, la reforma establece la prohibición terminante dirigida a los jueces y tribunales de excusarse de resolver los asuntos de que conozcan, so pretexto de obscuridad o defecto de ley aplicable al caso (*non liquet*).

4. *Fuentes primarias: la ley y la costumbre.* La enunciación de las fuentes del derecho que un cuerpo de leyes incorpora al ordenamiento, constituye a la vez el enunciado a la declaración de principios filosóficos en que se inspira todo el sistema.³

En los siglos xvii y xviii la regla jurídica se inspiraba en España en los principios del derecho romano y en la tradición consuetudinaria anterior al fuero juzgo y a las Siete Partidas. Ambos cuerpos de leyes constituyen una compilación de lo que en derecho comparado se conoce como la gran familia romano-germánica y en ella se encuentra la fundamentación de toda la labor de interpretación e integración de las disposiciones del derecho privado español.

A partir del Código Napoleón y en lógica correspondencia del fortalecimiento del nacionalismo político, por una parte, y por la otra del concepto de Estado como expresión de la voluntad general, la fuente primordial estará constituida por la ley, como expresión del fruto de la voluntad del legislador, que a su vez es vocero de la soberanía del pueblo. El Código Napoleón y la escuela de la exégesis son la manifestación del derecho que ha encontrado en la ley escrita la fórmula más completa a su expresión. (Recuérdense las palabras de Bougnet: "yo no enseñé derecho civil explico al Código de Napoleón".)

Lo que más tarde constituyó la escuela positivista, atribuyó de un

³ "Credo che non si possa impostare una discussione, feconda almeno tra studiosi di sistemi giuridici continentali, sulla natura del regionamento giuridico, se non si tien conto di questa concezione del fini del diritto che prevale nei nostri sistemi di diritto privato e publico, e che non puo non influenzare il modo di concepire i fini delal giurisprudenza", Norberto Bobbio, "Sul ragionamiento del giuristi", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1955, año 1, p. 4.

modo absoluto a la voluntad del Estado, y más claramente a la voluntad del gobernante, la potestad omnímoda para dictar la regla jurídica. Desde entonces, durante el siglo XIX, hasta el tercer decenio del siglo XX, el intérprete, frente a las lagunas de la ley, debe conocer los principios generales del derecho, por medio de un proceso de sucesivas abstracciones, a partir de los preceptos de la ley.

La costumbre, si bien reconocida como fuente subsidiaria en algunos Códigos Civiles, sólo podrá ser invocada por el juzgador si de una manera expresa la ley permite recurrir a ella; lo que quiere decir que la costumbre adquiere fuerza obligatoria, por delegación de la ley, ya se trate de costumbre complementaria o paralela a la ley (cuya función es coadyuvar en la interpretación y aplicación del precepto escrito, ajustándolo a una determinada realidad social), pero siempre dentro del marco establecido por la fórmula. En ese sistema positivista la única fuente directa del derecho está constituida por la ley escrita. De ella depende la aplicación de las fuentes indirectas o secundarias (la costumbre y los principios generales del derecho).

Por otra parte, el silencio del legislador francés sobre el catálogo de las fuentes, revela claramente que el autor de la ley no se plantea siquiera la posibilidad de la existencia de fuentes más allá o por encima de la ley escrita. Para conocer el derecho civil, basta conocer la preceptiva del Código, y para resolver las controversias judiciales del orden civil a falta de ley expresa, del propio texto se desprenderá “el pensamiento que ha guiado al legislador, aunque más tarde esta idea evolucionó permitiendo al juez, por medio de un proceso inductivo, que debe llevar al cabo el intérprete, descubrir los principios generales implícitos en la ley pero siempre dentro del marco de la legislación”.⁴

5. *Las fuentes secundarias: los principios generales, la jurisprudencia y la equidad.* En sistemas legislativos, que como el Código Civil de 1889 no se sometieron al rigorismo positivista, se admite, junto a la ley, que existen otras fuentes del derecho o mejor, de conocimiento del derecho, que han de ser aplicadas; en esos sistemas de derecho escrito, la aplicación de la norma se lleva al cabo: a) por aprehensión de la fórmula contenida en el precepto; b) por su interpretación racional y lógica a fin de conocer el sentido de la disposición legislativa; c) por medio de la interpretación analógica, extensiva y restrictiva;

⁴ “Límites en la libertad del intérprete.—En este caso se amplía la misión del intérprete; puede él decidirse con más independencia. Sin embargo, no es absolutamente libre. Está limitado por el espíritu general de las leyes y por ese conjunto de reglas científicas que se llama principios generales del derecho. Debe entonces vislumbrar cuál sería la decisión de legislador, si fuese llamado a resolver la cuestión que se le presenta”, Marcelo Planiol, *Tratado elemental de derecho civil*, con la colaboración de Georges Ripert, trad. de José Ma. Cajica Jr., t. I (Introducciones Familia, Matrimonio), Puebla, México, s/f, p. 119.

d) por la indagación y expresión de los principios generales, que no estando formulados en la preceptiva del Código, pueden ser conocidos por el intérprete conforme a los criterios de valor o de ideas básicas que inspiran no sólo el Código Civil, sino el ordenamiento jurídico de su totalidad y en un país determinado.

En lo que atañe a este punto, García de Enterría se expresa así:

...la ciencia jurídica no tiene otra misión que la de develar y descubrir, a través de las conexiones de sentido cada vez más profundas y ricas, mediante la construcción de instituciones y la integración respectiva de todas ellas en un conjunto, los principios generales sobre los que se articula y debe por consiguiente expresarse el orden jurídico. Éste, en la sugerente expresión de Simonius, "está impregnado de principios, hasta sus últimas ramificaciones" de modo que en hacer patente esa oculta y profunda vida de los principios, está la augusta función del científico del derecho y no en ofrecer clasificaciones y sistematizaciones geométricas, lógicas y nemotécnicas de la materia de las leyes.⁵

El sistema de fuentes del derecho, reconocido en el artículo 1º del Código Civil de España conforme a la reforma, si bien es cierto que modifica el texto gramatical de los artículos 5º y 6º del título preliminar que fueron reformados, no entraña un cambio de esencia en el sistema que prevalecía en la materia, antes de 1974. Aunque ciertamente en manera más clara y terminante el precepto reformado afirma la posición que ha adoptado tradicionalmente el legislador, la doctrina y la jurisprudencia reconociendo el principio pluralista de las fuentes del derecho.

Quiere ello decir que la actividad creadora del derecho no es privativa del Estado al ejercer su función legiferante, sino que en el derecho español se reconoce claramente que siendo la ley la primera fuente de información para el intérprete, también lo son la costumbre y los principios generales del derecho, medios de manifestación de las normas jurídicas, cuando éstas no han encontrado expresión en una fórmula legislativa. Es decir, que la idea directriz o mejor aún la posición adoptada por el Código Civil de España en esta materia se aleja enteramente del positivismo jurídico y, en consecuencia, del monopolio del Estado para dictar el ordenamiento jurídico, y atribuye al juzgador, en ausencia de ley, la potestad de formular derecho objetivo a través de la labor interpretativa e integradora. De esta manera el legislador español con la reforma de 1974 ha confirmado la existencia de un amplio cauce al intérprete y al juzgador en la labor de creación del derecho.

6. *Los principios generales* en el Código Civil español, han sido y

⁵ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Estudios en honor de Serrano y Serrano, t. II (Estudios varios), Valladolid, 1965, p. 222.

continúan siendo fuente directa aunque subsidiaria del derecho; ocupan un tercer grado en la jerarquía en orden a su aplicación, puesto que sólo pueden ser invocados en defecto de ley o de costumbre.⁶

La mención expresa de los principios generales del derecho como el medio indicado para colmar las lagunas de la ley (lo que no ocurría en el sistema adoptado en el título preliminar del Código Civil antes de la reforma), es un índice claro de que la reforma se aleja definitivamente del positivismo jurídico y adopta una concepción realista del derecho, recogiendo la experiencia forense que invocaba constantemente las ideas directrices del Código para interpretar el precepto expreso o para resolver un caso no previsto en el cuerpo legislativo. Vale decir que junto al derecho legislado se reconocía validez a la realidad jurídica y a los principios de derecho natural que la informan.⁷

⁶ En esta manera, a falta de ley o de costumbre y frente al principio *non liquet* que se impone al juez, no se abandona la decisión a una valorización subjetiva, y se le impide incursionar en campos metajurídicos, so pretexto de indagar las fuentes materiales del derecho (sociología, política, economía, ideología). “Las fuentes del derecho se han clasificado en directas o inmediatas o indirectas según que tengan o no virtud bastante para por sí mismas y sin más poner a producir la regla jurídica. En rigor, tratándose de fuentes de origen o producción sólo es posible lógicamente reconocer las primeras, en cuya razón se llaman fuentes formales del derecho, en sentido riguroso tales como la ley y la costumbre. Las otras mediatas o indirectas, ayudan y colaboran en la concepción del derecho, son elementos informadores que no tienen fuerza bastante para partearla; sirven para la mejor comprensión de la regla, pero no les dan existencia, en cuyo supuesto son más que fuentes del derecho, fuentes de conocimiento del mismo (Chironi)”, Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil español*, Madrid, 1950, t. 1, p. 100. “El vocablo ‘fuente’ se ha entendido y se entiende como: a) el órgano o medio productor de la norma jurídica en su realidad y contenido concretos; b) las formas y manifestaciones de las normas jurídicas, y c) el fundamento de validez jurídica de las normas. Estas tres acepciones merecen estrictamente la denominación de ‘fuentes jurídicas’ o fuentes del derecho positivo’, ... desde el punto de vista de sujeto cognoscente, se entiende también por ‘fuente’ toda manifestación externa, huella, resto o constancia escrita o verbal que permite a nuestros sentidos captar la existencia de normas o conductas jurídicas pretéritas o actuales, reconstruirlas y estudiarlas. Aquí nos encontramos frente a las fuentes de conocimiento jurídico histórico o actuales, que son las que conciernen a la investigación del derecho”, Aníbal Bascañán, *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, Santiago de Chile, 1960, núm. 66, p. 128.

⁷ “La realidad jurídica no ocupa por tanto una esfera aparte en un mundo platónico; es la misma realidad que estudian otras ciencias y que éstas entregan ya sistematizada al jurista para que éste prosiga las actividades que aconsejan los fines del derecho. La realidad jurídica es el punto de partida y el punto de llegada del mundo del jurista. Al principio es contemplada científicamente; al final es moldeada técnicamente por el jurista. En medio, se hallan las normas jurídicas como instrumento forjado artísticamente de acuerdo con valoraciones filosóficas de justicia, instrumento que perderá su razón de ser si se constituye de espaldas a la realidad jurídica que quiere regular”, Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Ed. Porrúa, 1966, p. 153. “Las figuras jurídicas, supongamos la compraventa, la hipoteca, el mandato, el hurto... se diferencian de las figuras geométricas como el prisma, el triángulo, el círculo, entre otras, porque estas últimas se presentan como el golpe al espíritu, en un plano sin profundidad histó-

7. *Discusión sobre su naturaleza. Las “aporías”*. No es menos ilustrativo acerca de la posición jusnaturalista en que se sitúa la reforma, que en ella se haya reconocida la equidad, una función instrumental en la interpretación de las normas jurídicas, aunque ciertamente dentro de un campo limitado; “sólo cuando la ley expresamente lo permita” (apartado 2 del artículo 3º).

Debe advertirse que en el Código Civil español los principios generales del derecho desempeñan una doble función: a) como fuente de derecho que se le asigna y b) un papel informador de las demás fuentes, al tenor de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 1º que se comenta.

Antes de seguir adelante, parece oportuno señalar el papel que en nuestro Código Civil del Distrito Federal desempeñan los principios generales del derecho. El artículo 18 de ese cuerpo de leyes establece que: “Las controversias judiciales del orden civil, deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho.” En esta disposición legislativa, la función de los principios generales del derecho son instrumento integrador de derecho, frente a las lagunas generales del derecho no sólo desempeñan el papel “informador” del juzgador en su labor interpretativa a que se refiere el artículo 1º, párrafo 4 del Código Civil español, sino que además constituyen una porción importante del orden jurídico.

Pero para cumplir esa función, los principios generales del derecho requieren ser aplicados por el juzgador y en esta manera adquirir expresión normativa.

Los verdaderos principios son los que J. Esser denomina “principios problemáticos o ideas básicas en sentido retórico” (verdaderas “aporías” en sentido lógico). Con todo, atribuye a unos y a otros la misma naturaleza, diciendo por un lado que (un principio) “no es un precepto jurídico, ni una norma en sentido técnico —en lo que estamos perfectamente de acuerdo— en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones, lo que se explica, por falta de una norma de remisión general a los principios en el derecho alemán, a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho. Por eso, nosotros podemos añadir que, los principios, para que actúen como reglas requieren su concreción —fuera de los casos en que un precepto concreto instrumento el principio de una u otra manera— mediante la interpretación y la aplicación del derecho.”⁸

rica, mientras que las creaciones del derecho, difícilmente pueden ser captadas, si no son sentidas en cierta profundidad temporal. El tiempo, vaya, la historia es un elemento del derecho, en varios sentidos, pero aquí queremos señalar solamente el aspecto de profundidad temporal de que las normas están dotadas, en cuanto todas ellas son creaciones de la cultura humana en su evolución”, Sebastián Soler, *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1967, p. 22.

⁸ De los Mozos, José Luis, “Derecho civil español”, I parte general, vol. I, *Introducción al derecho Civil*, Salamanca, Ed. Kadmos, 1977, p. 494.

8. *La analogía y los principios generales y el Código Civil mexicano para el Distrito Federal.* El texto del artículo 19 de nuestro Código Civil, que reproduce textualmente el párrafo final del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, impone a los jueces el deber de dictar el pronunciamiento, aun en los casos de oscuridad o falta de ley (*non liquet*); de acuerdo con ese precepto entendemos que los principios generales del derecho, en nuestro sistema jurídico, son las ideas informadoras del Código (en lo cual concuerda con la disposición contenida en el artículo 1º— 4 del Código de España) y, además, en los casos de oscuridad o falta de fórmula legal aplicable, los principios generales desempeñan una función no prevista en el Código español; son fuente directa de derecho, en el mismo grado que lo son la ley y la costumbre.

En opinión de Demófilo de Buen:

Por principios generales del derecho deben entenderse, además de los inspiradores de nuestro derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del derecho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social. Dichos principios, para su observancia, habrán de reunir dos condiciones: 1ª Encajar en el sistema de nuestro derecho positivo; 2ª Que estén reconocidos en nuestra legislación; o, si no fuera así, se impongan por su misma evidencia o porque los apoye la doctrina más autorizada.⁹

Podríamos decir entonces que los principios generales tienen una función integradora de la ley en aquellos casos en que el juzgador, debiendo dar solución al problema que se le plantea en el juicio, no encuentra en la fórmula legal la norma aplicable, ni la disposición puede ser conocida por medio de la analogía (*analogía legis*). Es entonces cuando el juez ha de indagar cuáles son los principios o las directrices que informan el sistema de la institución o mejor, del Código mismo, para tratar de encontrar en ellos, por un procedimiento también analógico (*analogía juris*), la solución que está implícita en el sistema, mediante ese proceso lógico-jurídico.¹⁰

⁹ *Introducción al estudio del derecho*, segunda ed., nota preliminar de Néstor de Buen, México, Ed. Porrúa, 1967, p. 288.

¹⁰ "Lo que sucede es que el legislador parece desconfiar de los principios, aferrándose a los viejos dogmas del positivismo legalista: sumisión de los principios a la ley y obtención de los principios mediante deducción lógica del texto legal. Teniendo en cuenta que, sobre todo ello, gravita la idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, a la que han de servir, también, los principios desarrollando lo mismo que en la aplicación extensiva de la norma, una actividad lógica con lo que desaparece por un lado y así en el tenor literal de nuestro artículo 1º —4 Cc., la función interpretativa de los principios que en cierta medida quiere ser suplantada por la analogía mientras que por otro se olvida que cuando se trata de los principios no entra en juego una actividad lógica —como sucede, en cambio, en la analogía *legis*— ni siquiera como actividad lógica subordinada, sino una actividad valorativa, axiológica, que integra y completa las propias valoraciones normativas", José Luis de los Mozos, *op. cit.*, p. 489.

Cuando la analogía es insuficiente para llevar al cabo la labor integradora de la ley, los principios generales están llamados a desempeñar su función normativa. En esta labor el juez debe llevar al cabo una “actividad valorativa, axiológica, que integre y complete las propias valoraciones normativas”,¹¹ recurriendo a lo que Federico de Castro denomina los principios dogmáticos.¹² Teniendo como tales las ideas informadoras, no sólo del Código Civil sino del ordenamiento jurídico en general, así como el momento histórico sociológico y también la tradición jurídica, constituida por los antecedentes legislativos y los resultados de la experiencia jurídica.¹³

El recurso a los principios generales exige que sean formulados en la sentencia una vez conocidas por el juez. De esta manera se relacionan con el derecho jurisprudencial, al que me referiré en seguida.

9. *La jurisprudencia ¿es fuente formal de derecho?* El artículo 1º, párrafo 6 del Código Civil de España, asigna a la jurisprudencia una función complementaria de la ley, cuando en ejercicio de su poder decisivo los tribunales reiteradamente sustentan un criterio interpretativo o integrador de la ley, de manera que forman así un cuerpo de doctrina o de tesis jurisprudenciales, como se les conoce en la práctica forense.^{13 bis}

Los comentaristas de la reforma coinciden en que la mención de la jurisprudencia en la preceptiva del artículo 1º del Código Civil no constituye una verdadera innovación en el sistema español, puesto que este precepto sólo recoge en su disposición la práctica de los tribunales (verdadero *usus fori*), que en manera constante se invocan los precedentes judiciales en muchos fallos pronunciados. Por otra parte, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 1729) menciona la aplicación de la “doctrina legal”, se refiere a la opinión de los juriconsultos invocada por los litigantes y recogida por el juzgador en su sentencia. El Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de una doctrina jurisprudencial, cuando reúne los siguientes requisitos: a) debe ser recogida en las sentencias del Tribunal Supremo y de la sala que resuelva sobre derecho sustantivo; b) se requiere la reiteración de esa doctrina en las sentencias; c) debe tratarse de casos idénticos o análogos supuestos de hecho, preceptos legales y fuente jurídica, aplica-

11 De los Mozos, José Luis, *op. cit.*

12 *Derecho civil español.*

13 Así, en opinión de Sánchez Román, citado por De Buen, los principios del derecho están contenidos en el título 34 de la partida 7ª y a ellos debe acudir el intérprete a falta de ley o de costumbre aplicable, *op. cit.*

13 bis *Cfr.* la opinión de M. Belaid en *Pour une Théorie della connaissance juridique*, cit. p. 116.

bles al caso o motivo del recurso de cesación; d) es también exigencia que la doctrina sea decisiva en la resolución del caso resuelto.¹⁴

La opinión antes de la reforma no era unánime acerca de si la voz jurisprudencial comprendía también la doctrina interpretativa sostenida en las sentencias de los tribunales y si ésta tenía un valor normativo por su reiteración o si la jurisprudencia sólo reconoce o acepta que el razonamiento expuesto por el tribunal tiene fuerza de convicción por sí mismo.

La importancia de la reforma, al incluir a la jurisprudencia como instrumento complementario de la interpretación, consiste en que ha puesto fin a esa discusión y ha fijado el papel que desempeña la jurisprudencia y sus límites dentro de la labor jurisprudencial.

Tomando en cuenta el texto del párrafo 6 del artículo 1º que se menciona, parece claro que la jurisprudencia, de acuerdo con la reforma, no es propiamente una fuente del derecho; por lo menos no lo es en el sentido de fuente formal, porque desempeña un papel complementario u orientador en la labor de interpretación y de aplicación de la ley, de la costumbre o de los principios generales del derecho, que sí son fuentes formales del derecho.

Enrique Zuleta Puceiro, en este respecto, dice lo siguiente:

La jurisprudencia como fuente del derecho. Aunque casi sin excepción la doctrina española reconociera que la jurisprudencia no figura entre las fuentes formales establecidas por el artículo 6, la inquietud por reeceptar el papel de importancia, desempeñado por las decisiones judiciales en la vida jurídica, llevó a plantear la posibilidad de introducir la jurisprudencia en el esquema de fuentes, a través de la vía indirecta de asimilarla a alguna de las fuentes formales subsidiarias a la ley, la costumbre y los principios generales de derecho... ambas orientaciones niegan como hemos dicho, el valor de fuente formal de la jurisprudencia desempeñaría un papel de fuente real, acorde con la importancia de la actividad judicial...¹⁵

Habrá que reconocer que la jurisprudencia por sí misma (las tesis contenidas en las sentencias y reiteradas por los tribunales) no es fuente autónoma de producción jurídica, no es generadora de derecho, porque su obligatoriedad proviene de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho a los que sirve de complemento, contrariamente a lo que ocurre en nuestro derecho positivo en el que como es sabido de manera expresa, que en el juicio de amparo y conforme a los artículos 192 y 193 bis de la ley de la materia, la jurisprudencia sobre interpretación de la constitución y reglamentos federales o locales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano que esta-

¹⁴ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, p. 563.

¹⁵ Zuleta Puceiro, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes del derecho. El título preliminar del Código Civil* (Estudios), t. 1, vol. 1, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1977, p. 140.

blezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para los jueces federales, tribunales militares o del orden común, así como para los tribunales administrativos y del trabajo. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de distrito, es obligatoria para los juzgados de distrito, tribunales del fuero común, administrativos y del trabajo.

La jurisprudencia no es fuente formal de derecho tanto por función complementaria de las otras fuentes formales, como porque el pronunciamiento del juez tiene sólo fuerza vinculatoria en el caso particular de la controversia que se resuelve en el juicio. Así pues, la sentencia del juzgador carece de generalidad y de abstracción (datos característicos del derecho objetivo); su función se limita a completar y particularizar el precepto de interpretación. Por ello, se ha dicho con razón que la sentencia no crea derechos subjetivos, simplemente los declara.¹⁶

10. *La fuerza normativa de la jurisprudencia.* En el derecho español, la doctrina acepta que la jurisprudencia, conforme a la disposición del artículo 1º, párrafo 6 del título preliminar, no es fuente formal, y aun para quienes son de opinión contraria no llegan a afirmar que es fuente formal autónoma o autárquica como son la ley y la costumbre. Su fuerza vinculatoria radica en la solidez y poder de convicción de los principios científicos y de los razonamientos en que descansa la tesis que la sentencia invoca. Es, entonces, verdaderamente una fuente real de derecho (y no formal) que impone una determinada conducta debida, no por disposición de la ley, sino por validez

¹⁶ "Menos aún es fuente de derecho objetivo, la sentencia del magistrado; la sentencia no es por regla general tampoco fuente de derechos subjetivos, porque declara y afirma solamente el derecho preexistente. La sentencia, en efecto, por su función propia, no atribuye, no crea derechos subjetivos, sino sólo los declara. Sin embargo, existen sentencias que, con fundamento en una precedente declaración, crean entre las partes una situación jurídica nueva, que puede decirse que tiene su causa en la sentencia (sentencias constitutivas); también estas sentencias, empero que por otra parte no constituyen la regla, tienen por objeto la declaración de derechos, que, por su naturaleza particular, dan nacimiento a una nueva situación jurídica entre los sujetos interesados (Chiovenda)", Salvador Publiati, *Introducción al estudio del derecho civil*, México, 1943, p. 60. "Pero el juez no es ni una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales: el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, al mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos", Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, pp. 423 a 424.

de los razonamientos en que se apoyan sus mandamientos, en que se apoyan los puntos resolutivos de la sentencia.¹⁷

Con anterioridad a la reforma del título preliminar, los precedentes tuvieron un valor de mera orientación general y no constituyen propiamente una fuente de normas vinculantes con carácter general.

En el artículo 1º, párrafo 6, objeto de este comentario, el legislador reconoce la importancia que los precedentes judiciales tienen en la práctica forense; por ello dio a la jurisprudencia un puesto en el esquema de las fuentes, atribuyéndole validez subsidiaria. De esta manera quedaron incorporadas a las fuentes, después de la ley, la costumbre y a los principios generales de derecho, que son las únicas fuentes formales expresamente reconocidas en el ordenamiento.

Por otra parte, ya nos hemos referido a la opinión “ecléctica” del profesor Castán Tobeñas, conforme a la cual, aunque la jurisprudencia no es fuente autónoma, tampoco puede negarse que carece de valor y autoridad suficiente para ser reconocida y respetada en los fallos de los tribunales.¹⁸

La polémica no ha quedado hasta ahora resuelta definitivamente por la doctrina y es que en su solución influye en forma definitiva la concepción general que sobre el ordenamiento jurídico adopte el intérprete o doctrinario, quien ha de resolver previamente las siguientes cuestiones:

- a) ¿Es la ley única fuente del derecho con la aseguración de todas las demás instituciones normativas?
- b) ¿Es la ley fuente primordial, pero no excluyente de las costumbres y los principios generales del derecho?
- c) ¿La legitimidad de las otras fuentes formales, procede del dere-

17 “Una concepción de Puig Peña denominada ‘ecléctica’ es la de Castán Tobeñas, quien ha desarrollado sus opiniones sobre el tema en numerosas obras. Para Castán, no cabe duda que la jurisprudencia no es fuente autónoma de producción jurídica, como pueden serlo la ley y la costumbre. Ello no implica, sin embargo, que carezca de valor y autoridad. Tal carácter no le adviene sólo por vía indirecta en cuanto puede llegar a constituir derecho consuetudinario obligatorio, sino también por vía directa, en cuanto va ligada a la jurisprudencia una muy visible, aunque limitada actividad creadora cuyos resultados y soluciones se imponen en la práctica imperiosamente a los tribunales inferiores y aun en cierto sentido —con fuerza puramente moral—, al tribunal superior que la establece”, Enrique Zuelta Puceiro, *op. cit.*, p. 141.

18 “Nuestra tesis es la de considerar la jurisprudencia efectivamente fuente de derecho, pero no fuente formal, indirecta o complementaria, sino real e institucional. Su fundamento lo encontramos en dos comprobaciones de la realidad: a) como poder jurídico, órgano y custodia del derecho, institucional y constitucionalmente así declarado y b) como creador del derecho, como realizador del mismo, al aplicar normas extrapositivas, al lado de su más normal y cotidiana función de interpretación uniforme. Es decir, que la jurisprudencia no sólo complementa el ordenamiento formal del derecho sino que lo completa, no en vía subordinadora e indirecta, sino propia”, Carlos de la Vega Benayas, *op. cit.*, p. 98.

cho escrito o surge de al fuerza que por sí misma tienen aquéllas?

d) ¿Participan en igual rango y grado dentro del catálogo de las fuentes formales de la ley, la costumbre, fuentes generales y jurisprudencia?¹⁹

El sistema legislativo español, desde antes de la reforma, de la misma manera que el sistema legislativo mexicano, queda adscrito a la concepción de la ley como fuente primordial de derecho. La costumbre, los principios generales y la jurisprudencia, reciben del derecho legislado el poder creador de la regla de derecho. Podríamos decir que la ley constituye la fuente formal originaria o de primer grado, en tanto que las demás reconocidas por la ley constituyen el grupo de fuentes de segundo grado. Su fuerza obligatoria procede de la ley por delegación.

Por otra parte (y en este sentido puede entenderse la función complementaria de la jurisprudencia), no puede pasar inadvertido que las decisiones judiciales, la norma jurídica general y abstracta, al ser aplicada por el juez en la sentencia, añaden algo a la norma. En efecto, mientras la ley no es aplicada en los casos concretos, el precepto permanece en el ámbito de la generalidad y abstracción, y sólo se actualiza o se individualiza en el pronunciamiento que resuelve situaciones jurídicas concretas y particulares.

En otras palabras, la naturaleza complementaria de la jurisprudencia como fuente del derecho, significa que en la labor interpretativa y, principalmente, en la labor de integración de la ley, coadyuva en el conocimiento de la norma que el juzgador considera aplicable al caso particular controvertido que se somete así a una regla que, al haber sido aplicada, participa así del ordenamiento jurídico.

19 "Chaque société humaine détermine, soit spontanément, soit institutionnellement, le mode de production des règles qui la gouvernent. En termes techniques, chaque société possède son système de sources formelles. Et c'est ici que la confusion commence! Nous verrons que la plupart des théories accordant ou refusent le caractère juridique — et une fois encore il s'agit d'une question de terminologie — en fonction de critères qui ont trait au mode de production des règles plutôt qu'aux particularités du produit fini lui-même. Le 'juridique' est défini par rapport à la production normative et non pas par référence à des particularités qui ont trait à la norme elle-même'. Tout à fait typique de cette manière de procéder est le passage de Stoyanovitch cité plus haut. Pour quelle raison l'auteur refuse-t-il le caractère 'juridique' aux règles qui répriment l'homicide, le vol ou le viol alors même qu'il admet l'existence d'une autorité sociale qui rétablit ces règles lorsqu'elles sont violées? La réponse est simple; elle n'émanait pas d'un État. La définition du juridique est donc à faire de langage et de convention'. La définition fondée sur l'origine, sur la source, est manifestement la plus répandue. Nous devons donc y souscrire. Il faut savoir choisir de parler le langage du plus grand nombre", Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, 1979, p. 16.