

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO

*Por el licenciado Fausto E. Rodríguez García, del Instituto de Derecho Comparado de México.*

Una larga tradición de profesión de fe racionalista imperante en el campo de la Ciencia Jurídica Dogmática y de la Filosofía del Derecho, secundada por un paralelo proceso histórico, jurídico y político, de entronización de la *Ley* —en tanto que expresión acabada de la *Razón*—<sup>1</sup> como fuente principal cuando no única del Derecho, ha desempeñado sin duda un papel muy central en el planteamiento y ensayo de soluciones al conocido y manoseado problema de “los principios generales del derecho”.

El asunto, que ha echado hondas raíces en la teoría jurídica fundamental, proyectándose con perfiles prácticos en la configuración técnica de la función judicial, ha suscitado también serias disyuntivas estimativas al enclavarse en la encrucijada misma de los valores básicos del Derecho positivo: seguridad y justicia.

Genéticamente, esto es, atendiendo a las circunstancias de su aparición histórica, el problema de *los principios generales del derecho*<sup>2</sup> representa, dentro del marco de la doctrina jurídica y de la legislación modernas, una toma de conciencia reflexiva de algo que, por así decirlo, han venido

\* SECCIÓN I (General): F.—*Filosofía del Derecho* 2) Naturaleza de los principios generales del Derecho.

1 Dicho proceso histórico tuvo su culminación en la proclamación de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, recaída al movimiento revolucionario francés, en 1791.

2 Para los detalles históricos de la génesis de esta expresión, véase Giorgio DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho* (Trad. de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1948), especialmente el “Prólogo” a dicha obra, por Felipe Clemente de Diego, y el Cap. I de la misma.

haciendo siempre los jueces de todos los tiempos, porque resulta conatural al proceso mismo de la decisión judicial, a saber: la determinación de las condiciones particulares en que operan los elementos valorativos estructurados por la norma jurídica general, consuetudinaria o legislativa, y, en ausencia de ésta —supuesto de las llamadas “lagunas”—,<sup>3</sup> la formulación de la decisión para el caso concreto con base en las mismas valoraciones generales que informan al ordenamiento jurídico positivo en juego.

Lo que ocurre es que tanto la corriente del *jusnaturalismo* como la opuesta del *positivismo jurídico* —ambas por igual “racionalistas”—<sup>4</sup> han obscurecido el punto de tal modo, rodeándolo de todo un aparato de pseudo-cuestiones surgidas de las propias premisas del racionalismo (razón natural, justicia natural, voluntad del legislador, división de poderes, etcétera), que han terminado por desviar la atención de los juristas del fondo real del problema.

Concretamente, el tema de los “principios generales del derecho” ha saltado al escenario de la discusión doctrinaria y de la preocupación legislativa en ocasión de la necesidad de afrontar y dar una salida decorosa a las serias dificultades prácticas creadas por el legado dogmático de una tesis racionalista vuelta artículo de fe: la pretendida autosuficiencia del derecho legislado para dar una respuesta a toda situación de hecho imaginable.

El estado actual del problema ha evolucionado así. Un requerimiento existencial, emanado del hecho de querer y tener que vivir con los demás —con-vivir, co-existir—, ha venido operando desde remotos tiempos en el sentido de exigir de los individuos un grado cada vez mayor de organización y de entendimiento societarios —*consensus social*—,<sup>5</sup> requerimiento éste que se ha traducido en un esfuerzo progresivo del hombre

3 En este trabajo no nos haremos cargo del discutido punto sobre la existencia o no de las “lagunas de la ley o del derecho” que, por lo demás, no es más que un incidente o episodio dentro del enfoque racionalista del problema de la hermenéutica jurídica.

4 Por “racionalismo jurídico” entendemos aquí a aquellas corrientes de pensamiento dentro de la teoría jurídica, particularmente el *jusnaturalismo* y el *positivismo*, que han centrado su atención en el aspecto lógico-normativo (conceptual) del Derecho, desatendiendo la dimensión real que éste tiene como fenómeno que se da en la convivencia social. DEL VECCHIO, cuyo libro citado continúa siendo magistral sobre el problema, enmarca a éste entre los dos extremos aludidos, por lo que se mantiene dentro de una postura francamente racionalista.

5 Sobre la noción de *consensus social*, v. William G. SUMMNER, *Folkways (Los pueblos y sus costumbres)*, trad. de Ed. Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1948; y FAUSTO E. RODRÍGUEZ, *Conflictos normativos y desintegración social* (en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, año XIII, N° 38, pp. 65-78).

por aumentar el grado de certeza y seguridad en sus relaciones con los demás, ya que el azar y la imprevisión no rezan con las aspiraciones de una asociación que tiende a perdurar. La perentoria urgencia de saber a qué atenerse en la convivencia social ha llevado, en consecuencia, a una paulatina búsqueda de mecanismos sociales que faciliten el cálculo más seguro y frío posible del comportamiento situacional y circunstancial de los asociados —apartándolo de las tendencias idiosincráticas de una caprichosa e impredecible actuación individual—, en función de los intereses de la conservación del grupo.

Pero el cálculo en cuestión reclama, en buenas cuentas, la configuración de un instrumento “racional” de programación de la vida social en términos muy generales, es decir, de un mecanismo de planificación de las conductas de los sujetos individuales en determinadas condiciones o situaciones, lo cual implica, a su vez, una buena dosis de acuerdo común (*consensus*) sobre lo que todos y cada uno de los asociados habrá o deberá de hacer y de esperar que los demás hagan en determinadas coyunturas vitales. Naturalmente, la planeación de la vida social de un grupo (familia, clan, pueblo, nación, etcétera), a base de la previsión detallada de las actuaciones de cada uno de sus miembros en cada momento de su vida de relación con los otros, sólo se puede aspirar a bosquejar adoptando un nivel de abstracción muy general, tan general como para que se pierda de vista la consideración de las incidencias particularísimas de cada sujeto en su intransferible individualidad y se tomen únicamente en cuenta sus acciones que pudiéramos llamar “típicas” dentro del grupo, esto es, su comportamiento como hijo o padre de familia, como comprador o vendedor, como causante, como funcionario, etcétera.<sup>6</sup>

El mecanismo más idóneo para tal propósito fue concretándose, indiscutiblemente, en la forma legal de la norma jurídica, esto es, en la *ley*, óptimamente alcanzada, en el curso de la evolución histórica humana, durante el siglo XVIII a resultas del movimiento jusnaturalista, de larga gestación, positivamente cristalizado en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” emanada de la Revolución francesa,<sup>7</sup> y continuada en la tarea codificadora del derecho civil patrocinada por Napoleón. En dicho documento jurídico-político, que sirvió de preámbulo a la primera

6 Para el ahondamiento en el estudio de las “acciones típicas” de los miembros de un grupo social, puede resultar muy fecundo un enfoque como el que, en nuestros días, propone el sociólogo norteamericano Robert K. MERTON, para el análisis de los “roles o papeles sociales”, particularmente en su *Social Theory and Social Structure*, The Free Press, Glencoe, Ill., 1957.

7 Ver artículos 4-11, inclusive, de dicha “Declaración” francesa.

Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, la *Ley* aparece elevada a la categoría de máxima instancia en la regulación de la conducta social, en tanto que suprema expresión racional de la voluntad popular (*consensus*).

Lo interesante para nosotros es que, a partir de esta consagración solemne del imperio de la *Ley*, comenzaron a consolidarse un conjunto de *slogans* jurídicos y políticos que han gravitado enormemente en el encauzamiento de la doctrina jurídica y de la actuación política posteriores. Entre ellos, cabe subrayar aquí el referente al principio político de la “división” o “separación de los poderes” y el relativo a “la sumisión del poder judicial a la autoridad de la ley”; ambos señalaron, particularmente, el inicio de toda una secuela de prejuicios y de aprensiones con respecto al ejercicio de la función aplicadora del derecho.

La beatería de la ley, así inaugurada, condujo después en la esfera doctrinal a un olvido, por parte de los juristas, del orden real de prelación que genéticamente había correspondido al proceso judicial sobre el legislativo,<sup>8</sup> y a pugnar, en consecuencia, por una limitación positiva de los poderes del juez so pretexto de los riesgos inherentes a un desmedido arbitrio judicial. Los corolarios teóricos de lo anterior, pertinentes a la concepción mecánica sobre la función judicial y a los métodos de interpretación de la ley, así como sus efectos perturbadores para un normal y progresivo desarrollo de la hermenéutica jurídica y de la teoría de las fuentes del derecho, son de todos conocidos por lo que no insistiremos ahora sobre ellos.<sup>9</sup>

Esta presentación introductoria y un tanto impresionista de los aspectos sociológicos y jurídico-políticos de la evolución histórica del asunto, tiene su razón de ser en este trabajo nuestro, pues con ella intentamos suministrar los elementos configurativos del ambiente que propició la aparición del problema de los “principios generales del derecho”.

8 Rudolf v. IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, libro II, capítulo I, párrafo 44, en donde afirma: “todo principio abstracto —nosotros podríamos parafrasear: *toda norma jurídica general*—, desde el momento que se produce por primera vez, se manifiesta en un caso aislado que se podría llamar *su punto de invasión histórica*”. (Nota: lo afirmado entre guiones, en esta cita de Ihering, es agregado nuestro.)

9 Para los incidentes de toda esta problemática, constituyen una guía magnífica, las obras clásicas de Francois GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo* (ed. castellana de Editorial Reus, Madrid, 1925) y *Science et Technique en Droit Privé Positif*, (4 vol.), Recueil Sirey, París, reimpresión s/a; y, en nuestros días, Luis RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

19

En efecto; por su propia inercia, los postulados racionalistas empezaron a fracasar frente a la rebeldía de los hechos y bien pronto se comprendió que, en el proceso de aplicación de la ley a éstos, no bastaba la previsión genérica, abstracta y vacía de contenido vital de la norma jurídica legislada, sino que en la cabal realización de dicho proceso “algo” —y muy importante— tenía que aportar el juez. La manía legalista invadió a toda la Europa occidental y al Nuevo Mundo —con excepción del círculo británico—, influyendo decisivamente en la conformación de diversos textos jurídico-positivos nacionales; pero éstos, ante la manifiesta insuficiencia de la ley, hubieron de dar cabida en sus ordenamientos a otras fuentes del Derecho, supletorias de ésta: la analogía, la costumbre, la equidad, los principios de la razón natural y los *principios generales del derecho*, cuya operancia estaba condicionada en todo caso, en opinión de los fanáticos de los textos legales, a una expresa invocación de dichas fuentes supletorias por éstos. Con ello se daba vida a una nueva ficción: que la solución del caso emanaba, en definitiva, siempre de la ley.<sup>10</sup>

En este proceso de toma de conciencia sobre la precariedad de los textos legislativos, afloró al principio, de nuevo, la actitud jusnaturalista que desde antiguo venía dominando la mentalidad de los juristas,<sup>11</sup> incursionando en la doctrina de las fuentes supletorias del Derecho y propiciando, en los diferentes textos jurídico-positivos de la segunda mitad del siglo XIX, una serie de expresiones afines de la más pura raigambre jusnaturalista, tales como “los principios de equidad natural”, “los principios de moral natural” y “los principios de razón natural”.<sup>12</sup>

10 Exponentes extremos del método tradicional o exegético lo fueron, p.e., BLONDEAU, *La autoridad de la ley (Fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas)*, París, 1841; DEMOLOMBE, quien decía: “mi divisa, mi profesión de fe, es también ¡los textos antes que nada! Publicó un curso de Código de Napoleón; mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viva...”; y BUGNET, quien a su vez afirmaba: “No conozco el *derecho civil*, no enseño más que el Código de Napoleón.” (Nota: todas estas referencias y citas están tomadas de GENY, *Método de Interpretación...*, trad. y ed. cit., p. 27.)

Contra el método exegético, se levantó airada la protesta de diversas corrientes jurídicas: la *histórica*, inaugurada por Hugo y Savigny, saliendo por los fueros de la “costumbre”; la *finalista*, de Ihering, invocando la idea de “fin”; la de Gény, con su *libre investigación científica* del Derecho basada en la “naturaleza de las cosas”; y la de Philip Heck, con su *jurisprudencia de intereses*. Todas ellas inspiradas en el denominador común de su anti-racionalismo fundamental.

11 Para los antecedentes del asunto, en el Derecho antiguo español, ver Felipe CLEMENTE DE DIEGO, *Fuentes del Derecho Civil Español*, ed. Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, así como su *Prólogo* a la obra de Del Vecchio, ya citado.

12 Ver, p.e., el artículo 7 del Código Civil Austriaco, el cual invoca, como fuente jurídica supletoria de última instancia, “los principios fundamentales del derecho natural”. La promulgación de dicho código austriaco es posterior, sólo en algunos

Inmediatamente se hizo sentir, a su vez, la enérgica reacción anti-jus-naturalista —iniciada a fines del siglo XVIII y principios del XIX, con la obra de la escuela histórica del Derecho de Hugo y Savigny—, favoreciendo la preocupación de los legisladores por no introducir en los textos positivos nociones tan vagas que pudieran auspiciar desmanes en el arbitrio del juez e inspirando la acuñación, en sustitución de aquéllas, de la noción de “principios generales del derecho” a secas.<sup>13</sup> Obviamente, con esta expresión cobró nuevos bríos la otra ala del racionalismo jurídico —el positivismo—, cuyos representantes pretendieron ver en aquélla un rechazo implícito de la idea del “derecho natural” y una renovación de su fe en la autosuficiencia del derecho legislado, en la medida en que por tales “principios generales del derecho” había que entender, según ellos, exclusivamente los del derecho positivo nacional.<sup>14</sup>

Tales son los extremos —jusnaturalismo y positivismo jurídico— en cuyos términos se ha enmarcado conceptualmente, hasta ahora, el planteamiento y enfoque del tema de los *principios generales del derecho*.<sup>15</sup> Nos parece, no obstante, que la densa discusión doctrinal suscitada en torno al problema, poca o ninguna aclaración positiva ha aportado sobre el mismo, puesto que los jueces siguen desprovistos de un criterio concreto que los oriente, más efectivamente, sobre lo que pueden o deben de hacer en el supuesto de verse colocados en situación de echar mano de los “prin-

años (1811) al de Napoleón, pero su gestación se remonta hasta 1753, fecha en que María Teresa instituyó una Comisión legislativa para su redacción. (Ver: *Code Civil Général Autrichien*, trad. francesa de Michel Doucet, Ed. A. Pedone, Paris, 147.)

13 Así aparecen recogidos, entre otros por los siguientes códigos: *C. Civil italiano* de 1942 (artículo 12 de las *Disposiciones sobre la ley en general*, que sirven de preámbulo al Código y en las cuales aparece la expresión “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”, sustituyendo la clásica expresión sólo terminológicamente para destacar el sentido “positivista” que el legislador quiere imprimir a los “principios generales del Derecho”, incorporados a la legislación italiana desde el Código Civil Albertino, de 1837, artículo 15); *C. Civil argentino*, de 1869 (artículo 16); *C. Civil cubano*, de 1889 (artículo 6); *C. Civil colombiano*, de 1873 (artículo 8, dice: “reglas generales de derecho”); *C. Civil español*, de 1888 (artículo 6); *C. Civil mexicano*, de 1928 (artículo 19); *C. Civil nicaragüense*, de 1904 (artículo XVII); *C. Civil panameño*, de 1917 (artículo 13, dice: “reglas generales de derecho”); *C. Civil uruguayo*, de 1868 (artículo 16).

14 El empeño de los positivistas por anclar el problema de los “principios generales del derecho” en el ámbito exclusivo del derecho positivo, osciló desde una remisión a los principios del Derecho romano, pasando por las máximas y aforismos decantados por la tradición jurídica del mundo occidental, hasta la referencia a aquellos principios que se hallan a la base y están expresamente reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional de que se trate. Este último constituye, prácticamente, el criterio hoy generalmente aceptado.

Para los detalles, v. DEL VECCHIO, *op. cit.*

15 Ver, DEL VECCHIO, *op. cit.*

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

21

principios generales del derecho”, los cuales, así enunciados, continúan constituyendo una expresión muy ambigua. Este *impasse* racionalista, en que hasta ahora ha quedado encerrado el problema, no es más que una consecuencia de la logomaquia en que se han empeñado los juristas, en su afán obsesivo por resguardar la majestad e integridad de la ley, frente a la “amenaza” de un juez abandonado a su propia capacidad jurídica y a su sentido personal de la justicia.

La verdad es que el problema de los “principios generales del derecho”, está demandando un nuevo planteamiento, con otra perspectiva que permita al juez apartar su preocupación del sistema normativo legislado —el cual, estamos de acuerdo, ninguna pauta concreta le da sobre lo que debe decidir en el caso nuevo— y dirigirla más bien hacia los hechos constitutivos de la situación vital conflictiva, respecto de la que tiene el deber jurídico perentorio de pronunciarse.<sup>16</sup> Ello supone, desde luego, un cambio radical en la ubicación del problema pasándolo del plano lógico de las normas jurídicas vigentes al plano empírico de la realidad vital que el juez contempla, y reclama, por tanto, la aceptación categórica de que lo normativo jurídico —la ley— es indudablemente “Derecho”, pero *no es todo* el Derecho, puesto que el sentido jurídico del caso nuevo habrá que extraerlo de sus propios elementos constitutivos (esto es, circunstanciales) y no de norma jurídica positiva alguna que, por definición, no existe, ya que de lo contrario el problema de los “principios generales del derecho” no se habría planteado.

Para nosotros, el primer paso a dar en un ensayo de replanteamiento del punto, consistiría en dejar bien establecido que la expresión “principios generales del Derecho” es una noción *relativa*, esto es, que su connotación varía según el nivel de abstracción en que quiera uno colocarse dentro de la escala normativo-jurídica que es todo ordenamiento positivo.<sup>17</sup> En efecto, el grado de *generalidad* de un principio jurídico oscila desde el plano más elemental de abstracción que podemos imaginar y que es aquel que encarna en una norma o disposición jurídica específica, —destinada a regir una situación de hecho muy concreta y delimitada, dentro del marco de una institución jurídica más amplia, que la com-

16 Trátase de la máxima jurídica, principio básico de todo ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente aceptada por todos los Derechos positivos, que establece que “el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia” (artículo 18 del C. *Civil mexicano*), y que constituye el supuesto condicionante del arbitrio judicial para crear el derecho objetivo del caso, cuando no hay ley aplicable.

17 Según la concepción lógico-formal, de Hans KELSEN, sobre “la estructura piramidal del orden jurídico”.

prende— hasta llegar, por sucesivas abstracciones, a los principios más generales de la Constitución jurídico-política respectiva, la que de modo programático establece las bases o pautas que habrán de orientar y conformar a las diversas ramas o esferas del Derecho, sea privado o público, a través de la consagración por aquélla de las libertades o garantías individuales o sociales, o de ambos tipos, según el contenido ideológico de la organización jurídico-política de que se trate.

Tomemos un ejemplo del Derecho positivo mexicano para tratar de ilustrar esta idea. Elijamos el Art. 303 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en vigor. Esta disposición establece el principio jurídico general que dice: “Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos.” La “generalidad” elemental de esta norma concreta se puede predicar atendiendo a la infinita variedad de casos individuales y concretos, que en la vida real pueden presentarse, de relaciones entre padres e hijos.

Pues bien, enseguida podemos determinar un grado más elevado de “generalidad”, si buscamos algunos principios jurídicos fundamentales de la institución del *matrimonio*, dentro de la cual puede enmarcarse aquella obligación específica de alimentar a los hijos igualmente vinculatoria para el padre y la madre, y, a propósito del ejemplo que hemos elegido podemos decir que, entre otros, pueden tenerse por tales principios más generales los enunciados en los Arts. 167 y 162 del propio Código Civil. Estas disposiciones establecen, respectivamente: “El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan” y “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente”. Incluso, entre estas dos disposiciones comprendidas en la institución matrimonial, puede distinguirse una mayor “generalidad” del segundo principio sobre el primero.

Persiguiendo, dentro de nuestro ejemplo, el grado de “generalidad” ascendente y relativa de los principios jurídicos, podemos alcanzar un nuevo nivel de generalidad si tratamos de determinar los principios jurídicos rectores de las relaciones familiares que, aun cuando no establecidos dogmáticamente por normas jurídicas positivas, sí los encontramos eventualmente enunciados en forma programática y directiva en los “Motivos del Código Civil”, que constituyen el preámbulo del mismo, a propósito del espíritu que los legisladores han querido imprimir no sólo al



## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

23

matrimonio, sino a todas aquellas otras instituciones particulares que, de algún modo, se relacionan con la conservación de la institución más amplia de la *familia*, como núcleo social básico.

A continuación y dentro de los mismos “Motivos”, podemos seguir elevándonos en esta búsqueda de grados de “generalidad” de los principios jurídicos, tratando de hurgar en dicha exposición de motivos del Código Civil cuáles son aquellas directrices que, por así decirlo, constituyen el basamento común de todas y cada una de las instituciones que, en una o en otra forma, contribuyen a dar entidad a esa rama del Derecho privado que es el Derecho civil, en sus diversos apartados: personas, bienes, sucesiones y obligaciones. Tales, por ejemplo, los principios jurídicos de “igualdad de las personas”, “libertad física”, “libertad psicológica” o “autonomía de la voluntad”, etcétera.

Finalmente, podemos alcanzar el grado máximo de “generalidad” de los principios jurídicos que informan a nuestro ordenamiento, a partir del punto de arranque que hemos elegido (Art. 303 del C. C.), acudiendo a las disposiciones de nuestra Constitución Política, particularmente en el Cap. I, del Tit. Primero: “De las garantías individuales”, en donde aparece reconocida y garantizada la *libertad individual* en toda la gama de sus manifestaciones compatibles con una convivencia pacífica entre *iguales*. Tales libertades individuales representan todas aquellas formas de “poder hacer u omitir” que a nuestros legisladores constituyentes les pareció deben de integrar la “esfera de libertad positiva mínima” —es decir, de libertad expresa y categóricamente consagrada— que permita a los individuos desplazarse y administrarse, con holgura, en los diversos círculos institucionales en que se desenvuelve su vida de convivencia con los demás. Dicha “esfera mínima de libertad positiva” aparece complementada, en todo caso, por esa otra esfera de libre actuación de los individuos constituida por el extenso horizonte de “*lo jurídicamente permitido*” y derivada del postulado ontológico de la libertad que dice: “Todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.”

Este postulado contiene, a nuestro modo de ver, el principio jurídico más general que pueda concebirse, conceptualmente, dentro de un régimen de derecho de raíz liberal. Dentro de un régimen de signo contrario, habría que suponer que tiene validez el postulado inverso, esto es, aquel que establece un principio de “*facultades expresas y limitadas*” para regir el comportamiento de los individuos y según el cual todo lo que no esté expresamente autorizado a éstos últimos por la ley les está implícitamente prohibido.

Paralela filiación puede buscarse a la “generalidad” de todos y cada uno de los principios jurídicos concretos —vale decir normas positivas— que subyacen a las diversas instituciones que integran un orden jurídico positivo determinado (compra-venta, divorcio, patria potestad, sucesión hereditaria, propiedad, posesión, etcétera). En todos ellos se advertirá siempre que únicamente en el primer grado de la escala de “generalidad” de los principios reguladores de cada institución, esto es, al nivel de las normas jurídicas positivas, se encuentran referencias concretas —aunque formuladas abstractamente— a los individuos en tanto que miembros de una categoría jurídica específica: comprador, vendedor, esposo, padre, heredero, propietario, poseedor, etcétera. Los demás principios jurídicos pertinentes a una misma institución, que estén por encima de las disposiciones concretas, en cuanto a grado de “generalidad”, podrán tener una consagración expresa en otras disposiciones normativas o bien estar implícitas en el conjunto de éstas; pero, en todo caso, ya no tendrán la particularidad de estar dirigidas, estableciendo derechos y obligaciones definidos, a los sujetos que incurran en los supuestos de hecho de las instituciones de que se trate, sino que adoptarán la forma de meras declaraciones de principio, fundatorias de la institución, por lo que más bien constituirán pautas para el legislador y para el juez en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Así, pues, conviene aclarar desde ahora que, los “principios generales del Derecho” que se aluden, cuando de fuentes supletorias se trata, son todos aquellos principios declarados o implícitos que, pertinentes a la institución comprensiva del caso imprevisto, guardan un grado de generalidad superior al de las normas jurídicas que regulan los distintos supuestos de hecho integrantes de la propia institución.

Ahora bien, se nos vuelve evidente que en el supuesto de ausencia de norma jurídica particular, imputadora de derechos y de obligaciones a los sujetos involucrados en el caso a resolver, al juez compete exclusivamente la *creación* de esa imputación concreta que no aparece por ningún lado en el ordenamiento jurídico legislado. En esta labor creadora que al juez atañe, los “principios generales del Derecho” que recién hemos identificado, *grosso modo*, en nuestro ejemplo, no desempeñan más papel que el de limitar *negativamente* el contenido de tales derechos y obligaciones que el juez, en definitiva, imponga a los sujetos protagonistas de la situación jurídica nueva.

¿En qué consiste esta determinación *negativa* por parte de los “principios generales del Derecho”? Pues en que los principios jurídicos, refe-

ribles al caso nuevo, no le señalan al juzgador *positivamente* qué derechos y obligaciones específicos ha de establecer en su sentencia, sino que tan sólo le plantean la exigencia de no contrariar con su fallo las situaciones jurídicas —derechos, obligaciones, garantías individuales, etcétera— ya reconocidas dogmáticamente por las demás normas del ordenamiento jurídico al que el juez se halla incorporado como funcionario. Es el propio juez, repetimos, quien ha de establecer “a ciencia y conciencia”<sup>18</sup> aquellos derechos y deberes que estime más conformes con las valoraciones jurídicas inherentes al caso a decidir. Aquí opera para él, al lado de los “principios generales del Derecho” dogmáticamente consagrados, el principio o postulado lógico, constitutivo de todo orden jurídico de inspiración liberal, de que “todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”.

Pero con tal determinación *negativa* de su cometido, insistimos, el juez no sabe todavía cuál va a ser el contenido, declaratorio o constitutivo, de los derechos y obligaciones fijados por su decisión. Nosotros sostenemos aquí que el problema de los “principios generales del Derecho”, como fuente supletoria, se traduce positivamente para el juez en una tarea creadora de *análisis institucional* de los elementos del caso a resolver, esto es, en una labor de determinación del sentido jurídico del mismo, mediante un estudio de los *componentes estructurales* de la institución jurídica (contrato de compraventa, matrimonio, familia, propiedad, etcétera), dentro de la cual se enmarcan las relaciones vitales entre los sujetos comparecientes. Dicho análisis tiene por objeto determinar cuál es la *función* o *disfunción* que tales relaciones reales tienen para la *conservación* —es decir, no-desintegración— de la institución respectiva, así como para la *finalidad* que orienta a tal institución jurídica en función, a su vez, del mantenimiento y logro de las finalidades del todo social, trátese de un grupo social, de un pueblo, de una nación o de un Estado.

En la realización de este cometido, el juez ha de desenvolverse con una actitud realista frente al fenómeno jurídico, con la certeza de que el sentido jurídico del caso nuevo se halla inmanente al mismo y que de su capacidad de análisis jurídico depende determinarlo. Se trata, en resumen, de una tarea de libre investigación por parte del juez,<sup>19</sup> y, en su cumpli-

18 Para un desarrollo de esta expresión, v. Carlos Cossío, *El Derecho en el Derecho Judicial* (2ª ed., Abeledo-Perrot, B. Aires, 1959, pp. 131 y ss.).

19 La tesis de Gény, sobre la “libre investigación científica del Derecho”, por parte del juez, nos parece una de las más sugerentes que hasta ahora se hayan producido sobre este problema. No obstante, creemos por otra parte que no pasó de ser un atisbo que se quedó falto de mayores desarrollos por el propio Gény y que

miento, muy fecundo habrá de resultarle un *enfoque sociológico jurídico* como el que proponemos de la situación de hecho que confronta, estudiándola en sus elementos estructurales y funcionales.<sup>20</sup> De los resultados de ese análisis extraerá el juez qué tipo de comportamiento de los individuos resulta ser funcional, esto es, contribuye mejor —naturalmente, según sus valoraciones jurídicas de seguridad, paz, orden, justicia, etcétera— al mantenimiento y finalidad de la institución jurídico-social en juego, y, en consecuencia, cuáles serán los derechos y los deberes que en su fallo tiene que establecer para el caso nuevo, con vistas a hacer una realidad ese comportamiento “funcional” para la institución jurídica en cuestión.

Como una consideración final, queremos destacar que esa labor interpretativa del sentido jurídico del caso nuevo, que indudablemente constituye una labor de conocimiento, la realiza el juez ya no sobre una o más normas jurídicas del sistema positivo de que se trate —como si ellas constituyeran, con todas las demás pertenecientes al propio sistema, un todo cerrado y completo e independiente de la realidad vital en la que el juez está inmerso—, sino sobre los elementos de conducta que, de hecho, se le presentan al juez como problemáticas, integrando las circunstancias del caso nuevo y en busca de una determinación conceptual-normativa de su significación jurídica adecuada, a través de la sentencia.

Esto quiere decir, en otras palabras, que el juez no interpreta normas jurídicas, como hasta ahora lo han venido sosteniendo los exponentes del racionalismo jurídico, sino que “interpreta la conducta de los hombres en determinadas situaciones de hecho”, si bien auxiliándose para esa interpretación, de los elementos de conceptualización normativa, lógica y general, que le suministran los preceptos jurídicos vigentes.<sup>21</sup> Esto, que el juez hace todos los días en el ejercicio de su función normal, en la llamada

su referencia a la noción de “la *naturaleza* de las cosas” seguramente tomada de Montesquieu, como filón a investigar por el juez en su tarea creadora, le imprimió a sus ideas sobre el punto un sabor jusnaturalista fuera de época.

20 Para la configuración de este enfoque sociológico del problema, pueden resultar muy iluminadoras las aportaciones hechas al “análisis estructural-funcional” de los fenómenos sociales, por Robert K. MERTON y Talcott PARSONS, en el campo de la Sociología actual y por Bronislaw MALINOWSKI y RADCLIFFE-BROWN, en el de la Antropología cultural y social.

21 Con esto no hacemos más que reafirmar la tesis ontológico-jurídica fundamental, formulada por Carlos Cossío, en su *Teoría Ecológica del Derecho* (Losada, B. Aires, 1944) en el sentido de que el *Derecho*, como objeto de estudio de la Ciencia Jurídica Dogmática, no está en las normas jurídicas, sino en “la conducta humana en interferencia intersubjetiva”; y recordemos que el juez cuando se halla en trance de decidir los casos reales que se le presentan, realiza para ello un conocimiento normativo de esos casos y, por tanto, hace también ciencia.

“aplicación de la ley” cuando hay norma positiva aplicable el caso, es algo que *a fortiori* tiene que hacer también cuando, como en el supuesto de invocación de los “principios generales del Derecho”, el juez no tiene a su alcance una pauta o concepto normativo *oficial* —es decir, norma jurídica legislada— que lo auxilie en la interpretación y determinación del sentido jurídico del caso nuevo.

### *Conexión del problema con el Derecho Comparado*

Definido el problema de los “principios generales del Derecho” en los términos que acabamos de proponer, ¿qué conexión podríamos encontrarle con el estudio y aprovechamiento del Derecho Comparado?

Intrínsecamente, ninguna. Lo único que puede decirse es que, dentro del margen de arbitrio de que el juez disfruta en el desempeño de su función de decidir sobre los casos concretos, principalmente cuando se trata de una situación de hecho no prevista en su mundo jurídico-normativo nacional, nada le impide apelar a la investigación del tratamiento que el problema a resolver ha recibido en los ordenamientos jurídicos —incluyendo la legislación y la jurisprudencia— extranjeros, para normar su criterio. La sola limitación a esta tolerancia sería la exigencia de que los sistemas jurídicos ajenos a que se remita el juez han de guardar con el suyo propio una misma orientación político-jurídica, en cuanto a las valoraciones fundamentales que sirven de base programática a su concepción sobre el hombre y la sociedad. Esta observación, en última instancia, no constituye más que la invocación de un principio elemental de técnica jus-comparativa.

El reproche que pudiera dirigirse a semejante tolerancia en favor del juez, con base en el argumento de que los ordenamientos jurídicos extranjeros no constituyen una fuente de interpretación supletoria de la ley nacional, no tendría a nuestro modo de ver validez alguna, desde el momento en que el juez, en el supuesto aceptado de que no hay norma jurídica interna aplicable, tiene un margen muy amplio para buscar orientación adecuada a su criterio jurídico sobre el caso, y lo que entonces está en juego no es el principio político de soberanía sino la exigencia jurídica de la objetividad de su decisión.