

**¿LOS DENOMINADOS
“DERECHOS FUNDAMENTALES”,
SON DERECHOS O SON PRINCIPIOS JURÍDICOS?
UNA CUESTIÓN LINGÜÍSTICA CON CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO^(*)

La brillante comunicación expuesta el curso pasado por nuestro compañero SAGARDOY y la breve pero certera intervención que en el coloquio subsiguiente tuvo nuestro compañero PINTÓ, me han motivado para que abordara ésta.

SAGARDOY observó, en derecho laboral, el riesgo de las aplicaciones “*fundamentalistas*” —así las calificó él— de los derechos fundamentales, y ponderó el acierto de varias sentencias del Tribunal Constitucional que, al considerarlos, han contrastado unos derechos fundamentales con otros y atienden a todas las circunstancias concurrentes en los hechos. PINTÓ comentó la aplicación verticalmente descendente, silogística, que frecuentemente se pretende efectuar de los derechos fundamentales. A ambos, al terminar y felicitarles, les dije privadamente que esos derechos no son sino principios. Esto es lo que ahora trataré de explicar.

Estamos, en primer lugar, ante una cuestión lingüística, padecemos una generalización inadecuada en el empleo de la palabra derecho. Defecto originado en el siglo XIV por el voluntarismo y el nominalismo y que se agravó, en el siglo XIX, por el positivis-

(*) Publicamos, seguidamente, la comunicación al Pleno de numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente al presente curso 2005 y 2006, de nuestro director (N. de la R.).

mo legalista de la escuela de la exégesis. En segundo lugar, creo que conviene que, entre todos, recordemos cuál es la función jurídico-práctica que tienen los principios jurídicos en la determinación del derecho.

1. El significado genuino de la palabra derecho y sus empleos analogados, unos correctos y otros equívocos

En mi discurso inaugural del curso 1998-1999 de esta Real Academia de Jurisprudencia me ocupé de los múltiples significados de la palabra derecho: en una perspectiva cronológica, en su primera parte, e histórica y sistemática, en la segunda. Creo que esa doble perspectiva facilita una visión amplia y conclusiva de la definición de esta palabra.

Allí concluí que, en su acepción genuina, y considerando cada cosa en sí misma y en relación con las demás, la palabra derecho significa lo que en concreto es justo teniendo en cuenta las consecuencias dimanantes de su determinación; y que, cuando esto no es determinable de ese modo, dentro de ese ámbito indeterminado materialmente, el derecho es determinado por acuerdo privado o público, por costumbre o por ley.

Ciertamente, por extensión analógica, se ha impuesto, desde antiguo, de modo también correcto —y así resulta del primer capítulo del *Digesto de Justiniano*—, el empleo de la palabra derecho referida tanto a la ciencia de exponerlo y explicarlo, como al arte de determinarlo y concretarlo, así como, también, para designar: los productos de esa ciencia (que es materia de sus tratados o manuales o de partes de ellos, como “derecho de cosas”, “derecho de obligaciones”, etc.); a las realizaciones de su arte (figuras jurídicas, relaciones tipificadas, instituciones, etc.); a las titularidades jurídicas; a determinados ordenamientos en su conjunto (derecho romano, derecho canónico, derecho civil, derecho administrativo, derecho español, derecho aragonés, etc., etc.), y, en fin, a su empleo para adjetivar cursos y lugares donde se enseña o se practica, y a las materias tratadas en ellos.

En cambio, creo que resulta una imprecisión y es equívoco el empleo de la palabra derecho en el sentido de derecho subjetivo,

dando ese nombre a lo que propiamente son facultades, potestades o inmunidades, resultantes de la titularidad de un derecho, porque, con esa denominación, el nombre que corresponde a la cosa (relación justa, institución justa) se atribuye al efecto que de aquella dimana y al cuál, por ello, se le confiere protección jurídica.

Esto aconseja observar el empleo jurídico de la palabra derecho según éste sea: adecuado a su significado *genuino y principal*, conforme a sus significados *analogados correctos*, o atienda a sus *significados equívocos*.

El profesor de la Facultad de derecho de la Universidad de Bourgogne, MICHEL BASITT (1), al precisar con exactitud el significado de las palabras *dikaion*, en ARISTÓTELES, y *ius* o *derecho*, indica que —según dijo su maestro y mío también—, MICHEL VILLEY —que fue profesor de historia de la filosofía del derecho de la Universidad de París—, el derecho se halla “en un equilibrio real, que puede ser descubierto frecuentemente con la ayuda de reglas. Pero, más allá de los textos, existe una medida más real del derecho, que reside en la igualdad y la justicia de la relación. Esta igualdad es a veces convencional en parte, pero fundamentalmente no lo es”.

Esto que dice BASITT acerca del pensamiento de VILLEY y del clásico de ARISTÓTELES, referidos al *dikaion phistikon* o al derecho natural, es exactamente así. Pero, además, en lo que no es determinado de ese modo, pero se requiere que se determine, es derecho aquéllo que se determina por contrato, costumbre o ley; es decir: el *dikaion nomikon* o derecho positivo.

Entre los *significados equívocos* de la palabra derecho, tenemos —como creo haber mostrado en mi referido discurso inaugural (2)— las denominaciones “derecho subjetivo” y “derechos humanos”, cuando no se refieren exclusivamente a lo que de alguno de los modos indicados, resulta determinado en concreto como justo y equitativo. En efecto, si el derecho se halla en el fiel de la balanza, el mismo nombre no puede aplicarse sin equívo-

(1) MICHEL BASITT, *Un vivant aristotélien: Michel Villey*, II, *Droit. Revue Française de Théorie Juridique*, 28, 1999, págs. 60-64.

(2) *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1998, especialmente II, 6 y 7, págs. 35-48.

cos a las pesas puestas en los platillos de la balanza; ni, por tanto, tampoco a la reclamación de cuanto no sea en concreto justo y equitativo. Además, con esa terminología equívoca —repito—, la denominación de derecho es atribuida a lo que son realmente potestades o facultades dimanantes de aquél.

En ese sentido, el jesuita LUIS DE MOLINA (3) respondió que “decimos rectamente —*recte*— que, porque es dueño de su casa, Pedro tiene plena facultad de disponer de ella; y, por el contrario, no decimos correctamente que por ser capaz de reir es hombre; por lo tanto, la facultad o derecho —*facultas seu ius*— pleno de disposición es efecto del dominio”. O sea, la facultad deriva de la existencia del derecho y se tiene por razón de éste (al contrario de lo entendido por los nominalistas). De ahí, que el empleo de la palabra *ius* en sentido equivalente a *facultas* la incluya MOLINA en las acepciones que califica de equívocas.

Por esa misma razón, creo que son certeras las críticas a la denominación “derecho subjetivo” efectuadas por MICHEL VILLEY (4) y por AVELINO FOLGADO (5).

(3) LUIS DE MOLINA, *S. I.*, 1, 2, 1-4 y 2, 3, 5, entre los otros significados usuales de *ius* indica, ante todo, el de “*facultate potestative, quod aliquid homo habet*” sentido en el cual decimos que alguien “*uti iure suo*”. Este significado lo aclara más adelante, al tratar de si el dominio es derecho sustancial o formal y responde que esencialmente es sustancial, dando como primera razón de su respuesta la citada en el texto.

(4) MICHEL VILLEY, *Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif*, Rev. Historique de droit français et étranger 24-25, 1946-47, reproducido con el título de *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, págs. 167-188; *Le “ius in re” du droit romain classique au droit moderne*, en *Conférences faites à l'Institut de droit romain*, Universidad de París, 1950, págs. 187, y sigs.; *Autour de le sens de l'expression “ius in re” dans le droit romain classique*, Rev. Internationale des droits de l'antiquité, 1949, Melanges de Vischer 2, págs. 417 y sigs.; *Les origines de la notion de droit subjectif*, comunicación a la Société d'Histoire du Droit, en junio 1953, A. Ph. Dr. 2, 1953-54, págs. 163 y sigs., recogido en *Leçons cit.*, págs. 221-250. Estos trabajos han sido traducidos al castellano y publicados, con otros del mismo VILLEY, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso 1976.

(5) AVELINO FOLGADO, *Evolución histórica del concepto derecho subjetivo. Estudio especial de los juristas españoles del siglo XVI*, Pax Iuris, 4, Monasterio de Escorial 1960, especialmente 40-42, págs. 86-93; 84-92, págs. 157 *in fine*, 173 y 105, pág. 206.

En cuanto a los denominados “derechos humanos”, conviene recordar la equívocidad de esa denominación; pues, en su uso lo mismo se refieren, de modo correcto, exclusivamente a lo que resulta justo y equitativo en concreto —es decir, a lo que se halla en el fiel de la balanza—, o bien, incorrectamente, a lo que es una pretensión para que se reconozca algo a alguien —es decir, lo que se pone como peso en uno de los platillos de la balanza—; pues, esa pretensión, que corresponde a una facultad, dimana de tener un derecho, confundiéndose, así, en dicha expresión, la facultad con su causa, razón o fundamento; la pretensión que se pone en uno de los platillos de la balanza se confunde con lo que resulta equilibrado en el fiel de la misma, es decir, con el derecho en el sentido genuino de la palabra.

En realidad —como expuse en mi comunicación al Pleno de Académicos de Ciencias Morales y Políticas del año 1993 (6)—

(6) *Esbozo de una metodología de los derechos humanos*, A.R.A.C.M. y pág. 70, 1993, donde resumí que, en las fundamentaciones teológicas y filosóficas, el diácono Alcuino de York, conforme expone el *Abbè VICENT SERRALDA (La philosophie de la personne chez Alcuin*, Paris, Nouvelles. Eds. Latines, 1978, cap. I, págs. 18 y sigs.), no empleó la palabra *ius* sino *potestatem, dominatio, dominari*, referidas al dominio de la naturaleza por el hombre; SANTO TOMÁS DE AQUINO, no considera derecho natural sino lo que resulta justo *ex ipsa natura rei*; FRANCESC EIXIMENIS habla de las limitaciones de las potestades, de los príncipes y p... entes de las comunidades. Ni siquiera FRANCISCO DE VITORIA y FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, considerados como precursores de los derechos humanos, para calificar los que hoy se denominan así no emplean la palabra *ius*. Es cierto que VITORIA, en su *Relectio de Indis. De titulis legitimis quibus barbari...*, n. 2, habla de *ius peregrinandi*, con esa excepción —y tal vez alguna otra que pudo haberse escapado— en los demás supuestos habla de *esset iure naturalis, agere possunt, licite fieri, non licet prohibere* u otras expresiones semejantes o, a la inversa, como cuando se refiere o no impedir una lícita libertad. Y VÁZQUEZ DE MENCHACA, en sus *Controversiarum illustrium*, habla de lo que no es lícito hacer al príncipe o a los nobles o de aquello a que están obligados; o bien, dice que los súbditos *non teneri, potest, esset licitum, facere libet, facere possit*. Sólo excepcionalmente leemos en un epígrafe (libr. I, cap. I, sumario): “*Ius lege ferendum*”, pero en el texto correspondiente no lo califica de *ius* sino de *potestas*, y en el prefacio del libro I emplea la expresión *iura naturalia*, pero a esta expresión no cabe darle el sentido de derechos humanos naturales o derechos subjetivos naturales sino que, en sentido paralelo a la expresión *naturalia quidem iura* (Instituta de JUSTINIANO 1, 2, 5, 11), parece referirse a un estatuto natural objetivo, traducible más propiamente por “normas naturales”, habida cuenta de que en la época pos-

los denominados “derechos humanos” encarnan, y expresan mal, verdaderos principios antropológicos, ético-jurídicos y, como tales, fundamentales para la práctica del derecho y su determinación.

Los que aquí denominamos *derechos fundamentales* son los que se hallan recogidos en la Constitución, muy especialmente en el artículo 10, en su número 2.

Estos son realmente principios constitucionales, que deben distinguirse —como advierte EDUARDO GARCÍA ENTERRÍA (7)— de los principios políticos constitucionales.

Antes de la unificación alemana, el Tribunal Constitucional de la Alemania Federal había hablado repetidamente de un orden de valores inmanentes a la Ley fundamental, calificándolo a veces de “orden jerárquico de valores”. Expresión que a LARENZ (8) le pareció que “es ciertamente equivoca”, pues: “no debe representarse por algo así como un catálogo completo de valores válidos «en sí» (con inclusión del puesto jerárquico que en cada caso le corresponde). Una cosa tal, si es que pudiera ser posible, sobrepasa las facultades y también la competencia del legislador constitucional”.

clásica la palabra *iura* —en contraposición a *leges*, emanadas del poder del emperador— significaba la normas dimanantes de la *auctoritas* de los jurisconsultos clásicos en su *interpretatio* recogidas en el DIGESTO.

Históricamente vemos que no se emplea la calificación de derechos, sino que se formulan exenciones, libertades o franquicias o bien deberes del soberano, de los poderosos o de quienes desempeñan funciones públicas, ni en los *Usatges* de Barcelona, ni en las concesiones de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188, ni tampoco en la bula *Carta Magna* inglesa, ni en la constitución pactada por Pedro el Grande en las Cortes de Barcelona de 1283 y en los privilegios aragoneses de 1283-1287, ni en el pacto suizo de 1291, ni en las cartas de libertad de Festo y de Bravanto de 1316, ni en la *Carta magna* del Tirol de 1342. En el *Compendium constitutionum Cathaloniae* de Narcis de Sant Dionis, se enumeron, extrayéndolas de *Constitutions generals* catalanas: 16 deberes jurídico impositivos *De his quod dominus Rex facere debet*, y 52 *De his quod dominus Rex facere non debet*, es decir, no se proclaman derechos de los súbditos, sino deberes del rey.

(7) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, III, 3, A, ADC, XXVI-I, 1979, pág. 330.

(8) KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, II, IV, 2; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, págs. 339 y sig.

Esto plantea la cuestión de si los principios constitucionales son inmanentes a la constitución y sólo se apoyan en ella, o bien, si le son anteriores —son *preconstitucionales*—, o si la trascienden —son *supra-constitucionales*— ya que aquélla, al positivizarlos, los reconoce en cuanto se inspira en ellos.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA (9) ha aludido a la polémica mantenida en Alemania y a las opiniones contrapuestas de SMEND, que califica de iusnaturalista, y de FORTSHOFF, que se denomina *ohne Naturrecht*, o “sin derecho natural”, como también la HAEBERLE, que así titula el libro donde expone su posición. Según ésta, lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posible el juego de unas alternativas y así permita a cualquier tendencia la oportunidad de ser mayoritaria. Expresión, por tanto, de un “pensamiento de posibilidades” o “pensamiento de alternativas” que deja abierto siempre lo que BLOCH denominó “principio de la esperanza” y evita la petrificación de una situación dada. Por lo tanto, lo esencial de la constitución no sería una determinada concepción material del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto.

Acerca de esta segunda explicación comenta GARCÍA ENTERRÍA que “alzaprima, en definitiva, al pluralismo y a la democracia entre todos los valores constitucionales, entendidos éstos como un proceso continuo de hacer y deshacer compromisos ocasionales y siempre revocables”. Yo, por mi parte, advierto, que esto significa dar plena prevalencia a un principio ideológico-político por encima de todos los valores y principios ético-jurídicos o jurídico-morales.

Pero, según la primera explicación —sigue EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA— “puede también opinarse —y es más bien nuestra inclinación [la suya y también la mía]— que, en la escala valorativa, la concepción material y ética de la libertad, que parte de una idea integral del hombre, parece lo sustancial y que es de ella de donde deriva una sociedad abierta; por tanto, parece erróneo elevar esta última a criterio básico desde el cual

(9) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, B, págs. 330 *in fine* y sig.

la libertad quedaría instrumentalizada como un simple árbitro técnico”.

2. Función jurídica de los principios generales de derecho y, consecuentemente, de los principios constitucionales

a) El artículo 1.º, 4 C.c., no sólo reconoce los principios generales de derecho como fuente de derecho en defecto de ley y de costumbre, sino también en “*su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico*”. Carácter informador que, ya antes, habían destacado FEDERICO DE CASTRO (10) y JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (11).

Pero, ¿qué son los principios?

Según escribe ARISTÓTELES, en sus *Analíticos posteriores*, “no podemos, poseer un conocimiento innato de los principios”, ya que los principios no pueden formarse mientras no tengamos algún conocimiento y algún hábito”. Razón por la cual “debemos necesariamente poseer alguna potencia para adquirirlos”. SANTO TOMÁS DE AQUINO (12), comentando este texto, dice que incluso los animales “poseen una potencia innata para la discriminación que llaman percepción sensible”. Pero, entre ellos, en unos la percepción sensible no perdura y en otros sí perdura. En estos últimos, “de la sensación viene lo que llamamos recuerdo y del recuerdo de una cosa muchas veces repetida viene la experiencia, pues una multiplicidad numérica de recuerdos constituyen una sola experiencia”. En el hombre, “de esta experiencia en su desarrollo” “nacen los principios del arte y de la ciencia; del arte si se considera el devenir, y de la ciencia si se considera el ser”.

Esto muestra que, acerca de ese juicio derivado de la experiencia resultan los primeros principios especulativos, como el mismo AQUINATENSE (13) explica.

(10) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España, Parte General*, vol. I, III, II, 2; cfr. ed. Madrid, I.E.P., 4 ed., 1974, pág. 463.

(11) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, II, II, 3, B, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947, pág. 165.

(12) SANTO TOMÁS DE AQUINO, ad *II Sententiarum librum*, dist. XIV.

(13) IDEM, *S. Th.*, 1.ª, 79, 12, resp.

Es decir, como el mismo SANTO TOMÁS indica (14), mientras los principios, según PLATÓN, son ideas que el *logos*, como un sol, imprime en nuestras almas como “formas separadas”, “independientemente de las cosas singulares”, en cambio, según ARISTÓTELES, nuestra mente está dotada de una luz que de la experiencia de los hechos y de los actos, es decir de la realidad de las cosas vividas, nos permite captar los principios, de los cuáles no podemos poseer conocimiento innato, ni anterior a tener algún conocimiento experimentado o algún hábito.

Estos primeros principios especulativos, continúa el AQUINATENSE (15), “no pertenecen a ninguna potencia especial, sino —como dice el *Filósofo* (*Ética*, 6)— a cierto hábito especial llamado “entendimiento de los principios” —“*intellectus principiorum*”—. Luego, los principios prácticos que nos han sido naturalmente infundidos tampoco pertenecen a una potencia especial sino a un hábito natural especial, que llamamos *sindéresis* —*synderesim*—. Por tanto, se dice que la *sindéresis* estimula el bien y censura el mal en cuanto que por los primeros principios procedemos a investigar, y por ellos juzgamos lo averiguado. No cabe duda, por tanto, que la *sindéresis* no es una potencia sino un hábito natural”.

Y concluye (16) que esos “principios prácticos” “se atribuyen a la razón como potencia y a la *sindéresis* como hábito. De ahí que por ambos, por la razón y por la *sindéresis*, juzguemos de modo natural”.

Los primeros principios captados del modo indicado, son de suyo evidentes, dice SANTO TOMÁS (17), pero advierte que, si bien, “como dice BOECIO, hay ciertos axiomas o proposiciones que son universalmente evidentes en sí mismos para todos, como son aquéllos cuyos términos nadie desconoce —por ejemplo, “el todo es mayor que la parte” y “las cosas iguales a una tercera son iguales entre sí”—, hay otras proposiciones que tan sólo son evi-

(14) *Ibid.*, 74, *resp.* Vers. *Sed quia Aristoteles*.

(15) *Ibid.*, 79, 1, 2, *resp.*

(16) *Ibid.*, *ad* 3.

(17) *Ibid.*, 1^a-2^a, 94, 2, *resp.*

dentes para los sabios que entienden la significación de sus términos”.

Ahora bien, el proceso de elaboración de esos primeros principios debe comenzar por los dos primeros pasos de elaboración siguientes:

- 1.^o El logro sapiencial de los primeros principios, en el plano filosófico e iluminado teológicamente, se efectúa a partir de unos principios básicos de carácter formal, que deben llenarse de contenido material mediante otros primeros principios sustantivos.
- 2.^o Aquellos actúan como módulos para ordenar nuestras percepciones, sentimientos e ideas, con una función para la cual resultan imprescindibles. Entre estos primeros principios morales de carácter formal, han sido tomados principalmente como guías orientadores los tres principios siguientes:
 - a) *Omnes sicut te ipsum*, “a todos como a tí mismo”, principio que vemos repetido desde SAN AGUSTÍN a LEIBNIZ y KANT formulándose así: “trata a los demás como quisieras que ellos te traten a tí”; y que se desarrolla tanto en sentido positivo —“haz a los demás lo que quisieras que ellos te hagan”—, como negativo. MONTESQUIEU (18) enunció este principio como *ley de la luz natural*. Su raíz se halla en la síntesis efectuada por Jesucristo de la segunda tabla del Decálogo: “Amarás a tu prójimo como a tí mismo” (19).
 - b) “Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal”. Proposición que extrajo el AQUINATENSE (20) del que consideró el primer principio de la razón práctica: “Bien es lo que todos apetecen”.

(18) MONTESQUIEU, *E. L.* X, III, 2.

(19) SAN MATEO, *Evangelio*, 22, 39.

(20) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Tb.*, 1^a-2^{ae}, 94, 2, *resp.*

- c) "*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*", enunciado por ULPIANO y recogido en el *Digesto* y las *Instituciones* de JUSTINIANO (21).

Pero, estos primeros principios *formales* necesitan ser llenados de contenido sustantivo para determinar los primeros principios éticos materiales de la ley natural.

Según explica (22), los primeros principios materiales, constituyen el orden primero de los preceptos de la ley natural, que son "paralelos al orden de las inclinaciones naturales" del hombre. Unos dimanán de la inclinación a su propia conservación, común a todos los seres vivos; otros son comunes a todos los animales, como las tendencias a la comunicación sexual, a la educación de la prole, etc.; y, en fin, tenemos los correspondientes a la naturaleza racional, específica del hombre, como son: la inclinación natural a conocer las verdades divinas, los saberes intelectuales y a vivir en sociedad, de los cuales derivan, por ejemplo, "lo que se refiere a desterrar la ignorancia o evitar ofender a aquellos entre los cuales uno tiene que vivir, y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación".

Así, la *divinarum atque humanarum rerum notitiae* —de que habla el *Digesto*, 1, 1, 1, 10— llena de contenido concreto a esos primeros principios que, en la terminología moderna, son denominados derechos a la vida, a la comunicación sexual, a la procreación, a la educación de la prole, al trabajo, a la información, etc. —conforme los expresan las formulaciones idealistas de las declaraciones de derechos humanos.

A partir de esos primeros principios ético-naturales descendemos, mediante sucesivas concreciones, más allá de los *secundae principiae* ético-naturales (23) y procuramos la determinación de los principios generales propiamente jurídicos (24). Ya no se trata de la labor teológica ni filosófica previa, sino de una tarea

(21) ULPIANO, *Dig.*, I, 1, 10, & 1, e *Instituta*, 1, 1, 3.

(22) SANTO TOMÁS, *S. Tb.*, 2^a-2^{ae}, 94, 4, *resp.* párrafo final, *Sed igitur dicendum*.

(23) Cfr. *Metodología de las leyes*, 192, Madrid, EDESA, 1991, págs. 504-509.

(24) *Ibid.*, 190-193, págs. 499-512.

propriadamente jurídica que, como tal, requiere confrontaciones y ponderaciones de los diversos principios éticos o morales, en su conjugación con la naturaleza de las cosas, para determinar los principios que naturalmente se van concretando. Ante todo, los principios de justicia, que se van formulando en atención a las relaciones dimanantes de la misma naturaleza de las cosas. Éstos son: el del bien común, pauta de la justicia general o legal; el de la igualdad geométrica o proporcional, pauta de la justicia distributiva, y el de la igualdad aritmética, norma de la justicia conmutativa (25). Luego, seguidamente, deben complementarse con los principios que se desprenden de la naturaleza de la institución jurídica de que se trate (26).

En este itinerario jurídico, los principios éticos, y mayormente cuanto más se van llenando de sustancia material, deben adecuarse a derecho conforme la naturaleza de cada cosa (hecho o relación) en su realidad objetiva y según las circunstancias geográficas e históricas de cada país.

De esas ulteriores determinaciones jurídicas más concretas y específicas, resultan, por una parte, los principios históricos de cada pueblo y, por otra, los referentes a cada rama del derecho o institución determinada.

Todas esas determinaciones tienen mucho de hallazgo; y pueden ser fruto de una metodología científico-teórica, expositiva y explicativa, pero generalmente son resultado de una metodología científico-práctica u operativa. Ésta siempre debe ser desarrollada sin soslayar la atención de los principios ético-jurí-

(25) *Ibid.*, 187 y 188, págs. 483-494; y, más en extenso: *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, especialmente, 20 y *Conclusión*, en "En torno al derecho natural", Madrid, Org. Sala Ed. 1973, págs. 139-172; *Igualdad y justicia. Cuatro olvidos o confusiones en torno al concepto de justicia*, en "Algo sobre temas de hoy", Madrid, Speiro, 1972, págs. 57 y sigs., y *El bien común pauta del derecho*, 12, "Riv. Rosminiana", 1984, 2, págs. 145 y sig.

(26) Cfr. *Metodología de las leyes*, 193, desde el párrafo que lleva la nota 57, págs. 510 y sigs., Allí pongo como ejemplo la delimitación del principio del *favor partitionis* por los demás que confluyen para su delimitación, tema al que había dedicado mi artículo, *El principio del "favor partitionis"*, 3 y 4, en A.D.C. 1970, págs. 5 y sigs., recogido en mis "Estudios de derecho sucesorio", IV, 2.^a ed., págs. 563 y sigs.

dicos, aportados al derecho natural por la filosofía del derecho. Principios que, en toda concreción, han de considerarse, con función valorativa, interrelacionando unos con otros. Es decir: partiendo de la razón sapiencial se desciende mediante su conjugación con las razones científico-jurídicas teóricas; y, de todas ellas, se pasa a las razones operativas (27). Pero, esos pasos no deben efectuarse, ni es posible hacerlo, de modo lógico formal, sino mediante sucesivas concreciones, cada vez más singularizadas e individualizadoras.

Esas concreciones individualizadoras producen el paso desde los principios ético-naturales de carácter moral a los principios propiamente jurídicos. El lindero entre ambas clases de principios sólo puede ser determinado por la justicia general, con su pauta del bien común, observado en la misma entraña de las cosas. Por lo tanto, requiere un contraste en esa vía de doble dirección que de los primeros principios ético-naturales, ya captados en nuestra mente, va a las cosas, y de éstas a la ideación mental de aquéllos, en una recíproca y constante interacción mantenida durante todo el recorrido, de modo tal que las cosas, a su vez, se van tipificando más matizadamente en cada uno de los sucesivos recorridos.

Tanto es así, que —creo— podemos decir que al hacerlo nos ilumina el choque del *lumen mentis* con el *fulgor obiecti*, aquí representados, respectivamente, por las concreciones mentales, ya efectuadas, de los primeros principios ético-naturales y por la percepción, ya matizada y tipificada, de la naturaleza de las cosas mediante la experiencia vivida. Así se producen nuevas concreciones en sus diversos grados, en las cuales, al efectuarlas, los principios actúan como si fueran hilos conductores de la especificación de supuestos de hechos generales, pero que cada vez resultan más especificados.

En esa tarea, los diversos principios ya concretados se ponen en relación, en nuestra mente, de modo parecido como —según dice el premio Nobel de biología KONRAD LORENZ— en los animales interactúa el que metafóricamente denomina el “gran par-

(27) Cfr. *Metodología de las leyes*, 145, págs. 363 y sig., y 193, pág. 512.

lamento de los instintos" (28). Nosotros los juristas, con referencia a los hombres y a su orden, podemos llamar a nuestra interrelación mental de principios el gran parlamento de los principios generales del derecho. Esta interrelación de los principios la observé y expliqué al ocuparme, en concreto, de uno de los principios de derecho sucesorio, el del *favor partitionis* (29).

La metodología de las leyes nos puede mostrar la génesis y contenido ético fundamental del principio al que acudimos para determinar el derecho. E interrelacionándolo con lo que observa la ciencia del derecho, ésta, al captar y emplear metodológicamente los principios generales, nos proporciona lugares o puntos de vista indicativos para nuestra labor, tanto a fin de precisar la dirección ético-jurídica de cada principio como para orientarnos en la perspectiva general que observa el entrecruce de aquellos entre sí.

Así, en el primer aspecto, LUIS DíEZ-PICAZO (30), señala una serie de principios derivados del principio general de la buena fe, en los que éste "opera como un límite del ejercicio de los derechos subjetivos". A saber: 1. *Venire contra factum proprium*; 2. El retraso desleal (*Verwiskung*); 3. El abuso de la nulidad por motivos formales; 4. La admisión del cumplimiento parcial y la moderación de los plazos contractuales; 5. *Dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*.

De ese modo, se produce la diversificación de los principios generales del derecho en principios tradicionales de cada país y de cada rama general del derecho.

LUIS FIGA (31), al defender la existencia de un peculiar ordenamiento jurídico mercantil, ha destacado que éste obedece "a

(28) Cfr. F. ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del derecho*, vol I, glosa a la lec. 2.ª, 4, Universidad de Sevilla, 1974, págs. 452-456, donde toma esta expresión de KONRAD LORENZ, *Sobre la agresión al pretendido mal* (1963).

(29) *El principio del "favor partitionis"*, 3, cfr. en "Academia Sevillana del Notariado", IV, 2.ª ed., págs. 564 y sig.

(30) LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Prólogo* a la traducción al castellano del estudio de FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas 1977, págs. 21 y sigs.

(31) LUIS FIGA FAURA, *El ordenamiento jurídico mercantil*, R.G.L.J. 252, 1982, 1, pág. 52 y sig.

unos principios radicalmente opuestos a los vigentes en el mundo civil", junto con "una tabla de valores" distinta, de una propia normativa, de un peculiar sistema interpretativo —la equidad mercantil— e, históricamente, de unos órganos peculiares propios, los tribunales de comercio, que él echa hoy de menos (32).

La diversificación en los diferentes pueblos de sus principios tradicionales —aunque deriven de los mismos principios ético-naturales— significan concreciones que varían al adecuarse a las circunstancias físicas, sociales y económicas en las que se desenvuelven. Todas las compilaciones de derechos especiales o forales (33) vienen a mostrar con insistencia, en España, esa diferencia al remitirse, para su interpretación e integración, a "los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico" (34); a los "principios generales del derecho navarro" que "conservan rango para la interpretación e integración" (35); a "las leyes, las costumbres, la jurisprudencia", "que constituye la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña" (36); a "los principios generales que lo informan" (37), a "la tradición jurídica encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrinas que de aquellos se derivan" (38); a "los principios generales del derecho que lo inspiran, de acuerdo con su tradición" (39).

Todo esto nos muestra un abanico de principios de notable diversidad y sensible variabilidad que, después, en la interpretación, sirven para dotar de sentido a las normas.

En la actuación peculiar de cada principio, ocurre, que un mismo principio puede aducirse tanto en favor de una como de

(32) Esa diversidad y las nocivas consecuencias de su olvido ha sido desarrollada por el propio FIGA, *Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil*, A.D.C. XXXVII-II, abril-junio 1984, págs. 369-388.

(33) Cfr. *Perspectiva*, 297, págs. 1100 y sigs.

(34) *Comp. de Aragón*, art. 1, 1.

(35) *Comp. de Navarra*, ley 1, 2, en rel. ley 2.

(36) *Comp. de Cataluña*, art. 1, 2.

(37) *Comp. de Baleares*, art. 1.

(38) *Comp. de Galicia*, art. 2, 2.

(39) *Ley del derecho civil foral del País Vasco*, art. 1, 1.

la otra parte, o de terceros afectados —piénsese en el principio del respeto de la vida humana en los casos de pena de muerte justa o de legítima defensa no sólo de uno mismo o del prójimo sino de la comunidad social—. De ahí que, muchas veces, puede resultar unilateral y contraria a la justicia la invocación de derechos en favor de terroristas y criminales en contra de la fuerza pública o de sus víctimas.

Por otra parte, la especificidad de un caso puede ser determinante de la exclusión de la aplicabilidad a él de un principio, a pesar de que éste, por su generalidad, aparentemente lo comprende. Por eso, al concretarse los primeros principios en los de segundo y de ulterior grado, éstos, sin limitar aquéllos, delimitan el ámbito de su aplicación, que ajustan y adecúan a las circunstancias concurrentes. Con esto, puede evitarse, que su consideración produzca consecuencias incluso contrarias al mismo.

Especialmente, puede darse una concurrencia de varios principios que entre sí se neutralicen, aunque será más frecuentemente que sólo se complementen o bien delimiten y perfilen recíprocamente su respectiva influencia concreta en el supuesto de que se trate.

En todo caso, debemos tener presente que si los principios se obtienen por nuestra razón práctica (*sensum naturale*), por *sindéresis* a la vista de la naturaleza de las cosas, no hemos de perder de vista que, al emplearlos en la interpretación, ha de atenderse a todas sus variantes y matices concretos, lo cual debe efectuarse siempre con la mediación de normas legales, consuetudinarias o jurisprudenciales, ya sea aclarando su proyección a los casos o bien, en contra de ellas, excluyéndolas o rectificando, por equidad, la generalidad de su resultado.

De ahí, la precisión —en la que insisto— de reflexionar en un continuo ir y venir mentalmente de los principios a la consideración de las cosas, y de éstas a aquéllos, en una constante interacción.

b) En cuanto a la función jurídica de los principios constitucionales, debe distinguirse en ellos sus aspectos intrínseco y extrínseco.

En el primer aspecto, se indica que esos principios deben actuar incluso en relación a los preceptos de la propia Constitución. En efecto —según ha escrito GARCÍA DE ENTERRÍA (40)—: el carácter básico y fundamental de estos principios “permite incluso hablar (como ha hecho BACHOF y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menor énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles «normas constitucionales inconstitucionales» (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (...) que suponen a la reforma constitucional”. Constituyen, por lo tanto, “los principios jerárquicamente superiores de todo el ordenamiento, comenzando por la Constitución misma”.

El segundo aspecto —el extrínseco—, que es radicalmente metodológico, se refiere al modo de concretar estos principios en toda operación interpretativa. Es éste un tema que se halla fuera de cualquier implicación política y que, por lo tanto, no tiene porque diferenciarse del tratamiento propio del método interpretativo general. Por ello, jueces y juristas deben resolverlo conforme su propia disciplina y método, sin olvidar —claro está— la prioridad que tienen los principios constitucionales, como fuentes del derecho positivo, sobre todas las demás normas integrantes del mismo ordenamiento, lo cual se halla en consonancia con la propia metodología interpretativa. Por tanto, deben ser contemplados como se contemplan todos los principios enunciados en las leyes (buena fe, abuso del derecho, etc.); pues, ellos mismos, no son sino, como éstos, expresiones, configuraciones, formulaciones de principios que les trascienden; y han de concretarse atendiendo a la realidad viva de que se trate, teniendo en cuenta todas sus circunstancias individualizadoras.

Como ha explicado KARL LARENZ (41), los principios constitucionales —sean políticos, ético-jurídicos, o entreligados de ambas clases— deben ser interrelacionados en la interpretación, y han

(40) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *loc. cit.*, A, págs. 330.

(41) K. LARENZ, *Metodología*, II, VI, 3, pág. 409.

de conjugarse con los de “proporcionalidad de medios más idóneos”, de “la menor restricción posible” y de “la ponderación de bienes”. Con ello —dice— se “posibilitan analogías y, quizá, una cierta tipificación”, que facilitará las siguientes concreciones de los mismos principios. Así han venido efectuándolo en muchas ocasiones tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, si bien en bastantes otras, han aplicado algunos principios sin atender suficientemente a la realidad viva del caso enjuiciado, ni a la posible limitación de un principio constitucional por otros en el ámbito de su tangencia.