

**LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EN LOS
SISTEMAS ROMANO-GERMÁNICOS
(UN ESTUDIO COMPARATIVO) ¹⁰⁸**

**THE PRINCIPLES OF LAW IN THE ROMAN-GERMANIC
SYSTEMS (A COMPARATIVE STUDY)**

POR JAIME LLUIS Y NAVAS ¹⁰⁹

Resumen

En este trabajo se estudian las diversas fórmulas en que los sistemas jurídicos romano-germánicos han regulado los principios generales del derecho, partiendo del modelo francés que no recogía esta fuente del ordenamiento legal. Se indican los problemas que se plantean en las legislaciones que formalmente los ignoran y se analizan las sistematizaciones de los principios en las legislaciones que los reconocen. Se señalan sus diversas funciones (fundamentación, interpretación y fuente subsidiaria); se exponen los diversos modos de inclusión de los principios en el conjunto del sistema legal de cada Estado y las subespecies de principios formalmente recogidos (positivizados, ideales, etc.), así como el modo en que se determinan (legislación, jurisprudencia) y el grado en que operan como fuente subsidiaria. Asimismo se trata de su relación con otras figuras legales (jurisprudencia, analogía, derecho natural), y se concluye que opera la ley de sustitución elaborada por la ciencia del derecho comparado.

Palabras Claves: Principios – Derecho Comparado – Sistema romano-germánico

¹⁰⁸ Artículo recibido el 25 de abril y aprobado para su publicación el 15 de junio de 2016.

¹⁰⁹ Doctor en Derecho y en Filosofía y Letras (España). Académico correspondiente de La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Abstrac

In this paper the various formulas in the Roman-Germanic that legal systems have regulated the general principles of law, based on the French model which did not reflect the source of the legal system are studied. The problems that arise in the legislation that formally ignored and systematization of the principles discussed in the laws that are indicated collected. Its various functions (reasoning, interpretation and subsidiary source) are indicated; various modes including principles throughout the legal system of each state and subspecies of principles formally collected (positivised, ideals, etc.) and how they are determined (legislation, jurisprudence) are exposed and degree in which they operate as a subsidiary source. It is also its relationship with other legal figures (jurisprudence, analogy, natural law), and concludes that operates the replacement law developed by the science of comparative law

Key Wods: Principles – Comparative Law – Roman-Germanic System

I. Indicaciones previas**1. La clasificación de los grandes sistemas legislativos**

Los comparatistas acostumbran a clasificar los modernos sistemas jurídicos en tres grandes grupos: 1º sistema *romano-germánico* o continental (aplicado en la Europa continental y en Iberoamérica por herencia hispano-portuguesa). 2º sistema anglosajón o del “*common law*”, nacido en Inglaterra y extendido a lo que han sido sus colonias (Estados Unidos, Australia, etc.). 3º Sistemas llamados *socialistas*, propiamente el soviético y las legislaciones inspiradas en la rusa.

No corresponde a este trabajo señalar si, después del hundimiento de la URSS, subsiste el sistema soviético como especialidad jurídica. Si hemos de indicar que *la característica básica del sistema continental consiste en el predominio formal de la ley escrita como fuente del derecho y que esta nota lleva directamente al problema de la función de los principios jurídicos en relación con la ley escrita*, tanto más cuanto que la ley escrita resulta en todos los Estados continentales tan básica como insuficiente.

Por otra parte, esta clasificación no es de valor general, pues no encajan en ella ni el derecho islámico, ni el chino o el de la India. Por esta razón R. David ¹¹⁰

¹¹⁰RENÉ DAVID. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, 1966, p. 467 y sig.

proponía considerar un cuarto grupo al que daba la calificación de derechos *religiosos* y tradicionales. Pero este cuarto grupo comprende elementos heterogéneos; algunos como el *Ta Tsing Leu Li* chino y el Código anamita del Emperador Gia-Long tan “laicos”¹¹¹ como los sistemas jurídicos europeos y otros no más tradicionales que la obra de un legislador conservador europeo (por ejemplo el BGB alemán en su redacción de 1900), por lo cual dudamos sea correcta la calificación como derechos religiosos y tradicionales.

A nuestro parecer, habría que distinguir entre sistemas legales correspondientes a *civilizaciones en expansión* y sistemas propios de *civilizaciones en retroceso o sea receptoras*. Ejemplo de sistema en expansión lo ofrece el decreto portugués de 1869 de extensión del Código civil a las colonias; dicho decreto regula la conservación de los usos indígenas en Damao, Diú, Macao, Timor, Guinea y Mozambique. Aun cuando la causa de la expansión no es jurídica, si lo es su efecto sobre el Derecho; y los sistemas legales de las civilizaciones receptoras acusan la influencia de los sistemas legales en expansión. En el actual momento histórico la única civilización en expansión (probablemente gracias al desarrollo que en la misma han tenido la técnica y a la superioridad moral del Cristianismo) es la llamada europea u occidental y ha repercutido en los sistemas legales de otras culturas: Japón ha adoptado Códigos inspirados en los Derechos alemán y suizo; los Estados musulmanes actuales combinan en sus ordenamientos la tradición islámica y la recepción de una normativa de raíz europea; la India combina su derecho tradicional con el sistema anglosajón, etc. Aceptada la distinción entre sistemas en expansión y sistemas receptores de reglas de los modelos en expansión, podemos subdistinguir, en el seno de los sistemas en expansión entre los sistemas continental, anglosajón y en su caso socialista. *Esta subdistinción se basa esencialmente en el sistema de fuentes del Derecho*: el sistema anglosajón tiene por eje la jurisprudencia, mientras el continental se centra en la ley escrita. A su vez la distinción entre los sistemas romano-germánico y socialista se basan en la *diversidad de los principios aplicados*. A este efecto es significativo el art. 5 de la Ordenanza de publicación del Código civil ruso de 1922 que autorizó la interpretación extensiva “*únicamente cuando lo exija la tutela de los intereses del Estado de los obreros y campesinos y de las masas trabajadoras*”. Y el art. 6 añadió que “*queda prohibida la interpretación de las disposiciones del Código sobre la base de las leyes de gobiernos derrocados o según la praxis de los tribunales prerevolucionarios*”. Con otra fórmula adopta la misma postura el art. 2 del Código civil cubano al que nos referimos más abajo. El Código ruso incurría en muchas lagunas; y

¹¹¹ Véase STAUNTON, J. T. *Leyes fundamentales del Código Panal de la China*, Tº I, La Habana, 1862, p. 26 y sig.; y AUBERT, G. *Côte annamite*, Tº I, Paris, s.a. (hacia 1862), p. 5.

mientras Castán ¹¹² con un criterio occidental las considera técnicamente defectuosas, A. de Capua y sus colaboradores ¹¹³ sustentan que ello permitía al juez soviético aplicar jurisprudencialmente los criterios revolucionarios; es decir estamos ante un relativo acercamiento (solo relativo acercamiento) a las técnicas anglosajonas, lo que contribuye a determinar las particularidades diferenciales del sistema soviético tanto respecto del continental como del anglosajón.

Este trabajo se centra en uno de los sistemas en expansión. Con todo, señalaremos algunas de sus formas de repercusión en otros ordenamientos: el moderno chino, el ruso, el cubano, etc., dando por sentado que los citamos por su interés comparativo, no por pretender que pertenecen al grupo romano-germánico. En cuanto a la fecha atribuida a los textos legales que señalaremos, cabría escoger entre tres: la de elaboración, la de promulgación y la de entrada en vigor. En cada caso escogemos la que entendemos facilita mejor la identificación del texto en cuestión.

2. Concepción de validez general de los principios legales

El análisis comparativo de una figura legal pide en que utilicemos conceptos básicos universalmente válidos, en este caso el concepto de “principios”. Las legislaciones de los Estados continentales no definen los Principios legales, No obstante entendemos que todos ellos operan en función de la idea de que se trata de “*los criterios ideológicos que inspiran la elaboración legislativa del poder público*”. Este concepto es aplicable tanto a los términos correspondientes al “principio” castellano (*principe* francés, *principi* catalán, *Prinzip* alemán, *princip* eslavo, etc.) como al equivalente germano *Grundsatz* y *Rechtsgrundsatz* que literalmente significan respectivamente “frase fundamental” y “frase jurídica fundamental”.

El concepto mismo de principios implica las siguientes *características* de los mismos que aparecen en las diversas legislaciones continentales que recogen la figura de los principios: 1º Constituyen ideas (naturaleza ideológica). 2º Inspiran la labor legislativa (naturaleza informante). 3º Se caracterizan por ser un elemento fundamental de los sistemas legales ¹¹⁴, si bien éste no opera del mismo modo en todos ellos. 4º responden a un trasfondo normativo

¹¹² CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tº I, vol. 1º, Madrid, 1986, p. 492 y sig.

¹¹³ CAPUA, Andrea de; BATTAGLINI, Mario y MATUSCELLI, Vittorio, *Il Codice civile della Russia sovietica*, Milán, 1946, pp. 25-27.

(ideas axiológicas). 5º se caracterizan asimismo por la susceptibilidad de graduación (como desarrollamos más abajo). 6º La función que ejercen en los sistemas romano-germánicos es *propia de dichos sistemas* y no resulta necesariamente extensible a otros sistemas, ni a los anglosajones (por causa de la función del precedente jurisprudencial), ni al islámico clásico (por su naturaleza pretendidamente revelada, y por la forma de recurrir al *quiyás*), ni a los basados en el sistema chino (por causa de la función de la distinción entre el *Leu* y el *Li*), y solo muy relativamente a los sistemas llamados socialistas, que también se remiten a principios, pero muy distintos de los que informan el Derecho continental.

3. Planteamiento histórico de la función de los principios jurídicos en el sistema romano-germánico

La explicación filosófica de la función de los Principios en el conjunto de los ordenamientos continentales la estudiamos más abajo. Su planteamiento histórico en la Edad contemporánea *arranca de la codificación napoleónica*. El Código Civil francés de 1804 (art. 4) sancionó la obligación del Juez de resolver con arreglo a derecho los litigios ante él planteados; pero carecía de regla para solucionar los problemas derivados de la oscuridad o las lagunas de la ley. Ya en la discusión ante el Tribunado surgió este problema y los ponentes del proyecto mantuvieron su redacción invocando las facultades interpretativas de los juzgadores, lo que se abrió a aplicar la analogía y los principios generales del derecho, pero sin sanción legal de estos instrumentos jurídicos. En cambio, el casi contemporáneo Código austriaco de 1810-1811 (art. 7) admitía formalmente el recurso a la analogía y al derecho natural. La diferencia entre ambos Códigos obedecía a un trasfondo doctrinal, pues los redactores del austriaco pertenecían a la escuela del derecho natural, mientras en la Francia postrevolucionaria predominaba la idea de separación de poderes heredada de las doctrinas del Marqués de Montesquieu. Los ordenamientos legales posteriores recogieron la obligación judicial de resolver; en gran medida siguiendo el modelo francés, pero ante el insoslayable problema de las lagunas legales, se dividieron del modo que seguidamente exponemos.

¹¹⁴ Federico de Castro formula un concepto de los principios centrado en la idea de elemento informador de la organización legal de una Nación (o sea del “dador” del derecho). Albadalejo por su parte propone otro centrado en la idea de elemento informador del sistema jurídico establecido (o sea del derecho recibido). No obstante ambos coinciden en recoger la idea de que se trata de una figura fundamental. Véase DE CASTRO, Federico, *Derecho civil de España - Parte General*, Tº I, Madrid, 1955, p. 464; y ALBADALEJO, M. *Derecho civil*, Tº I, Vol. 1º, Barcelona, 1989, p. 114.

Como señala Gullón ¹¹⁵, tras todo sistema de fuentes del Derecho subyace un problema *político* (por cuanto el derecho promulgado es manifestación del soberano o supremo poder humano de mandar) y *social* (pues, tras la normativa positiva, subyacen las fuerzas sociales que aspiran a predominar, trátese de la burguesía, la aristocracia, los jueces, los funcionarios, u otra fuerza social). Las diferencias entre los Códigos francés y austriaco responden a este fenómeno. En particular el francés refleja el temor a extralimitaciones de poder por parte de los jueces. Este mismo fenómeno aun cuando operando con signo político distinto, se acusa en el Código soviético.

II. La fijación de los principios

1. *Inclusión de los Principios en el conjunto de cada sistema de fuentes del Derecho*

Por lo que interesa a la función de los principios en el conjunto de los sistemas de fuentes de los respectivos Estados podemos señalar los siguientes sistemas:

A. Sistema omisivo.— Los Códigos que siguen el sistema francés no fijan ni regulan las fuentes subsidiarias y por tanto carecen de referencia directa a los Principios Jurídicos: títulos preliminares: arts. 1 a 6 del Código Napoleón, aplicado en Francia y Bélgica; arts. 1 a 4 del Código de Haití de 1825, art. 12 del Proyecto de García Goyena, arts. 1 a 7 del antiguo Código del cantón suizo de Vaud de 1819; art. 13 del de los Países Bajos de 1838; art. 12 del Código de Costa Rica de 1887, en su redacción originaria (corregido un siglo después mediante la reforma objeto de la ley 7020 de 1986), art. 4 del de la República Dominicana. Estos sistemas se enfrentan ante el insoslayable problema de que el Juez ha de pronunciarse no obstante los vacíos de la ley, lo que da lugar a dos soluciones:

a) Sistema *consultivo o de remisión* sea al legislador sea a un órgano determinado. La consulta al legislador es la solución histórica, adoptada en Las Partidas ¹¹⁶ y seguida en el Código boliviano de 1830 que en el Título preliminar nada establece sobre fuentes subsidiarias, pero al final del Cuerpo legal (art. 1570) dispone que, en caso de inexistencia o de oscuridad de

¹¹⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A. en la ob. col. dirigida por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, *Comentario del Código civil*, Tº I, Barcelona, 2006, p. 65.

¹¹⁶ Partida III, ley 11 del tit. 22 y ley 15 del tit. 23.

la norma, los jueces se dirigirán en consulta al poder legislativo. Fue la solución aplicada en los inicios de la Revolución francesa y también la medida prevista en la primitiva redacción del Código de Chile, llamado del Dr. Bello. La misma solución ha sido adoptada modernamente con la variante de que la consulta no se plantea al legislador sino a un organismo judicial especial en España en materia constitucional y en la Unión Europea¹¹⁷. En todo caso el sistema de consulta tiene, entre otros, el inconveniente de la lentitud del procedimiento.- Un caso particular lo ofrecen el código sardo de 1838 (art. 16) y el de Guatemala de 1877 (art. 18) que establecen un sistema de fuentes subsidiarias, basado en la analogía y los principios jurídicos pero adicionan la posibilidad (de trasfondo excepcional) de elevación de consulta.

b) Sistema *interpretativo fáctico*. Las legislaciones que, como el Código francés, carecen de norma de solución del conflicto acuden en la práctica a la interpretación y la desarrollan doctrinalmente aun cuando carecen de un mandato legal para seguir este proceder. A través de este procedimiento suelen aplicar la analogía y por esta vía los principios generales del Derecho, entre ellos los del Derecho romano¹¹⁸. Es el caso del Código de la República Dominicana (vistos los arts 1 a 5).

Crítica del sistema omisivo.— Tras el sistema omisivo subyacen dos importantes cuestiones a la vez técnicas y doctrinales:

1ª. En los sistemas omisivos se produce un divorcio entre la realidad (que lleva a recurrir a los principios) y la ley de leyes (que formalmente los ignora). Este divorcio obedece a que los principios son criterios de adecuación de los imperativos abstractos de la idea de justicia a las regulaciones concretas. Vázquez¹¹⁹ sustenta que los principios consisten en la “*justicia condensada en cánones con validez universal*”. De ser esta afirmación exacta no se registrarían divergencias entre los principios de los diversos ordenamientos legales de todo el Universo. Por eso creemos más exacto sustentar que los principios son los criterios de desarrollo de los imperativos de la idea de justicia dentro de cada sistema y de conformidad con la ideología (en gran

¹¹⁷ Véase PLENDER, R. y PÉREZ SANTOS, J. *Introducción al derecho comunitario*. Madrid, 1985, p. 85 y sig.

¹¹⁸ Véase GOUSSET, Th. *Le Code Civil commenté*. Paris, 1851, p. 7.; GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852, p. 8 y sig. y TERRERO PEÑA, Plinio. *Código civil de la República Dominicana*. Santo Domingo, 1988, p. 18 y sig.

¹¹⁹ VAZQUEZ BOTE, Eduardo. *Derecho civil de Puerto Rico*. Tº I, Vol. 1º, San Juan de P. Rico, 1972, p. 229 y sig.

medida político-social) de cada legislador. De ahí dos consecuencias: *Primera*: la operatividad de un sistema de principios en todos los ordenamientos, lo reconozcan o no; y *Segunda*: la variación, según los Estados, de los principios aplicados. De la primera característica resulta el divorcio entre la realidad y las legislaciones que prescinden de referirse a los principios que, quiérese o no, informan la propia legislación.

2°. Tras el sistema omisivo subyace asimismo otro problema de trasfondo a la vez técnico y doctrinal. Señala P. De Pablo ¹²⁰ que la solución del Código Napoleón y los en él inspirados se propone llevar a sus últimas consecuencias el principio de separación de poderes lo que exige en buena lógica que el Juez se abstenga de toda actuación de determinación de las normas. En la fase inicial (monárquica) de la Revolución gala, la Asamblea Nacional había asumido el poder legislativo, y se sustituyó la remisión histórica de los casos dudosos por el Juez al Rey por la remisión a la Asamblea legislativa. Esta solución la recogieron algunos de los primeros Códigos decimonónicos como el de Bolivia de 1830 y la primitiva redacción del de Chile. El resultado fue complicar y retrasar el funcionamiento de la Administración de Justicia. El intento de llevar el principio de separación de poderes a sus consecuencias extremas acusó además inconvenientes políticos, como el mal funcionamiento del gobierno de Francia bajo el Directorio, que llevó al golpe de estado napoleónico ¹²¹. De ahí que parte de los sistemas posteriores moderaran el principio de separación de poderes aplicando un principio no declarado de *autonomía funcional coordinada* de los diversos órganos estatales, una de cuyas manifestaciones es la aceptación de la jurisprudencia como fuente subsidiaria del sistema legislativo y con ella de los principios jurídicos que recogen las resoluciones judiciales.

B. Sistema interpretativo reglado.— Las legislaciones que siguen este sistema no establecen directamente fuentes subsidiarias; pero recogen y fijan legalmente criterios de interpretación que dan pie a recurrir a la analogía y a los Principios legales. Es decir, lo que en Francia es solución doctrinal indirecta, en este otro sistema es solución positiva aun cuando también indirecta. Es positiva pero indirecta en el sentido de que no se fijan fuentes subsidiarias, pero a través de lo que consideran mera interpretación, introducen los principios legales. Es el caso de los Códigos de Colombia (art. 32), de Cuba

¹²⁰ DE PABLO CONTRERAS, Pedro en la ob. col. *Código civil comentado*. T° I, Zizur Menor, 2011, pp. 27-28.

¹²¹ Véase JULES, Isaac, *Cours complet d'Histoire: Revolution, Empire*. Paris, 1929, p. 233 y sig.

de 1987 (art. 2), de Chile de 1855, reformado (art. 24), Honduras (art. 20) y el Salvador (art. 19).

Hemos visto que un caso particular lo constituyó el Código civil ruso de 1922 cuya Ordenanza de Introducción (art. 5) admite la interpretación extensiva por la vía indirecta de prohibir que ésta se funde en la legislación y jurisprudencia anteriores a la Revolución de octubre.

C. Sistema de remisión.— Los Códigos de este sistema fijan fuentes subsidiarias, pero distintas de los principios, entre los cuales cabe subdistinguir entre:

1º. Los Códigos germánicos que se remitían al derecho común del Reich o del Bund como el Código bávaro (arts. 9, 10 y 11).

2º. Los sistemas que fijan fuentes de rango menor: el *Landrecht* prusiano conservaba los Estatutos provinciales; el Código Sueco de 1734 (título judicial, cap. I, art. 11) sancionó la fuerza subsidiaria de la costumbre; el cantón de Friburgo (art. 8) se remitía a la equidad; el de los Grisones (art. 3) a los Estatutos, los usos legales y al “derecho común” a condición de no contradecir la letra ni el espíritu de las leyes del cantón; el Decreto de introducción del Código ruso de 1833 mantenía toda la legislación no refundida en el entonces nuevo Código. En el caso de los Grisones su solución está en la frontera entre la de este grupo y el que denominamos de inclusión indirecta. La ley de introducción del BGB (art. 1) partía de la subsistencia limitada de los derechos territoriales.

3º. Los Códigos holandés de 1838 (art. 3) y del Cantón de Berna (art. 3) el del Salvador de 1859 (art. 2) y el de Honduras (art. 2) admitían la costumbre, pero solo en caso de *remisión específica* de la ley a la regla consuetudinaria.

D. Sistemas incluyentes.— Se trata de ordenamientos que incluyen los Principios entre las fuentes subsidiarias. Dentro de estos sistemas cabe subdistinguir entre:

a) Códigos en que la referencia a los Principios jurídicos es directa (*sistema de inclusión directa*). Están en este caso los Códigos sardo de 1838 (art. 15) y austriaco de 1810 (art. 7), los Códigos de Guatemala de 1877 (art. 18), de Costa (tras la reforma en 1986 de los arts. 3 y 4), de las reglas sobre publicación del Código italiano de 1866 (art. 3) y normas introductorias al italiano de 1942 (art. 12), las normas introductorias brasileñas de 1916 (art. 7) y de 1942 (art. 4), el Código del Ecuador (art. 18, regla 7ª), el Código Federal Mejicano (art. 19), los Códigos venezolano (art. 4), del Paraguay (art. 6), del Perú (norma XXIII), de Portugal de 1867 (art. 16), Puerto Rico (art. 7), del

Uruguay de 2010 (arts. 15 y 16) y los Códigos de Derecho Canónico de 1917 (canon 20) y 1983 (canon 19). Es también el sistema adoptado por el Código chino de 1929 (art. 1).

b) Códigos en que la remisión a los Principios es indirecta (*sistema de inclusión indirecta*) al remitirse a otras figuras que encierran un vínculo con los principios: el Cantón de Argovia (art. 10) admitía la analogía y la ley natural; el Gran Ducado de Baden (adiciones al art. 4) se remitía al espíritu de la ley, la comparación entre normas y la ley natural; el de Montenegro de 1888 (art. 3) se remitía a las costumbres y en su defecto a la analogía y la equidad; el Código de Colombia de 1966 (arts. 25-32) desarrolla un conjunto de reglas de interpretación que da pie a recurrir a los principios a través del “*espíritu general de la legislación*”; el Código suizo (art. 1) y el del Bajo Canadá (art. 12), el nuevo Código portugués (art. 10) se remiten a la labor normativa judicial.

Entendemos que en estos casos hay una remisión indirecta a los Principios por cuanto: 1º extender el alcance de las normas análogas o servirse de la comparación entre normas del propio Estado implica admitir que, en ambos casos, ha de regir el mismo principio legal (sin perjuicio de que analogía, comparación y principios constituyan conceptualmente tres figuras distintas).- 2º lo mismo cabe decir sobre la relación entre el espíritu y la ley natural con los principios aplicados. 3º la remisión a la función normativa judicial es siempre limitada en el sentido de que el juzgador ha de inspirarse en el sistema legal vigente en su país y por tanto en las razones y principios que han dado lugar al mismo.

Otro caso de remisión indirecta es el del Código de Luisiana de 1824 (arts. 13-23) que no fija directamente los principios como fuente del Derecho, pero señala su función en génesis del sistema legal de un Estado nuevo lo que implica reconocerles implícitamente una función de fuente legal.

Doble modo de operar de los principios jurídicos. Como ha destacado Bercovitz¹²² los Principios pueden operar de dos modos: *directamente* cuando la norma legal dispone que se ha de recurrir a aplicar los principios legales e *indirectamente* (cuando inspiran a otras fuentes sea la ley escrita, la costumbre o la jurisprudencia). La aplicación directa varía según las legislaciones tal como acabamos de exponer. La indirecta opera en todo caso, incluso en las legislaciones como la francesa que pretenden ignorarlos formalmente.

¹²² BERCOVITZ, R. y RODRÍGUEZ-CANO. *Comentarios al Código civil*. Tº I, Valencia, 2013, p. 81.

2. *Subespecies de principios aplicados*

Respecto del problema de la distinción formal entre subespecies de principios y de la solución aplicada, los ordenamientos legales han seguido los criterios que seguidamente señalamos. Con todo hemos de advertir, desde ahora y como veremos en el apartado siguiente, que la distinción que implica esta clasificación tiene un valor y un alcance relativos.

A. Principios positivizados.— Las legislaciones que siguen este sistema exigen que los principios legales se deduzcan directamente del derecho positivo. Sigue este sistema el derecho italiano, tanto el Código de 1866 como la legislación introductoria del de 1942, cuyo art. 12 se refiere literalmente a los “*principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*”. Esta técnica es la consecuencia de la regla del Código del Bajo Canadá (art. 12) que fija como norma de interpretación finalista “*faire remplir l’intention du législateur et atteindre l’objet pour lequel elle a été passée*”.

Aun cuando los sistemas socialistas no constituyen el objeto de este trabajo señalemos que los principios positivizados adquirieron gran relevancia en la Unión Soviética, debido a las características de la URSS especialmente cuando se trató de superar la fase llamada de dictadura del proletariado. De la Unión llamada rusa formaban parte gran número de naciones, algunas de ellas de religión musulmana, y en todo caso con usos y costumbres muy variados. De donde resultaba la dificultad de elaborar códigos comunes. Por otra parte el comunismo llevaba a postular soluciones legales concordes con su doctrina. De ahí que, ante la dificultad de una normativa concreta común, se optara por fijar reglas generales (que el propio legislador soviético calificó como principios), dejando a las autoridades de las diversas entidades de la Unión la facultad de dictar leyes que concretaran la aplicación de los principios generales positivizados a las características de su territorio ¹²³.

B. Sistema ideales.— Tomamos el término “ideal” en el sentido filosófico de perteneciente al campo de las ideas. Los sistemas que pertenecen a este grupo entienden por principios legales figuras directamente relacionadas con los altos valores éticos. Así el Código austríaco de 1810 (art. 7) y el portugués de 1867 (art. 16) incluían el derecho natural entre las fuentes subsidiarias del ordenamiento legal; el de Colombia (art. 30) se remite al “*espíritu general de la legislación y a la equidad natural*”; el del Ecuador (art. 18, re-

¹²³ ROMACHKIN, P. y colaboradores. *Principes du droit soviétique*. Moscú, s.a. (hacia 1966), p. 23 y sig.

gla 7ª) hace referencia a “*los principios del derecho universal*”, el de Panamá de 1916 (art. 13) a “*las reglas generales de derecho*”; y el de Cuba (art. 2), de conformidad con la ideología comunista, se remite a “*los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano*”. Los Códigos canónicos de 1917 (canon 20) y 1983 (canon 19) se refieren a los principios generales “*cum aequitate canonica servatis*”.

C. Sistemas omni-comprendivos.— Estos sistemas se abren tanto a los principios positivizados como a los ideológicos. Con todo entre ellos cabe distinguir entre dos subgrupos:

a) Sistemas *globalistas* que contienen una referencia global a los principios jurídicos sin fijar formalmente subespecies entre los mismos: caso del Código español (art. 6 de la redacción original y art. 1 del Título Preliminar reformado en 1974); de Costa Rica (art. 1), y Guatemala (art. 18), de la disposición introductoria del Código italiano de 1866 (art. 3), del Código Federal mejicano (art. 19), de los de Paraguay (art. 6), Perú (regla XXIII), Uruguay (art. 16), de Venezuela (art. 4) y de las normas introductorias brasileñas de 1916 (art. 7) y 1942 (art. 4). Es también el sistema seguido por el Código chino de 1929 (art. 1). Los Códigos canónicos, tanto el de 1917 (art. 20) como el actual (art. 19), contienen una referencia genérica a los principios generales del derecho; pero los exegetas incluyen en esta referencia general los principios positivizados, los universalmente admitidos y los de derecho natural¹²⁴, es decir consideran que estamos ante una referencia global.

b) Los sistemas *diferenciadores* (o dualistas) en lugar de una referencia global a los principios tienen una enumeración doble (principios ideológicos y principios positivizados) lo que les lleva a establecer una jerarquía legal entre ambos tipos de principios; y prescriben la aplicación preferente de los principios positivizados sobre los ideológicos, es decir de los concretos sobre los genéricos. Es la solución del Código sardo de 1838 (art. 15) y del argentino de Vélez Sársfield (art. 15).

Relatividad aplicada de esta subdivisión.— Desde un punto de vista teórico puro, la subdivisión acabada de exponer nos parece plenamente justificada, puesto que se basa en categorías mentales perfectamente diferenciables en abstracto. No obstante cabe señalar una relatividad aplicada que opera desde dos ángulos: desde el de la creación del derecho positivo y des-

¹²⁴ MIGUELEZ DOMINGUEZ, L.; ALONSO MORÁN, S. y CABEROS DE ANTA, M. *Código de Derecho canónico*, Tº I, Madrid, 1974, p. 15; y OTADUY GUERIN, Javier, en la ob. col. *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, Tº I, Pamplona, 2002, p. 389 y sig

de la determinación de la naturaleza de los principios operantes en el derecho positivo

a) Sustentó Federico de Castro ¹²⁵ que los principios son la fuente primaria de todo sistema jurídico puesto que las leyes escritas son una aplicación de los principios considerados por el legislador. A nuestro parecer es preciso *distinguir entre la elaboración y la aplicación de las normas positivas*: 1º. En la elaboración de las leyes efectivamente los principios constituyen el elemento primario en el sentido de que el legislador parte de los mismos para formular las correspondientes disposiciones; ya que el derecho se dirige a adecuar las situaciones de hecho (económicas, familiares, agresiones, etc.) a los imperativos axiológicos de la Idea de Bien en sí y por tanto opera con dos elementos: uno fáctico (la situación considerada) y otro ideológico (los principios contemplados). 2º. En la fase de aplicación, en cambio el Juez, o en su caso el funcionario, parten de la ley escrita y, cuando ésta plantea problemas, recurre a las soluciones sistematizadas en este trabajo; por tanto en la aplicación del Derecho, la fuente primaria es la ley como manifestación de la voluntad normativa soberana y el principio es fuente complementaria. El mismo Federico de Castro subdistingue entre las siguientes especies de principios generales: 1º. los derivados del Derecho natural. 2º. los sociales o tradicionales, o propios de la convicción de un pueblo; y 3º. los políticos que imponen los gobernantes en un momento dado. Es evidente que las referencias globales a los principios abarcan directamente estas tres especies; y que indirectamente están comprendidos en todos los sistemas romano-germánicos.

b) Con un criterio de filosofía jurídica hemos de diferenciar entre *principios trascendentes* y *principios inmanentes*; los primeros desarrollados con anterioridad al sistema positivo y recogidos al formular las disposiciones concretas y los segundos fijados mediante el análisis de las leyes promulgadas. No obstante, en el ámbito del Derecho aplicado, la validez de esta distinción es relativa por cuanto, como veremos en el apartado siguiente, los principios en general y los jurídicos en particular, por su pertenencia al campo de las ideas, son susceptibles de graduación que va de principios genéricos a principios específicos, o sea de principios generales a principios directamente informantes de las normas concretas. Por responder a una graduación, no cabe señalar una frontera concreta entre los más o menos generales y los más o menos específicos. De ahí que el Juzgador, con independencia del sistema escogido por su legislador, al tratar de concretar los principios seleccionados para resolver, si parte de los generales haya de descender a los específicos

¹²⁵ DE CASTRO, Federico. *Ob. y vol. cit.*, p. 463 y sig.

para justificar la solución del caso concreto; y si parte de los específicos haya de remontarse a los generales para fundamentar racionalmente los principios escogidos. De no efectuar el Juzgador esta operación será por cuanto contempla una normativa en la que los legisladores han efectuado la operación intelectual acabada de indicar, lo que nos lleva a la misma conclusión sobre la validez racional y relatividad aplicada de la distinción entre principios generales y concretos.

3. *Fundamento y triple función de los principios en los sistemas romano-germánicos*

En la rúbrica de este apartado advertimos expresamente que nos referimos a los ordenamientos romano-germánicos por cuanto lo seguidamente consignado, no es necesariamente extensible a todos los sistemas jurídicos; o cuando menos solo sería aplicable con importantes reservas. Dentro de nuestro sistema, algunos autores, entre ellos Lalaguna ¹²⁶ entienden que los Principios jurídicos ejercen dos funciones: operan como fuente autónoma y como medio de interpretación de las fuentes restantes. A nuestro parecer, y como hemos señalado en otras ocasiones, la función ejercida por los principios es triple: operan como fundamento doctrinal de las disposiciones legales (*función fundamentadora o filosófica*), como medio de interpretación de las leyes y costumbres (*función interpretativa*) y como norma directa aun cuando subsidiaria (*función normativa*). Seguidamente nos referiremos a cada una de ellas en cuanto que interesan a la comparación jurídica y más en concreto a los ordenamientos continentales.

A. Función filosófica.— La función filosófica está en directa relación con el fundamento mismo del Derecho positivo y trataremos de analizarla lo más sintéticamente que nos sea posible: 1°. Entendemos por Valores las ideas abstractas que por propia naturaleza *piden ser realizadas*, es decir que gozan de positividad; así, deseamos el bueno y repudiamos malo, nos agrada lo bello y desagrada lo feo, etc. Hoy en día, que el ser humano se mueve por Valores, está aceptado por muy diversas doctrinas. A los ojos del creyente en un Ser Divino, los Valores tienen sus características y fuerza imperativa por su relación con la naturaleza del Ser Divino. 2°. Entre los diversos Valores generales destacan el Bien en Si y lo Bello en Si; en este trabajo nos interesa el primero de ellos. 3°. En cuanto que los imperativos del Bien afectan directamente al fuero interno del ser humano e indirecta-

¹²⁶ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. Voz "Principios generales del Derecho", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tº XX, Barcelona, 1993, p. 501 y sig.

mente al externo estamos en el campo de la Moral en Si ¹²⁷; y en cuanto interesan directamente al fuero externo e indirectamente al interno estamos ante en Derecho en Si. 4º. Las reglas para adecuar la Idea Pura de Derecho a las características de la naturaleza constituyen el Derecho natural. 5º. Los Principios jurídicos son los criterios con que el legislador procede a desarrollar las ideas abstractas de Bien y Derecho para formular las normas positivas. 6º. Puesto que los principios responden a los criterios axiológicos que llevan a la promulgación de la norma, necesariamente encierran la justificación doctrinal de la misma; en otras palabras las disposiciones positivas estarán justificadas en la medida en que lo está el principio en que se basan (y en que técnicamente desarrollan acertadamente dicho principio). 7º. Como toda las ideas, los Principios admiten un escalado de general a particular; por ejemplo el imperativo de la Idea de Bien lleva a la de comportarse bien y ésta a las de no quitar la vida al prójimo y respetar los compromisos (*pacta sunt servanda*), salvo la e trada en juego de causas de justificación (legítima defensa, *cláusula rebus sic stántibus*, etc.) que implican la entrada en juego de una idea más específica justificativa de la excepción. 8º. De ahí un escalado intelectual de los principios legales que va de los Principios generales a los correspondientes a disposiciones legales concretas. 9º. Por propia naturaleza, *este proceso subyace en la elaboración de todos los ordenamientos del sistema romano-germánico (aun cuando ninguno de ellos lo reconozca formalmente), y consiguientemente se halla en la raíz de la función interpretadora de las normas positivas y las fundamenta filosóficamente en cuanto que dan lugar a que las normas positivas se propongan desarrollar imperativos axiológicos*, (sin entrar en si en otros sistemas intervienen otros factores). 10º. Lo acabado de indicar da lugar a la función informativa y fundamentadora del sistema normativo positivo ejercida por los principios jurídicos.

B. Función interpretadora.— Como acabamos de apuntar, funcionalmente e incluso lógicamente esta dimensión es consecuencia de la anterior.

¹²⁷ Algunos autores niegan que, para la distinción entre Derecho y Moral, constituya un criterio de validez la fuerza de obligar respectivamente en los fueros interno y externo del ser humano. Creemos que la objeción deja de tener justificación *si distinguimos entre el efecto directo y el indirecto o derivado*. La Moral nos obliga en conciencia, pero ello no es óbice para que el Derecho pueda recogerla y elevarla a fuerza vinculante en el fuero externo; es lo que hace por ejemplo el art. 1255 de nuestro Código civil al establecer la nulidad de los pactos inmorales; pero este repudio de los pactos inmorales sigue siendo un repudio de propósitos nacidos en el fuero interno. A su vez, de suyo es moralmente indiferente conducir por la derecha como prescribe el derecho de circulación en España o por la izquierda como establece el derecho inglés. Pero, una vez establecido por el derecho de la respectiva Nación un sistema de conducir, optar por la vía opuesta genera un peligro y, además de vulnerar la norma legal, pasa a constituir una inmoralidad por el riesgo a que da lugar.

Los principios son las ideas que han inspirado a los autores de la norma positiva y por lo tanto nos permiten conocer sus fines, propósitos y el sentido que querían dar a las disposiciones dictadas. En otras palabras, por propia naturaleza y función, los principios son un elemento fundamental para interpretar la ley.

C. Función normativa.— Atribuyen directamente la función normativa a los principios los sistemas en que señalamos en el escalado de normas subsidiarias. Los restantes sistemas la ejercen indirectamente por vía de medios de interpretación. Ello obedece a que es la solución naturalmente requerida por la insuficiencia de norma escrita, unida a la necesidad del Juez de no apartarse por su cuenta del sistema legal establecido. Bercovitz ¹²⁸ entiende que los principios que ejercen estas funciones son los que “*reflejan la conciencia social*”. A nuestro entender, en todos los países operan los principios recogidos precisamente en cuanto que son recogidos por los juristas (jueces, legisladores tratadistas) en su labor de formulación y aplicación del Derecho; y entre ellos cabe distinguir las siguientes especies: 1º. los que por su vinculación directa con los imperativos axiológicos de la Idea de Bien, alcanzan a toda la Humanidad, por ejemplo la regla “el bien ha de ser procurado”. 2º. los que efectivamente suscribe la generalidad de una nación (por ejemplo, los principios a tenor de los cuales los delitos han de ser reprimidos, los pactos cumplidos, los daños indemnizados etc.). 3º. Aquellos que por su trasfondo técnico solo recogen los juristas (por ejemplo los principios sea de oralidad o de escritura en los procedimientos) y 4º. Los que imponen los políticos triunfantes en un momento dado, por muy enfrentados que estén a sus oponentes políticos; es el caso de los principios recogidos en las Constituciones impuestas durante la Revolución Francesa ¹²⁹. Precisamente la diferencia de los principios informantes de la sociedad de predominio capitalista y la socialista se halla en la raíz de la distinción entre los ordenamientos socialistas y los romano-germánicos ¹³⁰. El art. 2 del Código civil cubano es manifiesto a efecto de determinar los principios predominantes en el sistema llamado castrista.

Reconocimiento positivo de la función plural de los principios.— La gran mayoría de las legislaciones omite señalar la función plural de los principios legales. El Código español es una excepción tras la reforma de 1974 puesto que

¹²⁸ BERCOVITZ. *Ob. cit.*, p. 80 y sig.

¹²⁹ Véase CLAUDE MEYER, Jean. *La vie religieuse en Haute Garonne sous la Révolution*. Tolosa del Languedoc, 1982, p. 133 y sig.

¹³⁰ DAVID, R. *ob. cit.*, p. 190 y sig. y LLUIS Y NAVAS, J. “El Derecho Laboral ante el Derecho comparado”, *Revista Técnico-Laboral*, n° 42 (1989), p. 4 y sig.

el art. 1,4 sanciona la operatividad de los principios como fuente subsidiaria “*sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”. También reconoce la múltiple función de los principios el Código de Costa Rica (arts. 1 a 4) tras la reforma de 1986, influida sin duda por la española de 1974.

III. La aplicación de los principios legales

1. *Sistemas de establecimiento de las fuentes jurídicas*

En relación con la evolución histórica antes indicada, podemos clasificar los sistemas que señalan fuentes subsidiarias en los grupos que indicamos a continuación. Esta distinción podría considerarse meramente formal, pero refleja un cambio importante en la mentalidad del legislador y en la concepción político- jurídica del sistema de fuentes.

A. Sistema vinculado a la función judicial.— En las legislaciones que siguen este sistema, los textos legales sancionan la obligación de los jueces de sentenciar y a renglón seguido, para facilitar el cumplimiento de esta obligación señalan las fuentes subsidiarias aplicables en caso de vacío legales. Fue la solución de la primitiva redacción de nuestro Código de 1889 (art. 6), y la siguen el argentino de Vélez (arts. 15 y 16), el del Bajo Canadá de 1866 (arts. 11 y 12) y los de Guatemala de 1977 (arts. 17 y 18), Paraguay (arts. 6 y 7), Perú (regla XXIII) y Uruguay (art. 15 y 16), así como el federal mejicano (art. 19).

B. Sistema instrumental o interpretativo.— Las legislaciones que adoptan este sistema parten de la idea de que el derecho escrito constituye la única fuente legal y no fijan propiamente fuentes complementarias de la ley escrita sino medios de interpretarla para facilitar su aplicación a todos los casos litigiosos. Siguen esta corriente los Códigos de Colombia (art. 32), Cuba (art. 2), el cantón de los Grisones de 1862 (art. 3), Honduras (art. 20), las normas introductorias italianas de 1866 (art. 3) y 1942 (art. 12), y los Códigos de Panamá (art. 13) y Perú (art. 16).

C. Sistema desvinculado de la función judicial, o de determinación directa.— Las legislaciones de este grupo fijan las fuentes como regla jurídica de trascendencia en sí misma para el sistema legislativo, *sin condicionarlo ni vincularlo directamente al ejercicio de la función judicial*. Están en este caso las legislaciones española de 1974 (art. 1 del Título preliminar), el Código austriaco de 1810 (art. 7), el Código de Costa Rica reformado (art. 1), el Código suizo (art. 1), el de Venezuela (art. 4), el Código chino de

1929 (art. 1), los Códigos canónicos de 1917 (canon 20) y 1983 (canon 19), el Código montenegrino de 1888 (arts. 1 a 4) y las leyes introductorias brasileñas de 1916 (art. 7) y 1942 (art. 4). En estos sistemas se tiende a fijar las fuentes del Derecho en el art.1 de conformidad con su condición de norma que inicia la determinación del sistema legislativo y encierra la ley de leyes por excelencia. Entendemos que es el sistema técnicamente más perfecto por cuanto parte de las fuentes; es decir, de la idea de que la determinación de las leyes inicia el sistema jurídico y de que dentro del mismo, en los Estados romano-germánicos, la ley escrita constituye la base del sistema legal, pero sin agotar las fuentes del derecho.

2. Determinación de los principios

A. Sistema legislativo.— Es el sistema menos frecuente, No obstante en España podemos señalar algunos casos de esta solución: el Título 34 de la Partida VII; bajo el franquismo se enumeraron algunos principios legales sea políticos (Ley Fundamental de 1958 de Principios del Movimiento), sea sindicales (art. 1 de la ley sindical de 1971) o en materia de cooperativas. Adviértase que este proceder predomina en materia social o político-social. Propiamente este sistema es mixto ya que, siendo imposible e inconveniente reducir todos los principios aplicables a los enumerados por vía legislativa, junto a su determinación legal aparece la sanción jurisprudencial de la mayoría de los Principios aplicados en la práctica.

B. Sistema jurisprudencial.— Es el sistema mayoritario por no decir general y consiste en encomendar a los Tribunales especificar en cada caso que Principios aplican. Este sistema lleva a una interacción entre los Principios y la Jurisprudencia que los sanciona al reconocerlos. Por esta razón Borrell¹³¹ sostuvo que se bordea el círculo vicioso. Propiamente no hay ni círculo vicioso ni contradicción; lo que se produce es una interacción en la aplicación de las diversas fuentes y fundamentalmente entre principios, legislación y jurisprudencia al tenerlo en cuenta conjuntamente el sentenciador.

3. Posición de los principios en el escalado de fuentes

Respecto del posicionamiento de los principios en el escalado de fuentes del derecho cabe señalar las siguientes diferencias entre las legislaciones que

¹³¹ BORRELL Y SOLER, A. M. *Derecho civil vigente en Cataluña*, Tº I, Barcelona, 1944, p. 35.

incluyen los principios entre sus fuentes subsidiarias, según los legisladores recurran directamente a los principios o determinen que solo se aplicarán los principios tras no resolver el problema planteado mediante otras fuentes prioritarias:

A. Único grado (sistema directo).— Los ordenamientos legales que siguen este sistema enumeran los principios jurídicos como única fuente subsidiaria. Se hallan en este caso el Código federal mejicano (art. 19) y la ley introductoria peruana (norma XXIII).

B. Segundo grado.— Recurren a los principios en segundo grado los Códigos que seguidamente señalamos:

a) Aducen los principios tras la *costumbre* los Códigos de España (art. 1), y el de China de 1929 (art. 1). Implícitamente era el sistema de Luisiana, que admitía expresamente la *costumbre* como fuente subsidiaria (art. 3) e indirectamente los principios en la forma antes indicada (arts. 13-23).

b) Recurren a los principios tras la *analogía* los Códigos de Austria de 1810 (art. 7), Italia de 1866 (art. 3), Panamá (art. 13), Venezuela (art. 4), las normas introductorias brasileñas de 1916 (art. 7), y el Código canónico de 1917 (canon 20).

También el Código de Puerto Rico (art.7) recurre a los principios como fuente subsidiaria de segundo grado.

C. Tercer grado.— Aplican los principios legales como fuente subsidiaria formalmente de tercer grado las siguientes legislaciones:

a) El Código de las Dos Sicilias (art. 15) daba prioridad al *espíritu de la ley* y a la *analogía* sobre los principios legales. La misma solución adoptaron los Códigos de Guatemala (art. 18), Paraguay (art. 6), portugués de 1867 (art. 16) y del Uruguay (art. 16). El argentino de Vélez tras el espíritu de la ley aduce los *principios de leyes análogas* y en su defecto los generales.

b) Aplican respectivamente en primer y segundo lugar la *costumbre* y la *analogía* y en tercero los principios generales el antiguo Código del Principado de Montenegro (art. 2) y el nuevo Código Canónico (canon 19)

D. Sistema acumulativo.— Las normas introductorias de Brasil de 1942 (art. 4) enumeran distintas fuentes subsidiarias (*analogía*, *costumbre* y principios generales) sin prescribir una jerarquía entre ellas. Es la regla que parece resultar del texto, algo oscuro a este respecto, del Código de Costa Rica (art. 1) que hace referencia a la *costumbre* y a los principios generales sin establecer una jerarquía clara entre estas dos figuras.

Este sistema es el más realista en el sentido de que, en la práctica las fuentes subsidiarias están vinculadas a las facultades interpretativas de los jueces; y en las cuestiones jurídicamente oscuras, los juzgadores tienen de hecho siempre un gran margen de interpretación y de razonamiento; y por tanto para seleccionar fuentes al sentenciar.

4. Vínculos generales con otras figuras

A. La jurisprudencia.— Conceptualmente la distinción entre la jurisprudencia y los principios es clara. La jurisprudencia consiste en la doctrina recogida en las resoluciones judiciales y los principios son los criterios que han inspirado al legislador. No obstante, en la aplicación del Derecho, la jurisprudencia es el medio principal de proclamación y fijación con efectos positivos del sistema de principios legales de un país. Este fenómeno es general en todos los Estados del sistema romano-germánico. Esta práctica puede parecer contradictoria, pues formalmente los principios tienen más jerarquía que la jurisprudencia, pero ésta recoge y proclama los principios y por tanto los fija. Más que ante una contradicción estamos ante un riesgo teórico de círculo vicioso, que en la aplicación judicial del derecho se rompe por vía de una interacción entre principios y jurisprudencia, *ya que, en los sistemas llamados continentales, los principios informan todo el sistema legislativo, pero a su vez (salvo los excepcionales casos de formulación legislativa de los principios) la jurisprudencia es la que recoge y fija los principios informantes de la legislación.* El riesgo de círculo vicioso se salva con tanta más facilidad cuanto que el juzgador puede aplicar la legislación y por tanto recoger los principios incluso de oficio. Esta solución opera de hecho en todos los sistemas judiciales actuales, al basarse en la autonomía de los Jueces al sentenciar, y por tanto atribuirles facultades interpretativas del sistema legal. Lo que constituye una formalidad discorde con la realidad práctica es la pretensión del art. 1 de nuestro Título Preliminar al considerar la Jurisprudencia una fuente de rango inferior a los Principios. En esta cuestión ha sido más realista la solución brasileña que, como hemos indicado en el apartado que trata del sistema acumulativo, prescinde de establecer grados jerárquicos entre las fuentes subsidiarias.

B. La analogía.— Conceptualmente también es fácil distinguir entre la analogía (grado de similitud entre dos situaciones) y los Principios jurídicos. Para ser más exactos la analogía pide las siguientes precisiones: 1º. La analogía de suyo no es una fuente del Derecho, no existe la norma análoga; lo análogo son ciertas situaciones. 2º. Consiguientemente la analogía es un hecho, concretamente un fenómeno de similitud entre dos situaciones . 3º.

Con ser de suyo un hecho, el recurso a la analogía implica aplicar un principio jurídico a tenor del cual las situaciones iguales (o similares) piden la misma solución legal. 4°. Consiguientemente, el recurso a la analogía da lugar a una aplicación extensiva de las normas preexistentes. 5°. Entre los sistemas que hacen referencia directa a la analogía cabe diferenciar entre los que la aducen como medio de interpretar las normas existentes y los que la consideran método de suplir los vacíos legales (el art. 4,1 de nuestro Código tras la reforma de 1974), pero esta cuestión rebasa el objeto de este trabajo. 6°. Como señalan Lalaguna¹³² y Albadalejo¹³³ el recurso al método analógico constituye un procedimiento de aplicar los principios informantes, extendiéndolos de un supuesto regulado a otro carente de regulación¹³⁴.

C. El derecho natural.— Los principios del derecho y el derecho natural tienen en común su naturaleza ideológica y por tanto no constituir norma escrita. Por tanto su distinción es más difícil, No obstante no cabe confundir ambas figuras pues el derecho natural tiene una naturaleza normativa directa mientras los principios de suyo constituyen a la vez la razón y la fundamentación de esa fuerza normativa, tienen una naturaleza intelectual.

5. Supuestos especiales

A. El problema de la contradicción entre principios.— Los principios legales, *si están justificados racionalmente*, nunca son contradictorios en abstracto o sea aisladamente considerados. No obstante, en todos los sistemas jurídicos, principios igualmente admitidos por el sistema y cuya validez y justificación en abstracto son evidentes, al ser aplicados, llevan a soluciones incompatibles entre sí. Ello se debe a que en abstracto contemplamos un elemento aisladamente considerado y en la aplicación práctica entra en juego la interrelación entre todos los elementos concurrentes en una situación de hecho determinada. Por ejemplo, ante un vacío legal, se pueden plantear el problema de recurrir sea al principio de analogía (en virtud del cual situaciones similares piden soluciones iguales), sea al principio a tenor del cual lo no prohibido es lícito; lo que nos puede llevar a soluciones prácticas muy distintas.

¹³² LALAGUNA. Ob. cit., p. 501.

¹³³ ALBADALEJO. Ob. y vol. cit., pág 123.

¹³⁴ Sobre los problemas de la analogía y del principio de analogía véase LLUIS Y NAVAS, J. "La analogía en la aplicación del derecho", en *Liber amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Tº I, Córdoba de Argentina, 2010, pág 81 y sig.

En ninguno de los sistemas que hemos estudiado hemos hallado reglas para superar esta dificultad, por lo cual entendemos que en todos ellos la solución queda reservada a los Jueces.

Un caso importante de contradicción entre principios lo plantea el Derecho penal. Hoy en día predomina el *principio de reserva legal (penal)*, fruto de las doctrinas del Marqués de Beccaria y en virtud del cual solo cabe sancionar por delitos y según penas prefijadas con anterioridad a los hechos castigados. Este principio es a su vez derivación del de seguridad puesto que se dirige a amparar a los particulares frente a posibles desmanes de los políticos, sometiéndoles a sanciones imprevistas e injustificadas. No obstante el inconveniente de la reserva penal es que puede a su vez dar lugar a inseguridades, al dejar sin castigo a grandes delincuentes que cometen sus desmanes amparados en resquicios de la ley. Y el principio de predominio de la justicia y otro aspecto del de seguridad (a tenor del cual no debemos estar desamparados frente a los delincuentes) piden el principio de analogía penal. Ante este dilema la gran mayoría de las legislaciones han considerado riesgo mayor la analogía penal y han optado por excluirla. Sin embargo tres legislaciones optaron por la solución contraria: la democrática Dinamarca, la Alemania nacional-socialista y la URSS. Señalamos las diferencias políticas de los tres Estados que optaron por la analogía penal para destacar que la opción a favor de la misma no está vinculada necesariamente a una posición política determinada. Con todo hay que señalar que los tres países abandonaron la analogía penal ¹³⁵.

B. La excepción de orden público.— La figura de la excepción de orden público es general en los sistemas nacionales de Derecho Internacional privado y en virtud de la misma se deja sin efecto la posible aplicación del derecho extranjero cuando éste choca con las concepciones esenciales del derecho nacional, es decir cuando choca con sus principios jurídicos esenciales.

C. Los aforismos legales.— Determinados principios se formulan mediante frases breves, algunos en latín por haberlos recogido ya el derecho romano (por ejemplo *pacta sunt servanda*). En todo caso principios y aforismos se diferencian en cuanto que de suyo los aforismos no son propiamente principios sino el modo de expresarlos. El principio es esencial y el aforismo el medio o vehículo de proclamarlo. Además no todos los principios han sido expresados mediante aforismos.

¹³⁵ Sobre otro problema de variantes operativas de los principios, en este caso el de tutela de los débiles véase CH. G. SOMMER. “La ignorancia de la ley en lo social y culturalmente débiles”, en *Liber amicorum en homenaje al Prof Dr. Luis Moisset de Espanés*, Tº I, Córdoba de Argentina, 2010, p. 107 y sig.

Conclusión

Operatividad de la ley de sustitución.— A tenor de esta ley de la ciencia del Derecho comparado *cuando la legislación de un Estado no permite resolver directamente un problema insoslayable, se procede a forzar las disposiciones existentes para resolverlo* ¹³⁶. El estudio comparado de las fuentes del derecho romano-germánico nos permite apreciar que, en materia de principios jurídicos, esta ley opera: 1º. Cuando, ante la insuficiencia de la ley escrita para resolver los litigios, el ordenamiento de un país desconoce las fuentes subsidiarias admite de hecho otras prácticas, fundamentalmente interpretativas, que permiten recurrir, directa o indirectamente, a los Principios legales. 2º. Cuando entre las fuentes subsidiarias no se incluyen los Principios del Derecho, pero se fijan otras fuentes (Derecho natural, analogía, etc.), éstas implican a su vez tener en cuenta los principios legales. 3º. Cuando en un sistema legislativo, los principios se reducen sea a los generales, sea a los positivos, la jurisprudencia, al solucionar los casos concretos, se ve forzada, sea a elevarse de los principios positivizados a los generales que los fundamentan, sea a descender de principios generales a los específicos que pide el caso concreto.

¹³⁶ Sobre las Leyes de la ciencia del derecho comparado véase RODIÈRE, Renato. *Introduction au droit comparé*. Barcelona, 1967, p. 31 y LLUIS Y NAVAS, J. *El derecho laboral...*, p. 6.