

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO

Franck Moderne

Prólogo de
Eduardo García de Enterría

Compilación y traducción de
Alejandro Vergara Blanco



FRANCK MODERNE, autor de esta obra, es Profesor Emérito de la Universidad de París I (Panteón-Sorbona) y ex director de su Centro de Derecho Público Comparado de los Estados Europeos y del Diploma de Estudios Profundizados de Derecho Público de los Estados Europeos.

Es Doctor *honoris causa* de la Universidad Complutense de Madrid (España).

Es codirector de la *Revue française de droit administratif* y autor prolífico de libros y de artículos de revistas especializadas, publicadas tanto en Francia como en España e Hispanoamérica.

Entre sus obras destacan: *Traité des contrats administratif* (con A. de Laubadère y P. Devolvé), París, 1983-1984; *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution a l'étude du jus puniendi dans les démocraties contemporaines*, París, Económica, 1993; *La sous-traitance de marchés publics*, París, 1995; *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, París, 1998.

En Chile se han publicado diversos trabajos de su autoría, fruto de conferencias o ponencias a las Jornadas Chilenas de Derecho Público, a las que ha asistido varias veces en sus múltiples viajes a nuestro país.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Traducción realizada con la autorización de los editores.

Los títulos y sede de edición original en lengua francesa de los trabajos que se publican, son los siguientes:

§ 1. *Légitimité des principes généraux et théorie du droit*. Publicado en la *Revue française de droit administratif*, 1999, pp. 722-742.

§ 2. *Actualité des principes généraux du droit*. Publicado en la *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 495-518; y en AVRIL, Pierre y VERPEAUX, Michel (dir.): *Les règles et principes non écrits en droit public* (Université Panthéon-Assas [Paris II] – LGD) Diffuseur, 2000), pp. 47-78.

§ 3. *Y a-t-il des sources complémentaires de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française?* Publicado (en inglés) en *Constitutional Justice under old Constitutions* (ed. E. Smith), Kluwer Law International, La Haya, 1995; y la versión francesa (aquí traducida) en *Les Petites Affiches*, 7 octubre 1992, pp. 7-15.

§ 4. *Sur une méthode d'interprétation du Conseil d'État français: le recours aux principes dont s'inspirent des textes écrits du droit privé*. Publicado en *Problèmes d'interprétation. A la mémoire de Constantin N. Kakouris*, Sakkoulas y Bruylant, 2004, pp. 285-302.

§ 5. *Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle? (à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les États européens)*. Publicado en la obra (bajo la dirección) de F. Delpérée, *Le principe de subsidiarité* (Bruselas, ed. Bruylant, 2001), y en la *Revue française de droit administratif*, 2001, pp. 563-588.

§ 6. *Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel français et espagnol*. Traducido sobre el original inédito.

§ 7. *À la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne*. Publicado en los *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, París, Dalloz, 2002, pp. 595-617.

© FRANCK MODERNE, 2005

© Alejandro Vergara Blanco, por la traducción 2005

© Editorial Jurídica de Chile, 2005

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Carmen 8, 4º piso, Santiago

Derechos exclusivos en español

Registro de Propiedad Intelectual

Inscripción Nº 151.146, año 2005

Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición en español de 500 ejemplares en el mes de noviembre de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1657-5

FRANCK MODERNE

Profesor emérito de la Universidad de París I

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO

Prólogo de

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid

Compilación y traducción de

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile



Este libro, publicado en el marco del Programa de Ayuda a la Publicación (P.A.P.), ha recibido el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Francia, de la Embajada de Francia en Chile y del Instituto Chileno-Francés de Cultura de Santiago

P PRESENTACIÓN

En el primer estudio que aquí compilamos, el profesor Franck Moderne expone cómo el tema de los principios generales del derecho es uno de los más controvertidos del derecho contemporáneo, siendo innumerables los estudios monográficos, obras y tesis consagradas al tema en las diferentes lenguas europeas. Ésta no es la realidad chilena, y operó en realidad como uno de los principales estímulos para traducir esta obra. En efecto, si bien existen destacables trabajos dedicados al tema, la atención prestada a él en nuestro país es esporádica, o cubre perspectivas que, si bien valiosas (como la Filosofía del Derecho), suelen dejar de lado su aplicación al orden jurídico vigente, a través de la dogmática jurídica especializada. Para qué decir de la realidad jurisprudencial, tan poco analizada entre nosotros, la que no ha ofrecido últimamente una especial riqueza en cuanto a creación de principios jurídicos.

Se pregunta el profesor Moderne por la "legitimidad" del recurso a los principios generales del derecho, cuestionamiento que lo lleva a analizar la legitimidad del derecho mismo en nuestras sociedades, incluso en las perspectivas que discuten los fundamentos del derecho moderno, perfilando un derecho "postmoderno" o incluso "neomoderno". A partir de Weber, cree encontrar Moderne el germen de los principios generales del derecho en la "racionalidad" atribuida al orden jurídico en el derecho moderno,

atribuyéndole a estos principios generales del derecho una legitimidad funcional: su contribución a forjar la coherencia del orden jurídico normativo y su utilidad para llenar las lagunas del derecho. Es en esta función de los principios generales del derecho de realización de un sistema jurídico coherente, señala Moderne, con prudencia y razón, que corresponde a los actores calificados de cada país, y aun de cada disciplina, verificar los principios que mejor ejercen ese rol, pues ello varía de país en país y de disciplina en disciplina.

Esta tarea es hoy esencial, y marca el cuidado con que ha de ser leído este libro: los principios específicos, o su contenido, aquí retenidos han ejercido un papel relevante en Francia, y aun en Europa, como lo pone brillantemente en evidencia el profesor Moderne. Es innegable que esta técnica jurisprudencial y doctrinaria no tiene un mayor desarrollo en Chile; y por lo demás con esta traducción no se espera influir en una transposición pura y simple de los principios abordados en este libro, ni de su contenido, a los problemas que deba enfrentar nuestra jurisprudencia, pues ello no resultará posible ni adecuado en muchos casos, y podría ser excepcional su aplicación directa. Ello deriva de diferencias insalvables de historia jurídica y social, idiosincrasia y sistema jurídico vigente. Aun más allá de estas posibles transposiciones, que en caso de ocurrir siempre serán excepcionales, es la aplicación del método mismo de los principios generales del derecho la mayor utilidad que podemos esperar para un lector chileno o de un sistema distinto, pero no ajeno, al francés; es la precisa técnica del recurso a los principios generales del derecho, más que el contenido de cada principio específico, la que nos ha servido de estímulo mayor para emprender esta tarea de traducción de los trabajos de Moderne.

Entonces, para nosotros es éste el comienzo de una tarea, que será de gran utilidad para todos los juristas chilenos, incluso hispanos e iberoamericanos: tomar mayor conciencia del papel preciso que pueden llegar a ocupar los principios generales del derecho en nuestro sistema jurídico; de su rol para la coordinación, sistematización y coherencia de una disciplina jurídica y aun de un orden jurídico; y en fin, de las exigencias a que podemos someter a nuestros jueces judiciales y constitucionales para su formulación creativa.

La historia de esta traducción es sencilla, y quizás similar a otras del género. En los últimos años pude constatar el interés creciente del autor en el tema, a través de la lectura de sus trabajos aquí reunidos, que fueron apareciendo en diversas sedes. Al presentar ante el profesor Moderne mi intención de traducirlos y reunirlos en un solo volumen, me manifestó lo ajeno que a la tradición editorial francesa era dicho tipo de obra; pero terminó por aceptarlo, lo que agradezco profundamente. Debo agradecer igualmente al profesor Eduardo García de Enterría el bello prólogo que dedica a esta obra, y en especial su entusiasmo y al estímulo que me transmitió para llevar a cabo este trabajo.

Esta traducción, además, marca una década de colaboración entre la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y el Instituto de Estudios Ibéricos e Iberoamericanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pau, en Francia, y de amistad con sus integrantes.

El profesor Moderne, fundador del Instituto y director por largos años, y su sucesor y actual director, profesor Pierre Bon, han realizado una fructífera y generosa colaboración con nuestra Universidad, la que ha generado trabajos de derecho comparado, traducciones (como la que ahora se presenta), investigaciones, conferencias y sesiones de trabajo, traduciéndose en un constante estímulo por mejorar nuestro trabajo universitario. Los profesores Moderne y Bon han animado y potenciado no sólo el trabajo profesional en las aulas de clase de nuestra Universidad, en especial de doctorado, sino que han sido participantes en varias ocasiones en las tradicionales *Jornadas chilenas de derecho público*, como consta en sus Actas anuales, expandiendo así su actividad a varias otras universidades de nuestro país, siendo ellos ampliamente conocidos por nuestros colegas profesores de derecho público.

Además el 2003 marca el inicio de una especial colaboración de la Embajada de Francia en Chile, a través de su Instituto Franco-Chileno y su Agregado Cultural y Científico, con el programa de doctorado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, lo que esperamos redunde en beneficios directos para la ciencia jurídica chilena.

En la traducción que ofrezco de esta obra reunida del profesor Moderne he intentado en todo lo posible ser fiel a los términos del original francés, del que sólo me he despegado en la medida necesaria para hacerlo más comprensible según la sintaxis del castellano, y he mantenido casi todas sus expresiones más libres y su fino humor. He agregado, al final, un índice de autores citados. Espero la indulgencia del autor y de los lectores ante eventuales traiciones al verdadero sentido del texto.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
*Profesor de Derecho Administrativo
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

PRÓLOGO

Tantas veces el profesor Franck Moderne ha patrocinado la publicación en Francia y en sus editoriales y revistas de trabajos de iuspublicistas españoles e iberoamericanos, con toda frecuencia traducidos por él mismo, que produce sincera alegría ver que esta vez es él quien ve trabajos suyos traducidos al español y publicados en nuestras propias editoriales, esta vez en una chilena, por feliz iniciativa del profesor Alejandro Vergara Blanco.

Franck Moderne es un aquitano que comenzó su carrera universitaria en Pau, carrera que acaba de concluir con su reciente jubilación en la prestigiosa Universidad de París I, Panteón-Sorbona. En uno y otro sitio, el profesor Moderne, a la vez que contribuía de forma destacada y resuelta al desarrollo del brillantísimo iusadministrativismo francés, del que proceden los administrativismos del mundo entero, ha servido con fidelidad ejemplar a una tarea específica que él se impuso desde sus inicios universitarios: atender al estudio sistemático del Derecho Público de todos los países ibéricos e iberoamericanos de una y otra orilla del Atlántico (y del Pacífico, naturalmente) y también las relaciones personales con los respectivos cultivadores, que ha mantenido de forma admirable con su incansable actividad viajera. El Instituto por él fundado en la Universidad de Pau con este objeto (Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérique-Américaines) tuvo la fortuna de

encontrar continuadores cuando él se desplazó a París, especialmente en la persona del profesor Pierre Bon, su actual director, con lo que ha llegado a la perfecta institucionalización.

Y ahora es el momento en que los autores que nos hemos beneficiado de esa generosa y constante atención del profesor Moderne paremos un momento nuestra atención para estudiar la meritoria obra que Moderne mismo ha escrito como administrativista francés de muy primera línea. Las traducciones de obras jurídicas de un idioma a otro no son, normalmente, fáciles, porque los diversos países suelen tener sistemas jurídico-positivos no siempre trasladables y, con alguna frecuencia, ni siquiera comprensibles, por la serie de implicaciones previas que requeriría su explicación completa. Son muchos, y todos relevantes y de vanguardia, los libros y trabajos que el profesor Moderne ha escrito sobre el Derecho Administrativo francés, del que es uno de los autores más autorizados, respetados y escuchados. Su espléndida labor fundando primero y luego sosteniendo con admirable eficacia la muy importante *Revue française de droit administratif*, de la que sigue siendo Director junto a Pierre Devolvé, lo acredita por sí sola, si hubiese necesidad de aportar un signo rápidamente reconocible. Esa revista, que entra ahora en su año veinte, ha pasado a ser, sin disputa, la más autorizada en toda Francia en el campo del Derecho Administrativo, campo en que ha perdido peso, notoriamente, la antigua ¡más que centenaria ya! y prestigiosa *Revue de droit public*, cada vez menos atenta a los temas específicos de Derecho Administrativo, campo en el cual el resto de las revistas son sobre todo informativas de jurisprudencia y de productos legislativos nuevos, y que no resultan por ello comparables con la *RFDA*, cuya riqueza de contenido, distribuida en varias rúbricas especializadas, es ya indispensable para adentrarse en profundidad en el administrativismo francés. Sólo el lanzamiento, el afianzamiento y aun perfeccionamiento constante de esta publicación, que es hoy, sin disputa, el primer órgano de expresión del Derecho Administrativo de su país, como indica su título feliz, bastaría para que Moderne haya pasado ya a la historia de ese producto tan característicamente francés que es el Derecho Administrativo, en el que todos los administrativistas de otras lenguas debemos aún seguir alimentándonos.

Pero con independencia de los múltiples trabajos monográficos que Franck Moderne como jurista positivo en ejercicio ha publicado, es posible escoger entre su extensa producción una serie, aparentemente dispersa, de trabajos de alcance más general que el que pueda resultar de la "docta micrología" que suele entretener a los juristas positivos, y que sólo los que no lo son pueden pretender desdeñar. Esa serie de trabajos puede iniciarse, como ha hecho la recopilación que se recoge en el presente libro, con sus muchas reflexiones sobre los principios generales del Derecho, una técnica que en el ámbito del Derecho Administrativo, precisamente, es genuinamente francesa y que por ello nuestro autor conoce, matiza y sabe valorar como muy pocos autores podrían hacerlo.

El Derecho Administrativo ha tenido que ser construido en todos los Estados occidentales sobre la base de uno de los grandes principios que alumbraron la Revolución Francesa, y hoy felizmente generalizado en todos los Estados democráticos, el principio de que toda competencia de poder público ejercitable sobre los ciudadanos debe haber sido atribuida precisamente por la ley, limitada por ella, controlable por el juez a través de ese canon general de la legalidad de los límites que de ella, y del sistema legal en su conjunto, resultan. Esa, y no otra, es la historia del Derecho Administrativo español, por citar el ejemplo que tengo más a mano, el cual, por ello mismo, no puede decirse que estuvo verdaderamente constituido hasta que no se instaló, en 1956 concretamente (fecha tan tardía, para nuestra desgracia), una genuina jurisdicción contencioso-administrativa capaz de imponer a la Administración el respeto pleno de esa legalidad, por la cual, y sólo por ella, la Administración actúa.

Pero no fue ése el modo en que en Francia, precisamente, se pusieron las primeras piedras de ese importante sector del ordenamiento jurídico. En Francia la construcción pionera de un Derecho Administrativo se hizo al margen de dogmatismos enfáticos, sobre una base apenas empírica, protagonizada por una institución singular, que cuenta, sin duda posible, entre las más relevantes, perspicaces y creadoras instituciones jurídicas de toda la historia universal del Derecho, el *Conseil d'État*. No voy a intentar contar ahora la historia, bien conocida, de esa magna creación histórica del Derecho Administrativo francés, que puede estimarse concluida en sus grandes líneas de base a comienzos del siglo XX, con el especta-

cular desarrollo de esa curiosa institución, imaginada y desarrollada de arriba abajo por el Consejo de Estado, el "recurso por exceso de poder", que aun hoy siguen creyendo la mayor parte de los administrativistas franceses que es un curioso "recurso objetivo", cuya función no sería la de proteger derecho alguno del ciudadano, sino la de asegurar un control mayestático sobre la Administración, que el Consejo de Estado vendría a ejercer como antiguo asistente que fue del Emperador Napoleón y gestor de su control general sobre el aparato administrativo, control objetivo que el particular simplemente excitaba o inducía a ejercer; se trataría así (y, evidentemente, así fue exactamente en sus primeros pasos, cumplidos ya con una sorprendente precocidad en vida del Emperador mismo) más de una denuncia que de un verdadero recurso de protección. El Consejo de Estado fue forjando una serie de reglas para efectuar ese control supuestamente "objetivo" que prácticamente no se apoyaba en textos legales explícitos, o a lo sumo en muy pocos de los preceptos de tales textos. La sabiduría del Consejo de Estado fue perfilando esas reglas, configurándolas cada vez con mayor precisión, con una virtual libertad y perfeccionándolas sucesivamente en una ejemplar evolución progresiva de su jurisprudencia. Los iuspublicistas franceses concluyeron por calificar los criterios de decisión de que hacía gala el Consejo de Estado al resolver recursos por exceso de poder como principios generales del Derecho, dada su sustantividad respecto de las normas jurídicas escritas y el hecho de que el propio Consejo los configuraba y los hacía evolucionar con una virtual libertad, por el carácter exclusivo de su jurisdicción. El Derecho Administrativo francés se formó, sobre todo a partir del siglo XX, sobre la base de la exposición y la sistematización de esos principios o criterios de decisión de formulación mucho más jurisprudencial que legal. Sólo ya en vísperas e inmediatamente después de la segunda guerra mundial se calificaron esos criterios en los primeros estudios teóricos como verdaderos "principios generales del Derecho", destacados, formulados y sistematizados por la rica y evolutiva jurisprudencia del Consejo de Estado.

Aunque el proceso de legalización de la organización y la actividad de la Administración se ha desarrollado notablemente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el Derecho Administrativo francés sigue siendo, aun hoy, un Derecho de formulación y evolución

esencialmente jurisprudencial. El Consejo de Estado sigue siendo el origen de lo más sustancial de sus reglas, aunque éstas deban articularse con preceptos constitucionales y legales, lo cual caracteriza al Derecho Administrativo francés respecto a los demás europeos, en general, todos ellos formados alrededor de ordenaciones legales antes que jurisprudenciales. Los administrativistas franceses, y Franck Moderne es uno de sus especímenes más caracterizados, son por ello unos juristas muy singulares en el concierto europeo del iuspublicismo. Continúan haciendo un estudio puntual y analítico del corpus jurisprudencial que la actividad de control del Consejo de Estado (y hoy también de los tribunales inferiores) continúa desarrollando y, tras la formulación de los grandes criterios teóricos que intentaron los grandes juristas del primer tercio del siglo XX (Duguit, Hauriou, Jèze, y pocos más), es la exposición de esos criterios jurisprudenciales, sistematizados y analizados *ad nauseam*, lo que constituye la mayor parte del iusadministrativismo francés.

A esto se ha unido la circunstancia de que el Conseil Constitutionnel aparecido con la Constitución de 1958 de la V República (novedad absoluta en el constitucionalismo francés) ha concluido por formular como sustantivos unos "principios generales de la República" que junto al texto escrito de la Constitución nutren el llamado "bloque de la constitucionalidad", principios cuya formulación y virtualidad se inspiran claramente en la experiencia histórica del Consejo de Estado, aunque tengan, naturalmente, otro contenido y otra función.

Por eso una teorización de la técnica específica de los principios generales del Derecho formulada por un administrativista francés se parece normalmente poco a las formulaciones teóricas que en el resto de los países europeos suelen hacer los filósofos del Derecho. Lo que éstos conocen como principios generales suelen ser formulaciones más o menos abstractas, absolutamente lejos tanto de los métodos del viejo Pretor romano como de los más actuales del Consejo de Estado francés, esto es, de los creadores con su jurisprudencia de tales reglas no legalizadas, o sólo imperfectamente legalizadas.

He aquí, pues, que en el país de la legalidad (como Tocqueville llamó tempranamente a Francia) han acertado a introducirse unos parámetros jurídicos que no son exactamente leyes,

aunque participen de un valor que aunque formalmente se considere inferior al de éstas se sobrepone a todos los decretos, tanto del Consejo de Ministros como presidenciales.

Son estos "principios generales del derecho" propios del sistema jurídico francés, tan peculiares, los que Franck Moderne ha estudiado en la serie de trabajos que este volumen recopila acertadamente. Aunque la expresión "principios generales del Derecho" la usan los filósofos del Derecho en un sentido un tanto evanescente y a menudo impreciso, ninguna de estas notas podrían caracterizar a lo que la expresión significa en el Derecho Administrativo francés, como antes noté. Son, pues, estudios de verdadero Derecho positivo los que aquí se consideran en su mecanismo perfectamente preciso de funcionamiento.

Estas reflexiones se presentan, pues, como especialmente oportunas para los iuspublicistas positivos, que somos tantos, y a menudo adolecemos de perplejidad para abordar valoraciones de casos prácticos perfectamente singularizados. El Derecho Administrativo, especialmente, es la rama jurídica donde confluyen normas escritas nutridas y especialmente numerosas y con frecuencia casuísticas y asistemáticas. El exceso de normas escritas en nuestro campo, su casuismo y su mutabilidad desenfrenada, hace a menudo imposible intentar buscar en ellas pautas seguras para resolver los conflictos que suscita todo caso práctico. He aquí por qué en el Derecho más superlegalizado entre todos, el legalismo positivista estricto se hace paradójicamente imposible. Esta experiencia común, sobre la que muchos hemos llamado la atención más de una vez, hace especialmente oportuno en nuestro campo la técnica, bien depurada, de los principios generales del Derecho. La disposición que este libro facilita de tener ahora en lengua española las autorizadas reflexiones del profesor Franck Moderne sobre esta técnica concreta debe ser saludada, por ello, con la mayor atención y con sincera gratitud.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
*Profesor Emérito de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid*

NOTA INTRODUCTORIA DEL AUTOR

Las pocas líneas que sigue no tienen por objeto ni por ambición resumir, para los lectores de lengua española, mis reflexiones o mis posiciones adoptadas a lo largo de mi carrera de profesor e investigador, sobre los principios generales del derecho, en sus relaciones con la teoría del derecho o con el derecho positivo —reflexiones y posiciones adoptadas, que son expuestas en los distintos estudios reunidos aquí por el profesor Alejandro Vergara Blanco.

No se trata en todo caso de situar de manera precisa los principios generales del derecho en la jerarquía normativa tal como está construida (y más o menos estabilizada) en los Estados que provienen de la gran familia romano-germánica —o tal como se presenta ante nuestros ojos en los países del *Common Law*.

Pero debo en primer lugar agradecer calurosamente al profesor Vergara Blanco haber llevado a cabo la pesada tarea del traductor y de poner así a disposición del público hispanohablante escritos que, sin su recolección, habrían seguido dispersos y que fueron redactados en un contexto específico, el del derecho administrativo propiamente dicho —de la obra jurisprudencial bisecular del Consejo de Estado, que es nuestro juez administrativo supremo.

Es cierto que el concepto y la técnica misma de los principios generales del derecho desbordan las fronteras, en la medida

en que ellos corresponden esencialmente a un método y a un razonamiento del juez que se pueden dar por universales.

Es verdadero también, como lo ha destacado el famoso iuspublicista español Eduardo García de Enterría, que los principios generales del derecho expresan "los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico; aquellos sobre los cuales se constituyen como tales todas las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad" (en *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984).

Dicho esto, procede separar los principios metajurídicos —que provienen de la moral, de la ética, de la filosofía, de la economía, de la política, de la sociología o de la teología— y los principios propiamente jurídicos, que ejercen una función determinada y capital en el mundo del derecho.

Los principios generales sólo pueden llegar a considerarse como principios de derecho si —y en la medida en que— ellos mismos producen efectos de derecho, o se insertan en el orden jurídico de un Estado o de un conjunto de Estados. Tal es la condición *sine qua non* de su juridicidad. Y su instrumentalización usual por disciplinas exteriores al derecho no debiera afectar al análisis o la interpretación, las cuales deben efectuarse con ayuda de los métodos del derecho entendido como disciplina científica.

Esta inserción —o reinsertión— de los principios generales en el ordenamiento jurídico autoriza a apreciar y a medir el impacto en la ciencia jurídica y en la teoría del derecho. Este impacto, en definitiva, todavía ha sido significativo en el derecho llamado "moderno" (el que pareciera se ha fundado sobre la razón humana desde el tiempo de las Luces y de la verdadera revolución intelectual que ha marcado profundamente el siglo XVIII).

Sin duda el reino de la ley surgido de la Revolución Francesa de 1789 y revelador a este título de una concepción ideologizada de la ley como expresión de la voluntad general del pueblo soberano, en el contexto político de la democracia representativa, ha elevado al texto legislativo escrito a la cima del ordenamiento jurídico —y reduce correlativamente, al menos en apariencia, el rol del juez en la elaboración del derecho—. Pero los principios generales del derecho muy pronto comenzaron a servir para colmar las lagunas inevitables de la ley y para confe-

rir una coherencia mínima a textos heteróclitos y a menudo ambiguos o dudosos.

Ahora bien, estos principios son la obra del juez (judicial o administrativo) y dan prueba al más alto grado de la función normativa de toda jurisdicción. Será necesario terminar con aquella ficción según la cual el juez se limitaría a interpretar y aplicar a ciegas la ley. Es claro que el juez necesariamente está llamado a "decir el derecho" (*jurisdictio*) y a imponer a los interesados el estricto respeto de sus decisiones (*imperium*) dado que ellas son emitidas a nombre del propio pueblo. Él hace con ello una obra normativa, cualquiera que sea el alcance exacto de las normas jurisprudenciales.

Añadamos que en el mundo contemporáneo, que es el nuestro, sometido a las convulsiones que implican tanto la globalización de las relaciones económicas como la avalancha incontrolada de leyes internas (y de otros textos normativos internos) o la internacionalización progresiva de las normas jurídicas, el rol de los principios generales del derecho se encuentra consolidado por la necesidad imperativa de preservar una seguridad jurídica de base indispensable a todos los usuarios del derecho --y de encontrar, detrás de las soluciones parciales de litigios, los datos a veces difícilmente localizables, el refuerzo de los elementos que constituyen la trama y la referencia poco a poco estabilizada del razonamiento jurídico.

Por lo demás, en nuestras sociedades devenidas hasta tal punto a la desigualdad de las sociedades de información y de las sociedades de riesgos (no sólo de los riesgos económicos, sino también de los riesgos vinculados a la evolución de las ciencias y tecnologías), los principios generales del derecho correctamente manejados tienen la vocación de controlar los cambios o al menos de justificar los compromisos que el derecho debe resolver. Estos principios no cesarán por tanto de ser jurídicos pero lo serán de otro derecho, en gestación, del que ellos serán los vectores privilegiados.

Así pues, más allá de una función histórica constantemente reivindicada y asumida, los principios generales del derecho permitirán mantener el necesario vínculo entre el pasado y el presente, entre lo conocido y lo menos conocido, entre la ética y los

comportamientos sociales admitidos. Destacar su permanencia y su actualidad, es también recordar el rol eminente del juez en la elaboración de la norma de derecho.

Es necesario pues prestarles atención.

FRANCK MODERNE

ABREVIATURAS

<i>AJDA</i>	:	<i>Actualité juridique. Droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	:	<i>Actualité juridique. Fonction publique</i>
Art.	:	artículo
Ass.	:	Assemblée du contentieux du Conseil d'État (Asamblea del contencioso del Consejo de Estado)
<i>BJCP</i>	:	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
c.	:	contra
c. civ.	:	Código Civil
<i>CJEG</i>	:	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
concl.	:	conclusiones (del <i>Commissaire du gouvernement</i>)
CE	:	Conseil d'État (Consejo de Estado)
c. trab.	:	Código del Trabajo
<i>D.</i>	:	<i>Dalloz</i> (Recueil)
decis.	:	decisión
<i>Dr. ouvr.</i>	:	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	:	<i>Droit social</i>
ed.	:	edición
y s.	:	y siguientes
fasc.	:	fascículo
<i>Gaz. Pal.</i>	:	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Grands arrêts</i>	:	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> , 13ª ed., Dalloz, 2001
HLM	:	Habitation (s) à loyer modéré (Habitación de renta moderada)

JCP	:	<i>Jurisclasseur périodique. La semaine juridique</i>
Obs.	:	observaciones
p.	:	página (s)
Rec.	:	<i>Recueil des décisions du Conseil d'État</i>
Req.	:	<i>requête</i> (demanda, requerimiento)
Rev. adm.	:	<i>Revue administrative</i>
Rev. trim. dr. eur.	:	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RDP	:	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
RFDA	:	<i>Revue française de droit administratif</i>
S.	:	Sirey
SARL	:	Société à responsabilité limitée (Sociedad de responsabilidad limitada)
SC	:	<i>Sommaires commentés (Recueil Dalloz)</i>
Sect.	:	Section du contentieux (du Conseil d'État) [Sección del contencioso (del Consejo de Estado)]
t.	:	tomo
v.	:	ver

§1. LEGITIMIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y TEORÍA DEL DERECHO

El tema de los “principios generales del derecho” es sin duda uno de los más tradicionalmente controvertidos del derecho contemporáneo; al menos en los países que reivindican la cualidad de Estado de derecho. Innumerables son las obras, tesis o estudios monográficos que le han sido consagrados en las diferentes lenguas europeas, y el manantial no parece agotarse.¹

Recordar en tal contexto la “legitimidad” del recurso a los principios generales del derecho pareciera desde cierto punto de vista una pregunta recurrente, incluso un poco provocativa.

¹ No es posible ofrecer una bibliografía, siquiera sumaria y reducida, de aquellas obras y publicaciones jurídicas referidas, principal o parcialmente, a este problema. En cuanto a los estudios en lengua francesa, es muy útil la bibliografía ofrecida por B. Genevois, con ocasión de una de las más célebres ilustraciones del fenómeno: la creación de principios generales del derecho administrativo por el Consejo de Estado francés (v. “Principes généraux du droit”, en *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*, edición de 1998) (v. también, R. Chapus, *Droit administratif général*, 12ª ed., t. I, Montchrestien, 1998, p. 108, Nº 156; F. Moderne, “Actualité des principes généraux du droit”, en *RFDA* 1998, p. 495 y s. [§ 2 de este libro]).

¿No son los principios generales del derecho sino, según una acertada fórmula de Otfried Höffe,² un "contrapunto" en la teoría del derecho moderno? ¿No asumen ellos de manera constante una función de armonización en el seno del orden jurídico, donde las figuras yuxtapuestas no diseñan naturalmente composiciones melódicas espontáneas?

"Principios generales del derecho", "*principes généraux du droit*", "*rechtsprinzipien*", "*principi generali del diritto*", "*general principles of law*", "*princípios gerais do direito*", los parentescos semánticos evidentes traducen referencias comunes a las mismas fuentes del pensamiento jurídico occidental, tal como se ha desarrollado desde el siglo XIII y sobre todo desde el Siglo de las Luces. Pero ellas ocultan discrepancias significativas que se manifiestan desde que el intérprete inicia el esfuerzo por profundizar su sentido y significado.

Si tomamos la expresión "principios generales del derecho" al pie de la letra, todos los términos pueden ser ponderados y, eventualmente, relativizados.

— ¿"Principios"? La etimología (del latín *principiūm*) nos enseña que el término se refiere a un origen, una causa primera, una matriz de donde se desprenden reglas y comportamientos.³ Pero el lenguaje jurídico manifiesta profusamente que los principios son analizados aquí más bien como consecuencias, resultados que se extraen, ya sea de textos de derecho positivo, sea de decisiones de justicia, sea de la costumbre, sea de la doctrina que les da su configuración y les asigna un rango en el orden jurídico. Los historiadores han mostrado, en síntesis, que en derecho romano los principios no eran siempre elementos *a priori* de un sistema jurídico, sino una especie de recapitulación sintética del derecho existente.⁴

² *Kategorische Rechts Prinzipien. Ein Contrapunkt der Moderne*, Suhrkamp Verlag, Francfort-sur-le-Main, 1990 (v. una traducción en francés, prologada por P. Ricœur, *Principes du droit*, Cerf, 1993).

³ Dos ilustraciones entre tantas otras de la filosofía francesa: "Yo he intentado encontrar en general los principios o primeras causas de todo aquello que es o que puede ser en el mundo" (Descartes, *Discours de la méthode*, VI, 3); "Diversas clases del sentido derecho: los unos surgen como consecuencias de pocos principios y es una rectitud de sentido" (Pascal, *Pensées*, art. 1°, 1).

⁴ En este sentido, véase por ejemplo: J. Mans, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, p. XXXIII.

La ambigüedad de las construcciones léxicas del genitivo ya no sólo destaca “principios del derecho”: puede también enunciar tanto una relación causal (los principios que están en el origen del derecho, de donde se desprende el derecho), como una relación de pertenencia (los principios que se pueden encontrar en el derecho, que forman parte del derecho en tanto que enunciados jurídicos). No podemos evitar reconocer que la acepción más corriente privilegia el segundo enfoque; en la medida en que ella permite insertar los principios en el cuerpo mismo del derecho y evitar así situarlos al exterior del derecho, como principios metajurídicos o ajurídicos (morales, políticos, sociológicos, etc.).

Seguiremos entonces este uso.⁵

— ¿“Generales”? Los principios de derecho son calificados así sin que esté claramente precisado a partir de qué grado de generalidad un principio merece la denominación de “principio general”. Norberto Bobbio recuerda con razón que hay muchas formas de concebir la “generalidad” de un principio: a nivel de una institución, de una materia, de una rama del derecho, del orden jurídico entero.⁶ Según el mismo autor, sería oportuno separar los principios generales del derecho de significado categorial y los principios generales del derecho de significado universal (que remiten en definitiva al derecho natural).

En todo caso, la generalidad de un principio no aparece, *prima facie*, como fácilmente medible; aún más, si ella condiciona en los hechos el campo de operación del principio. No es raro, por lo demás, que el término “general” sea omitido en la presentación de los “principios”⁷ del derecho, sin que el análisis sea por esto alterado.

⁵ Es posible que haya habido, por lo demás, una inversión histórica del sentido, y que la “norma” (*regula*) que hoy en día estamos de acuerdo en oponer a “principio”, haya tenido, en derecho romano, el significado de “principio”, pues el derecho propiamente dicho era identificado por el término “jus” (“*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*”, Digesto, 50, 17, 1).

⁶ N. Bobbio, *Principe generali di diritto*, en *Contributi ad un dizionario giurídico*, Giappichelli, Turín, 1994.

⁷ Por ejemplo: O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, Suhrkamp Verlag, Francfort-sur-le-Main, 1990; R. Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979; A. Peczenik, “Principles of law. The Search for legal theory”, en *Rechtstheorie*, 2, 1971; J. Raz, “Principles and the Limits of Law”, en *The Yale Journal*, N° 81, 1972.

La pluralidad de los principios generales del derecho en los órdenes jurídicos nacionales es un testimonio, a la vez, de la vitalidad del concepto y de la dificultad de una taxonomía apropiada. Más que un cuerpo de principios generales, cuya arquitectura central se encontraría, con todas sus variantes, en cada uno de los sistemas, es una nebulosa, donde brillan más intensamente algunos astros; lo que recuerda que la panoplia contemporánea de estos principios es una "familia numerosa y más bien heterogénea", retomando otra fórmula de N. Bobbio.⁸

— ¿"Jurídicos"? ¿En qué aspecto los principios lo son? La denominación puede apenas concebirse para los principios que se constituyen y se desarrollan en el interior mismo del sistema de derecho del que ellos son una de las componentes. Ella debe ser rechazada para aquellos principios que se sitúan fuera del ordenamiento jurídico y que por esta razón evocan, desde el derecho romano, ya sea la moral (principio de *bona fides*, *fides*, *alterum non laedere*, etc.) o ya sea la lógica común (*non bis in idem*, *ubi major minor cessat*, etc.). Dado que los principios extrajurídicos pueden influir respecto de un sistema de derecho, e integrarse en tanto que "principios generales del derecho", no debe olvidarse que su origen debe ser buscado fuera del derecho mismo, y que ellos se prestan por este hecho a polémica en cuanto a la necesidad o a la efectividad de su "juridicización", es decir, de su inserción en el derecho positivo.

Para intentar introducir un poco de orden en lo que bien podemos llamar manifiestamente una cierta confusión conceptual, es útil recordar algunas clasificaciones doctrinales, que si bien no tienen el mérito de clarificar totalmente el debate, al menos pueden abrir algunas pistas de reconocimiento.

Es así como el *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*⁹ separa cinco tipos de principios generales del derecho, convencionalmente indicados como sigue:

— los "principios positivos del derecho" (normas explícitamente formuladas en los textos de derecho positivo o al menos construidas a partir de los elementos contenidos en estas disposiciones);

⁸ N. Bobbio, *op. cit.*, p. 263.

⁹ J. Wróblewski, voz: *Principes du droit* (PUF, 1993), p. 474 y s.

– los “principios implícitos del derecho” (reglas tratadas como premisas o consecuencias de las disposiciones del derecho positivo, sin estar ahí expresamente enunciadas);

– los “principios extrasistémicos del derecho” (reglas consideradas como principios, pero que no pueden ser ordenadas en las dos primeras categorías, pues son exteriores al derecho positivo);

– los “principios-nombres del derecho” (denominaciones sin carácter normativo que caracterizan los rasgos esenciales de una institución jurídica), y

– los “principios-construcciones del derecho” (instrumentos conceptuales propuestos en la elaboración dogmática del derecho o en la aplicación y la interpretación jurídica).

A nuestro entender, sólo las tres primeras series de principios serían reglas que producen por esta razón efectos de derecho; pero las dos últimas no podrían aspirar a un rango normativo, sea que ellas constituyan simples denominaciones, sea que se reduzcan a presupuestos útiles para la dogmática o para la práctica jurídica. Esta clasificación constituye, en resumen, una tipología “puramente descriptiva”¹⁰, un esfuerzo por tomar en cuenta el carácter polisémico de la expresión.

También podemos recordar la presentación propuesta por un autor español, A. E. Pérez Luño,¹¹ quien distingue, de manera quizás más convincente:¹²

– los principios generales del derecho como “metanormas” (*principia cognoscendi*), cuya función está ligada al conocimiento del derecho positivo, el que ellos aclaran e informan proporcionando a los usuarios e intérpretes del derecho los elementos lógicos o técnico-formales susceptibles de contribuir a la comprensión y, por eso mismo, a la aplicación y a la evolución del derecho positivo;

– los principios generales del derecho como normas (*principia essendi*), que forman parte de las reglas del derecho y de-

¹⁰ J. W., *ibid.*, p. 474.

¹¹ “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1997, Nº 98, p. 9 y s. Del mismo autor, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 39 y s.; *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 289 y s.

¹² Ya nos hemos referido a nuestro estudio: “Actualité des principes généraux du droit”, en *RFDA*, 1998, p. 495 y s. [reproducido como § 2, en esta edición].

ben ser ontológicamente conciliados con los otros enunciados normativos (cuya formulación puede ser expresa o tácita), y

– los principios generales del derecho como conceptos con dimensión axiológica (*prima principia*), postulados éticos portadores de los valores básicos que inspiran el orden jurídico en su conjunto (la justicia, el bien común o interés general, la seguridad jurídica, las buenas costumbres, la paz, etc.).

No es siempre fácil, constata el autor, clasificar los “principios” existentes en una u otra de estas categorías, y no puede descartarse que puedan ser utilizados con la misma denominación, pero de manera funcionalmente diferenciada.

Tenemos entonces razones para limitarnos, en el marco de este breve estudio, a aquellos de los principios normativos, o prescriptivos, que ordenan los comportamientos sociales en un sistema jurídico determinado.¹³ Es por este concepto, nos parece, que la “legitimidad” del recurso a los principios generales del derecho puede ser examinada; pues, no se puede poner en duda, sobre la base de criterios estrictamente jurídicos, la legitimidad de los principios simplemente paranormativos o la legitimidad de los principios axiológicamente determinados: los primeros se apoyan en consideraciones lógico-formales destinadas a facilitar la comprensión del derecho positivo; y los segundos implican la referencia a valores en sí mismos tributarios de opciones éticas necesariamente diversas y contingentes.

Pero aún no hemos evocado la célebre distinción establecida por R. Dworkin, cuya obra ha contribuido poderosamente a reanimar la polémica sobre los principios generales del derecho.¹⁴ Es necesario recordar que, para este autor, la diferenciación esencial se perfila entre las “normas” y los “principios”; estos últimos coexisten con las “políticas” (“*policies*”) en el seno de la categoría de los “*standards*”, de manera tal que llega a ser trivial precisar “prin-

¹³ Ver, sobre la definición de derecho, en lengua francesa, M. Troper, “Pour une définition stipulative du droit”, en *Droits*, 1989, N° 10, p. 101 y s.; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, éd. O. Jacob, 1997.

¹⁴ Ver sobre todo, *Taking Rights seriously*, Duckworth, Londres, 2ª ed., 1978 (traducción francesa: *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995); *A matter of principle*, Harvard UP, 1985; *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986; traducción francesa: *L'empire du droit*, PUF, 1993; *Freedom's Law, the moral reading of the American Constitution*, Oxford UP, 1996.

cipios en sentido estricto" o "principios en sentido amplio", según se desee excluir o incluir las "políticas" en el razonamiento.

Un "principio" no es una norma jurídica; es un "estándar que hay que aplicar, no porque él asegure el acceso a la protección de una situación económica, política o social juzgada como deseable, sino porque es una exigencia dictada por la justicia, la equidad o cualquier otra dimensión moral".¹⁵ Un "principio" no supone "fijar condiciones en las cuales su aplicación sea necesaria"; no implica "consecuencias jurídicas, que se desprendan automáticamente cuando estas condiciones se cumplen".¹⁶ Las "normas", a la inversa, en tanto que disposiciones específicas, determinan situaciones o comportamientos concretos a los cuales se asignan consecuencias jurídicas precisas. Ellas tienen un carácter eminentemente taxativo y deben recibir aplicación en su integridad a condición de que las exigencias requeridas para su validez sean respetadas.¹⁷ Si los "principios" configuran abiertamente sus condiciones de aplicación, las "reglas" no dejan ninguna libertad de elección a su destinatario. Pero unos y otros se conjugan de modo normativo: los principios como las reglas, expresan normas auténticas; como ellas, ellos definen los contornos de las acciones a realizar y tienen por función regular conductas a través de prescripciones jurídicas. En resumen, los "principios" dworkinianos (en estricto sentido) no se diferencian de las normas ni por el campo jurídico que ellos cubren, ni por la fuerza jurídica de sus proposiciones concretas, sino por la relativa "apertura" de sus condiciones de aplicación. Solamente los principios pueden soportar una ponderación por otros principios de valor igual o superior; las normas se combinan, por su parte, a partir de la jerarquía de las instituciones de donde ellas proceden o a partir de las funciones ejercidas por estas instituciones, pero no de su "peso" intrínseco.

No entraremos en la polémica (siempre viva) que ha producido la tesis del profesor de la New York University, sino que nos limitaremos a subrayar la primacía que él otorga a los "principios"

¹⁵ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 79.

¹⁶ *Ibid.*, eod. loc.

¹⁷ La fórmula más frecuentemente utilizada recurre a la aplicación de una regla jurídica bajo el modo de "todo o nada" ("all or nothing").

en el análisis de las normas jurídicas. Los "principios" (y por lo tanto los "principios generales del derecho")¹⁸ están situados en el corazón de la teoría llamada de la "integridad", en la cual Dworkin visualiza el mejor principio explicativo del "imperio del derecho".¹⁹ Esta primacía se justifica en la construcción elaborada por el autor en razón de la connotación moral de los "principios" en su calidad de fundamento del orden jurídico y de modo de expresión privilegiado de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Son los "principios", más que las "normas", los que son susceptibles de asegurar la coherencia y la plenitud del sistema normativo, y de confortar por lo mismo el régimen del derecho en los Estados democráticos contemporáneos.

Según algunos de sus críticos, la elección realizada por Dworkin habría ganado en el caso de haber sido mejor explicitada. Las distinciones entre los "principios" y los "valores", o entre los "principios" y los "derechos esenciales" de los ciudadanos, o entre los "principios" y las "políticas" carecerían a veces de consistencia, incluso de fuerza, en el mismo pensamiento del autor.²⁰ Lo cierto es que muchas presentaciones doctrinales hoy día se articulan en torno a estos temas así propuestos.

¹⁸ Incluso Dworkin casi no utiliza esta última expresión (ella no es desconocida en la lengua inglesa; véase R. B. Schlesinger, "The nature of General Principles of Law", en *Rapports généraux au VI Congrès international du droit comparé*, Bruxelles, 1963), ella no nos parece impropia, bajo reserva de recordar la concepción de principios "generales" en tanto que normas integradas en el orden jurídico. Nosotros descartaremos entonces la acepción de "principio", en el sentido amplio que engloba, como se sabe, a diferencia de los principios en sentido estricto, los "políticos" (*politics*), los cuales son presentados como "tipos de estándares que proponen objetivos que han de ser alcanzados, es decir, generalmente, una mejora en algún aspecto de la vida económica, política o social de la comunidad" (*Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 78 y s.), en que la articulación con los principios deja un margen de maniobra notable al legislador (los "políticos" pueden así servir para definir las condiciones de aplicación de los "principios").

¹⁹ Sobre esta teoría, ver *L'empire du droit*, *op. cit.*, PUF, 1994, p. 195 y s.

²⁰ Ver, sobre estos problemas, D. H. Regan, "Glosses on Dworkin: Rights, Principles and Politics", en *Michigan Law Review*, 1978-1979, N° 76; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; A. C. Pérez Luño, "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?", en *Revista de Estudios políticos*, 1997, N° 98, p. 9 y s.; A. M. Abellan, "En torno a la comparación y diferencia entre valores, principios y normas constitucionales", en *Revista vasca de Administración Pública*, 1997, N° 48, p. 253 y s.; G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.

Nos acercaremos a algunos puntos de vista de las concepciones sostenidas por Dworkin, en especial a aquellas que exponen dos autores españoles, M. Atienza y J. Ruiz Manero en una obra publicada en 1996.²¹ Los “enunciados jurídicos”, es decir, las “proposiciones jurídicas significativas” son analizadas y clasificadas según tres criterios: el criterio estructural, el criterio funcional y el criterio de conexión con los intereses de los individuos o las relaciones sociales de poder.

Los principios figuran con las “reglas” entre las “normas de mandato”; su función dominante, como la de las “reglas”, es “directiva”. Pero ellos difieren de las normas desde un punto de vista estructural, en cuanto al grado de determinación de los casos especiales a los cuales se aplican:²² si el caso especial está descrito de manera detallada y “cerrada”, se trata de una norma; si el caso especial permanece abierto, indeterminado, estamos en presencia de un principio.²³ De un punto de vista funcional, principios y normas proveen a sus destinatarios de razones categóricas para la acción; pero los principios *stricto sensu* (así como las directivas) no determinan perentoriamente los comportamientos a adoptar. En el plano de las conexiones con los intereses individuales o sociales, los principios están sustentados por valores que son considerados como imponiéndose a todo otro interés; al contrario que las normas, sea que establezcan deberes precisos (positivos o negativos) sea que fijen objetivos concretos a lograr.

Resulta de las observaciones que preceden que los principios generales del derecho, mas allá de los ropajes doctrinales, ocupan un lugar de privilegio en el orden jurídico normativo. Es lo que obliga a plantear la pregunta de la legitimidad del recurso a esta técnica, la que parece corresponder a una evolución teórica común de los derechos europeos.

²¹ *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

²² Ver el comentario de la obra por C. Bernal Pulido, en *Droit et Société*, N^{os} 36-37, p. 473 y s.

²³ Es conveniente matizar la presentación: al lado de los “principios” figuran las “directivas” (ellas se distinguen de los principios en cuanto los comportamientos que ellas prescriben son ellos mismos indeterminados); en cuanto a las “normas”, ellas se subdividen en “normas de acción” y “normas de fin” (las primeras prescriben el cumplimiento de una acción y las segundas apuntan la orientación de un cierto estado de cosas).

La legitimidad del recurso a los principios generales del derecho nos reenvía a la legitimidad del derecho mismo en nuestras sociedades.²⁴ De este vasto problema, sólo retendremos los elementos más útiles para nuestro propósito. Para nosotros se tratará de verificar si la técnica de los "principios generales del derecho", en tanto que fuente normativa en aquellos de nuestros sistemas jurídicos que se sujetan a la teoría del derecho moderno, descansa sobre justificaciones argumentadas similares o diferentes, aun cuando el derecho "moderno" es intensamente discutido en sus fundamentos socioculturales e históricos, y que un derecho denominado "postmoderno", o incluso, según algunos, "neomoderno", se perfila sobre otras bases.

I. LEGITIMIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES Y TEORÍA DEL DERECHO MODERNO

La expresión "derecho moderno" es hoy utilizada corrientemente para definir el estado del derecho en las sociedades contemporáneas a partir del siglo XVIII; ella está ligada de una cierta manera a la toma de conciencia de una "crisis de la modernidad" que se ha desarrollado sobre variados campos, de la que la literatura filosófica, sociológica, política o jurídica da cuenta casi permanentemente.²⁵

²⁴ A. Aarnio, "Zur Legitimität des Rechts. Ein begrifflicher Überblick", en *Rechtstheorie*, 1989, vol. 20, p. 146 y s.; K. Tuuori, "Legitimität des modernen Rechts", *ibid.*, 1989, vol. 20, p. 221 y s.; G. Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", en *Law and Society Review*, vol. 17, p. 239 y s.; L. D. Eriksson, "Conflicting tendencies in Modern Law", en *Rechtstheorie*, 1989, vol. 20, p. 153, etc.

²⁵ Véase, por ejemplo, A. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, col. Livre de poche, 1992; *La modernité en questions* (bajo la dirección de F. Gaillard, J. Paulain y R. Schusterman), Cerf, col. Passages, 1998; A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991; A. J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation*, LGDJ, París, 1998, p. 148 y s.; P. Bouretz, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, ed. Esprit, 1991; B. de Sousa-Santos, "The post-modern transition: law and politics", en *The Fate of Law* (A. Sarat y T. R. Kearns, dir.), Université of Michigan Press, 1991; *Towards a new Common Sense: Law, Science and Politics in the paradigmatic Transition*, ed. Routledge, Londres, 1995; C. Colliot-Thélène, *Le désenchantement de l'État. De Hegel à Max Weber*, Paris, éd. de Minuit, 1992; R. M. Unger, *Law in Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory*, Free Press, Collier Macmillan Publishers, New York, 1997.

La legitimidad del "derecho moderno" está fundada en gran medida sobre la idea de racionalidad formal y/o material puesta de manifiesto por Max Weber en escritos célebres²⁶ e históricamente relacionados con la influencia de las "luces".

La dominación legal es percibida como legítima, ya que corresponde a un proceso histórico de racionalización del derecho, en un Estado liberal y democrático que pronto fue promovido al rango de "Estado de derecho". El derecho moderno es "racional a la vez en sus normas -rigor deductivo- y en su procedimiento -que es objeto de una técnica creciente-",²⁷ es lo que ha permitido preparar el abono necesario para la expansión del capitalismo y de la burocracia de Estado. La identificación de la racionalidad con la legalidad formal en el marco estatal conduce a fortalecer la creencia según la cual el orden jurídico estatal se beneficia "con la sumisión a reglas objetivas e impersonales, formalmente válidas, que sólo controlan la obediencia con respecto a un ámbito de aplicación racionalmente delimitado".²⁸ El derecho formalmente racional se caracteriza por su "neutralidad axiológica", por el rechazo a toda imperatividad de orden estatal, utilitaria o política²⁹ exterior a la esfera jurídica, en beneficio de la interpretación lógica de reglas abstractas. Las concepciones jusnaturalistas no estarían en condiciones por sí mismas de legitimar las soluciones jurídicas. De acuerdo a la perspectiva kantiana, la ciencia del derecho se concibe en función de la antinomia del ser (*sein*) y del deber-ser (*sollen*); como lo escribirá más tarde H. Kelsen, "ningún razonamiento lógico permite pasar de aquello que es a aquello que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico".³⁰ Si

²⁶ Especialmente *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5ª ed., J.C.B. Mohr, Tunbingen, 1980 (traducción francesa: *Sociologie du droit*, PUF, 1986). Ver la bibliografía ofrecida por M. Coutu, en *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, col. Droit et Société, 1995, p. 249 y s.

²⁷ Ph. Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, PUF, col. Quadrige, 1996, p. 167.

²⁸ M. Coutu, "Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber", en *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, 1995, LGDJ, col. Droit et Société (bajo la dirección de P. Lascoumes), p. 199.

²⁹ M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, col. Droit et Société, 1995, p. 167.

³⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1ª ed., Neuchâtel, ed. de la Baconnière, 1988, p. 95.

el derecho natural ya no puede servir para fundamentar la creencia en la legitimidad del derecho, eso no es el resultado de mutaciones ideológicas brutales, sino más bien de una interacción compleja de hechos y de valores, caracterizada principalmente por la diferenciación y la autonomización progresiva de las diferentes esferas de la actividad social (política, económica, jurídica, etc.) que han provocado la disgregación y la relativización de los axiomas metajurídicos.³¹ La "dominación legal" se traduce en la obediencia natural de los ciudadanos a las normas, especie de reflejo adquirido, de legitimidad interiorizada, ya que ella no se vincula a la persona que detenta el poder, sino sólo a la existencia de normas obligatorias válidamente instituidas. Es el orden jurídico el que determina objetivamente las competencias de las autoridades públicas, quien asigna a los agentes especializados sus atribuciones, prohibiendo por eso mismo toda apropiación personal del poder y conduciendo al tipo ideal de "burocracia".

Por lo demás, y correlativamente, la dominación legal, tal como la concibe M. Weber, refleja el advenimiento y la preeminencia irresistible del derecho estatal. El Estado moderno "reivindica con éxito (...) el monopolio de la coerción física legítima",³² ella misma ha llegado a ser indisociable del proceso de "centralización" y de "estatización" del derecho.³³ El postulado de la identidad del derecho y del Estado ha sido incentivado, lo sabemos, hasta sus últimas consecuencias, por Kelsen, principalmente en la *Teoría pura del derecho*.³⁴ El Estado moderno, en tanto que aparato de coerción legítima, "representa simplemente una construcción auxiliar del pensamiento jurídico",³⁵ destaca el maestro de Viena; él es orden normativo y su poder no es otro que la efectividad del orden jurídico que él instituye. Por eso mismo fueron rechazadas las teorías que a inicios de este siglo se esforzaban en

³¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, op. cit., p. 501.

³² *Ibid.*, p. 29.

³³ M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, op. cit., p. 187; *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, op. cit., p. 207 y s.

³⁴ 2ª ed., Dalloz, París, 1962, p. 385 (trad. Ch. Eisenmann); ver también H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Aalen, Scientia Verlag, 1981, p. 82 y s.

³⁵ *Théorie pure du droit*, op. cit., eod. loc.

distinguir el poder del Estado y la fuerza del derecho.³⁶ No puede existir, insiste Kelsen, dualismo entre el derecho y el Estado, dado que este último no tiene ninguna realidad tangible y que su poder (el poder público) está jurídicamente regulado.³⁷ Que el Estado presente en definitiva la plena legalización de la dominación y que él se reduzca sólo a su dimensión jurídica es una de las extrapolaciones teóricas posibles del proceso weberiano (siendo el otro enfoque llamado "decisionista", fundado sobre la dialéctica de las decisiones, cuyo representante más destacado fue Carl Schmitt).³⁸

En todo caso, encontramos en germen en el pensamiento de Weber los argumentos que iban a conferir a los principios generales del derecho su legitimidad plena en el contexto del derecho moderno; a saber: la racionalidad (o al menos las exigencias de un proceso de racionalización) del orden jurídico y el marco político estatal que asegura la efectividad del derecho gracias a la monopolización de la coerción física de la que el Estado está dotado.

¿Cómo se manifiesta la inserción de los principios generales del derecho en el orden jurídico del Estado moderno? ¿Qué elementos han reafirmado la creencia en la validez del recurso a esta técnica jurídica?

Desde este punto de vista parece posible adelantar algunas hipótesis. El recurso a los principios generales del derecho se beneficia de una doble legitimidad: una legitimidad funcional, que se inscribe en la perspectiva de la racionalización del dere-

³⁶ Véanse las observaciones de N. Bobbio, "Max Weber und Hans Kelsen", en *Max Weber als Rechtssoziologie* (bajo la dirección de M. Rehbinder y K.P. Tieck), Berlin, Duncker et Humblot, 1987, p. 126 y s.; G. Jellinek, en particular, sostenía, en *La théorie générale de l'État*, que aquél debía ser analizado ya sea en tanto que formación social, ya sea en tanto que institución jurídica. Es notorio que Max Weber acoge esta concepción (*Wirtschaft und Gesellschaft*, op. cit., p. 6), dado que él enuncia que el Estado "designa muy bien el concepto jurídico como el fenómeno concreto de la actividad social por el cual valen las normas de derecho".

³⁷ "(...) los individuos que ejercen el poder a título de gobierno del Estado son habilitados por un orden jurídico para ejercer el poder para la creación y aplicación de normas jurídicas" (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^a ed., p. 393).

³⁸ Ver, por ejemplo, "Légalité et légitimité", en *Du Politique: légalité et légitimité et autres essais*, Puisseaux, Pardès, 1990, p. 39 y s.

cho, preludio de su racionalidad efectiva una vez terminado el proceso; y una legitimidad orgánica, que se vincula a la autoridad que elabora este tipo de normas, es decir, el juez. Es importante destacar, de entrada, que el proceso seguido no conlleva de parte nuestra ningún intento de ontologización conceptual de la categoría de los principios generales del derecho en tanto que normas jurídicas autónomas. De modo alguno es aceptado que estos principios se encontrarían de alguna manera en estado de latencia en un orden jurídico antes de ser identificados y proclamados oficialmente por una autoridad calificada. Para nosotros no se trata, en cuanto a la autoridad competente para enunciarlos, formalmente, de reservar esta función al juez (y esto incluso sin abordar la temática contemporánea de la legitimidad democrática del poder judicial): otros soportes formales de los principios generales serían catalogados fácilmente. Nuestro propósito sólo consiste en analizar las condiciones susceptibles de justificar el recurso a tales principios por parte del juez y su inserción en un razonamiento jurídico válido, en unión con alguna concepción del derecho; así como sus posibilidades de supervivencia cuando esta concepción vacile.

A. La legitimidad funcional de los principios generales del derecho

En los procesos de racionalización de los derechos estatales contemporáneos, los principios generales desempeñan un rol eminente, inclusive determinante: ellos contribuyen a forjar la coherencia del orden jurídico normativo y sirven para llenar las lagunas del derecho.

1. Principios generales del derecho y exigencia de coherencia del orden jurídico

Que los principios generales del derecho favorecen la coherencia (y por eso mismo la inteligibilidad) del conjunto del sistema jurídico, y que ellos contribuyen también a fortalecer la creen-

cia en la legalidad (*lato sensu*) como fundamento de la legitimidad del derecho, ha sido muchas veces señalado por los teóricos:³⁹ “Es racional, decía Weber, lo que corresponde al imperativo de la coherencia”.⁴⁰ Se trata de una racionalidad teórica, resultado de un esfuerzo permanente de conceptualización y de clasificación, de abstracción y de sistematización, independientemente de los efectos empíricos constatados eventualmente.⁴¹ El orden jurídico estatal es de partida un “sistema” cuyas piezas están cuidadosamente articuladas y distribuidas, principalmente por intermedio del principio de jerarquía normativa.⁴² Este sistema descansa ampliamente sobre generalizaciones conceptuales cuya expresión principal es la ley.⁴³

Diversos instrumentos, que constituyen otros tantos índices de la racionalización del derecho (sea que se trate de una racionalidad “formal” o de una racionalidad “material”),⁴⁴ conducen así a una mayor cohesión del orden jurídico: la aplicación de principios o de normas con significado general figura aquí en buen lugar junto a la interpretación lógica o del razonamiento deductivo bajo su forma silogística.

³⁹ Partiendo por el mismo M. Weber, “Zwischenbetrachtung: Theorie der Stufen und Richtungen religiöser Weltablehnung”, en *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1988, p. 537; J. Habermas, “Aspects of the Rationality of Action”, en *La rationalité aujourd'hui*, ed. Université d'Ottawa, 1979, p. 185 y s., especialmente p. 188; A. Swindler, “The concept of Rationality in the Work of Max Weber”, en *Sociological Enquiry*, 1973, vol. 43, p. 35 y s.; A. Brimo, “La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber”, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, París, 1975.

⁴⁰ M. Weber, *op. cit.*, p. 537.

⁴¹ M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 27 y s.

⁴² Nos remitimos en este tema a la tesis de D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Économica, 1996; v. también, F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 102 y s.

⁴³ La primacía de la ley sobre las decisiones puntuales es de una naturaleza, según Weber, que favorece la expansión del capitalismo, en la medida en que ella permite una previsión racional y un cálculo correcto de las posibilidades y de los riesgos (Ph. Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, *op. cit.*, p. 167).

⁴⁴ La racionalidad “material”, en la terminología de Weber, reenvía menos a la sustancia o contenido del derecho, que a los motivos extrínsecos de orden político, ético o utilitarista que presiden a la creación del derecho (o a su identificación) (ver M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, *op. cit.*, p. 50 y s.).

Los rasgos esenciales de la racionalidad jurídica formal hacen aparecer así lo que Kelsen llamaba "la unidad lógica" del orden jurídico,⁴⁵ por poner en relación a todas las prescripciones jurídicas, elaboradas por el análisis y eliminación de las contradicciones internas que así serán eventualmente detectadas. El rechazo de los procedimientos analógicos,⁴⁶ el rebasamiento del método puramente analítico,⁴⁷ la elaboración de una especialidad metodológica apta para separar la ciencia del derecho de las ciencias no jurídicas ("la interpretación lógica del sentido"⁴⁸ se convertiría desde ahora, según Weber, en el proceso más riguroso),⁴⁹ el rechazo de las consideraciones ideológicas y de los juicios de valor⁵⁰ y la búsqueda de los fundamentos del derecho moderno en el principio de legalidad y de la regularidad procesal,⁵¹ constituyen tanto condiciones de una formulación a la vez lógica y sistemática en el derecho.

Sin duda, el proceso de racionalización formal del derecho moderno conoce algunas limitaciones, ya sea en razón de las insuficiencias metodológicas difícilmente evitables en tal proceso o en razón de la intrusión de elementos externos dependientes de la racionalización "material".⁵² Pero la necesidad de coherencia queda como un elemento muy importante de la racionalidad jurídica, en el marco de los órdenes jurídicos estatales contemporáneos.

Ahora bien, los principios generales del derecho participan plenamente de la realización de un sistema jurídico coherente. Ellos

⁴⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, op. cit., p. 396.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 249.

⁴⁷ La descomposición de un conjunto de hechos complejos en componentes elementales jurídicamente cualificados de manera unívoca no es suficiente, según Weber (*ibid.*, p. 454) para asegurar la coherencia interna del orden jurídico. El trabajo jurídico debe comprender una "construcción sintética", esto es, una sistematización (ver M. J. Farinas Dulce, "Crisis de la racionalidad formal del derecho moderno", en *Oñati Proceedings*, vol. 2, p. 153 y s.; Santi Romano, *Osservazioni sulla completezza dell' ordinamento statale*, Módena, 1925; Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Florencia, 1945, etc.).

⁴⁸ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, op. cit., p. 397.

⁴⁹ V. K. Lorenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, Springer Verlag, 1969, p. 30.

⁵⁰ Que Kelsen ha puesto especialmente de relieve en su *Théorie pure du droit* (1ª ed., Neuchâtel, ed. La Baconnière, 1988, p. 64).

⁵¹ Tema igualmente recogido y desarrollado por H. Kelsen, especialmente, en su *Théorie pure du droit* (v. *supra*).

⁵² M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, op. cit., p. 69 y s.

cumplen desde este punto de vista una función explicativa (si tenemos una duda sobre el sentido de una norma en un contexto dado, el recurso a un principio general puede dar sentido a esta norma o al menos permitir comprender por qué la norma merece ser seguida) y una función de justificación (si un principio normativo se reconoce como teniendo valor en sí mismo o como un medio adecuado para alcanzar un fin juzgado deseable, las normas que se desprenden o que se asimilan se beneficiarán más fácilmente de esta presunción de legitimidad).

La legitimidad funcional del recurso a los principios generales del derecho en los órdenes jurídicos contemporáneos, a nombre de la necesidad de coherencia inherente a la misma racionalidad del derecho moderno, ha sido defendida principalmente por N. Mac Cormick en su *Legal Reasoning and Legal Theory*.⁵³ Es conveniente, escribe el autor, “otorgar una atención más constante al papel desempeñado por los argumentos extraídos de los principios generales del derecho en el razonamiento jurídico (...). El papel desempeñado por estos argumentos depende de la exigencia, planteada al inicio, de coherencia en materia jurídica: coherencia en el sentido en que las numerosas normas de un sistema jurídico elaborado deben tener sentido cuando las consideramos en su conjunto”.

Esta función de vinculación entre las normas y de consolidación de su sentido en el seno del orden jurídico, dependerá en gran medida de la fuerza del principio general de que se trate. Algunos de estos principios cubren un campo particularmente amplio (el principio de igualdad, por ejemplo, cuyas aplicaciones potenciales se han multiplicado a todas las ramas del derecho). Otros revisten significaciones más técnicas y por esto su virtualidad se encuentra notablemente reducida. Corresponde a los actores calificados del derecho, considerando el estado del conjunto del sistema jurídico, retener aquellos principios que parecen me-

⁵³ Oxford UP, 1978; *Raisonnement juridique et théorie du droit* (traducción francesa de J. Gagey), PUF, Paris, col. Les voies du droit, 1996, especialmente p. 181 y s.; su pensamiento es, en cierta medida, tributario de las concepciones de Hart sobre el análisis positivista del concepto de derecho (H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994; *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961).

