

DERECHO NATURAL Y «JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS»*

(CON REFERENCIA A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978)

Andrés Ollero

1. La *jurisprudencia de principios* implica un planteamiento de la realización del derecho, que deja de presentarla como una operación lógica de subsunción (en la línea de una *jurisprudencia de conceptos*), o como una ponderación científica —libre de valoraciones— de la realidad social (en la línea de una *jurisprudencia de intereses*), para considerarla como una operación radicalmente axiológica, apoyada en determinados criterios o *principios* valorativos¹.

Tales principios no han de entenderse, pues, como los elementos rectores de un sistema conceptual, sino como puntos de vista valorativos que emergen en el caso concreto. Su función es doble, ya que estimulan una pre-comprensión espontánea y, a la vez, posibilitan una reflexión racionalizadora, que acerque —a medias entre juicio y decisión (Cotta)— a una *verdad jurídica*.

I

2. Si este planteamiento implica una revisión del positivismo legalista, también una consideración *jurídica* (las hay filosóficas, teológicas...) del derecho natural ha de llevar a criticar la dimensión

* Comunicación presentada al IX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, celebrado en Basilea del 27 de agosto al 1 de septiembre de 1979.

1. J. ESSER acuñó la expresión «Grundsatzrechtsprechung», aludiendo al juego de «principios» pre-positivos —*Grundsatz und Norm*, Tübingen 1964 (2.^a), págs. 8 y 52. Posteriormente, al reformular su planteamiento en sintonía con la hermenéutica existencial, ha insistido más en el papel del «Vorverständnis», aludiendo al juego de «criterios» pre-positivos —*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt 1970, págs. 9 y 14.

legalista propia del iusnaturalismo racionalista de la Modernidad (Villey).

La distinción entre *derecho* y *ley* se ha mostrado fecunda en este respecto, no sólo en su posible juego constitucional (Marçic), sino en un planteamiento global de la temática iusnaturalista (Utz), y en su más reciente profundización filosófico-jurídica por la vía de la hermenéutica existencial (Kaufmann).

Esta distinción anima a resaltar que el derecho natural es *derecho*, y no una mera ley peculiar, complementaria o —menos aún— alternativa del ordenamiento positivo:

— por tanto, no es principio abstracto, general e intemporal (en eso consistiría, si acaso, la ley natural), sino —como todo derecho— valoración del problema concreto.

— el *derecho* natural emerge, pues, en la historicidad misma del caso (*naturaleza de la cosa*), protagonizando especialmente una pre-comprensión fecunda en resultados, reflexionada luego con mayor incidencia de las peculiaridades *positivas* del mismo².

— no es una realidad *metapositiva*, destinada a moverse eternamente en paralelo a los textos legales, sino ingrediente jurídico doblemente *positivo* (por su historicidad, y por su estímulo al proceso valorativo que la realidad jurídica encierra).

3. Este planteamiento, como toda opción iusnaturalista (confesada o no), ha de enfrentarse a la doble interrogante inseparable de todo problema metafísico: la ontológica —cuál es la realidad que genera esa pre-comprensión de la solución del caso—, y la crítica —con qué posibilidades cuenta el hombre de llegar a conocerla con fiabilidad.

Los actuales enfoques de la hermenéutica existencial (Gadamer) han llevado a situar en la tarea interpretativa el centro de gravedad del surgimiento de la realidad jurídica:

— esto implica un comienzo de respuesta al problema *ontológico*: la realidad jurídica no se identifica con el texto legal, sino que emerge en la medida en que éste es comprendido-interpretado-aplicado en el caso concreto;

— consiguientemente, exige una nueva dimensión del problema *gnoseológico*: conocer el derecho no es manipular «lógicamente» los

2. Este aspecto lo hemos tratado con más extensión en *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino*, «Atti del Congresso internazionale Tommaso d'Aquino nel suo settimo centenario» (Roma/Napoli 1974) t. 8, Napoli 1978, págs. 319-327.

contenidos legales, ni ponderar «científicamente» sus posibles resultados, apoyándose en un conocimiento libre de interés (la peculiar hermenéutica de Habermas obligaría, a la luz del entrelazo entre *Erkenntnis und Interesse*, a replantear sobre nuevas bases la *jurisprudencia de intereses*). Es más bien comprender *valorativamente* una situación, desde dentro, madurando reflexivamente los principios de decisión que suscita;

— todo esto lleva, por último, a reexaminar el problema *metodológico*, al que no cabe ya encaminar al logro de un instrumental aséptico, racionalizador de lo gnoseológico, sino que el mismo *método* (si vale aún hablar así) encierra una «circularidad ontológica». Esto hace que las alusiones a las propuestas de la filosofía práctica clásica o, al menos, las invitaciones a un planteamiento teórico-práctico del saber jurídico³, gocen de clara actualidad.

4. Pero, detrás de todo ello, sigue latiendo amenazadora la *duda*, que mantiene despierta la conciencia de la fragilidad de esa *confianza* en el ser (en la existencia de la realidad y en la capacidad humana de captarla y hacerla propia) que es condición de todo planteamiento metafísico.

Esta aporía duda-confianza nos parece racionalmente insoluble; sólo una opción global, teórico-práctica, ética (política..., si el término no infunde pavor) puede abrir una salida. Es deseable que se trate de una salida consciente de su dimensión valorativa, y responsable de sus resultados.

En este sentido, apelar al derecho natural no es sino *optar por el hombre*, desde una cuádruple perspectiva:

— ontológica: porque admite la existencia de una frontera objetiva entre lo humano y lo inhumano, que hace que el hombre no sea un mero *flatus vocis*.

— gnoseológica: porque, entre los ingredientes de lo humano, sitúa su capacidad (limitada pero suficiente) de conocer el alcance de su propia realidad, y de llegar a ese reconocimiento del hombre, que es condición previa de su respeto práctico.

— metodológica: porque no encomienda a una racionalidad extrahumana (técnica o filosófico-histórica) el control de la realidad jurídica, sino al hombre común, con su capacidad de desvelar prudencialmente el sentido que emana de la realidad respecto a la propia conducta.

3. En lo que respecta al ámbito alemán las hemos estudiado en *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, Ebelsbach 1978.

— política: porque convierte al hombre en el punto de partida (no instrumentalizable) de la convivencia social, y en el destinatario final de sus resultados.

5. La necesidad de esta opción es tan irresistible que, con frecuencia, los negadores teóricos del derecho natural ponen en circulación *iusnaturalismos* inconfesados. Así ocurre cuando se escamotea alguno de estos elementos, pretendiendo mantener sus consecuencias positivas:

— porque se niega la metafísica, pero a la vez se consideran intocables los *derechos humanos* (etéreos necesariamente, dada su confesada falta de *realidad*);

— porque se tacha de *ideológico* (en clave positivista o dialéctica) a todo *iusnaturalismo*, a la vez que se formulan utopías (tecnocráticas o revolucionarias) salvadoras de la sociedad;

— se confía la tutela de la sociedad a una ciencia capaz (en clave positivista o dialéctica) de desterrar toda limitación, olvidando que con ello destierra al hombre mismo, que forma parte del mundo de lo limitado.

— se convierte al hombre en horizonte de la actividad política, pero sólo después de convenir tácitamente que tal *hombre* es pura creación arbitraria, ya que sólo la voluntad de poder es capaz de lograr que lo que no tiene *realidad* exista, y que lo *ideológico* se conozca científicamente.

6. Habría que negar que el derecho deba estar condicionado por la suerte del hombre, y reducir a éste a su receptor pasivo para rechazar verdaderamente el *iusnaturalismo*. Afrontar los problemas radicales del derecho obliga a una opción *iusnaturalista*, confesada o no. ¿De qué tipo?

— A veces se ha entendido al derecho natural como *legalidad* dictada por una metafísica (o una filosofía de la historia) evidente por definición. Esto lleva al dogmatismo teórico y al autoritarismo práctico y, como consecuencia, a la negación de lo humano.

— Entendiéndolo como un *sentido* presente en la misma realidad social (en la medida en que refleja su aceptación del hombre como condicionador de los propios perfiles), lleva a una dimensión interpretativa y jurisprudencial: en ella el hombre mismo se convierte en el intérprete indispensable, capaz de llegar a valoraciones *históricas*, es decir, existencialmente ricas, pero provisionales, limitadas y cuestionables. Este *iusnaturalismo*, entendido como búsqueda —seguro de encontrar algo que está ahí, pero consciente de lo proble-

mático del resultado— puede servir de motor de una *jurisprudencia de principios* y, a la vez, de apoyo a la responsabilidad del intérprete respecto a sus resultados, impulsándole a aspirar a una racionalidad práctica. Optar jurídicamente por el hombre obliga a responsabilizarse de los frutos, humanos o inhumanos, del derecho.

I I

Hablar de *derecho natural* parece exigir una dosis de solemnidad y engolamiento, que alejaría del campo de los problemas jurídicos reales. La verdad es que nuestra temática no está tan alejada de los textos positivos.

En lo que al derecho español respecta el tema se ha visto afectado en los últimos años por una doble *reforma*: la del *Título preliminar del Código Civil* en 1974 (de indudable alcance doctrinal y problemática relevancia práctica) y la elaboración de la Constitución de 1978 (de gran profundidad política, y que emplaza a realizar a medio plazo un replanteamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto).

1. La reforma del Título preliminar sustituyó los primeros dieciséis artículos del Código Civil originario (1889), que asumían de manera drástica los planteamientos del positivismo legalista: la ley es la fuente del derecho, y sólo «cuando no hay ley exactamente *aplicable* al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho». Toda la problemática de la interpretación sólo merecía una alusión, llena de amenazadora desconfianza: «el Tribunal que rehuse fallar a *pretexto* de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad».

En resumen ⁴: — la realización práctica del derecho se reduce a «aplicación» de las leyes;

— pudorosamente, no llega ni a mencionarse la interpretación del derecho (ni sus posibles ingredientes), pues sólo sería imaginable por falta de calidad «técnica» del precepto o por caprichoso pretexto «ideológico» del juez;

4. Una crítica más amplia de esta antigua redacción en *Equity in Spanish Law?*, en *Equity in the World Legal Systems* (ed. R. A. Newman), Bruxelles 1973, págs. 381-393.

— se desconoce, congruentemente, la existencia de toda labor jurisprudencial;

— los «principios» (fuente subsidiaria de segundo grado) no tenían más función que garantizar la plenitud y hermetismo de «las leyes» (no se mencionaba al «ordenamiento jurídico»);

— se omite toda referencia a la equidad (sin duda por considerarla un tema puramente ascético)⁵;

— no se admite límite «jurídico» alguno al ejercicio de los derechos subjetivos «legalmente» fundados;

— se excluía del mundo jurídico cualquier «derecho natural», ya que los citados «principios generales del derecho» habían de entenderse lógicamente en clave positivista y legalista (pese a algunas entusiastas interpretaciones en contrario: cfr. nota 6).

2. El nuevo Título preliminar refleja un buen deseo de replantamiento doctrinal, y ofrece puntos de apoyo para la superación práctica del legalismo, aunque no llegue a lograr una redacción coherente y libre de ambigüedades. El balance puede resumirse así:

— la obsesiva alusión a «las leyes» se ve sustituida por la repetida referencia al «ordenamiento jurídico»;

— se reconoce a la «jurisprudencia» la función de complementarlo con su tarea interpretativa (a la que se concede en la Exposición de Motivos —EM— «cierta transcendencia normativa»);

— aunque se sigue hablando de la «aplicación de las normas jurídicas», el contenido de dicho capítulo está dedicado por entero a problemas de *interpretación*. Esta cobra así carta de naturaleza como síntoma de la salud y dinamismo de las normas;

— la enumeración de criterios de interpretación compone un conglomerado cabalístico, pero no es difícil fundamentar en ella un predominio de puntos de vista teleológicos: atención a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas, y a su espíritu y «finalidad»;

— se admite la «aplicación analógica», aunque manteniendo ese regusto patológico que ya ha perdido la interpretación («más allá de» la cual, dentro de la «investigación integradora», se encuentra —EM—);

— se da entrada a la doctrina del «abuso del derecho», por la

5. Sobre el tratamiento de la equidad en los orígenes del positivismo jurídico *Hobbes y la interpretación del derecho*, «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 1977 (LIV/1) págs. 45-67.

que no todo uso de una prerrogativa *legal* puede considerarse como *jurídico*;

— Se alude a la «equidad», si bien con un tono netamente restrictivo, que parece seguir considerándola como realidad extrajurídica (la EM aclara que no es «fuente del derecho», sino que cumple «el cometido más modesto» de criterio de interpretación). No se la relaciona en absoluto con la temática del abuso del derecho.

3. Especial interés tiene el tratamiento concedido a los *principios jurídicos*:

— se mantiene la terminología «principios generales del derecho» y su papel subsidiario;

— pero se les reconoce a la vez un «carácter informador del ordenamiento jurídico». Se pasa así de unos principios obtenidos *a posteriori* de las leyes (cuya elaboración dogmática permitiría disponer de ellos en caso de emergencia) a la constatación de que están *presentes* en ellas y presiden su dinámica habitual;

— en la EM se insiste en que sólo con carácter subsidiario «cumplen la función autónoma de fuente del derecho», pero no parece difícil detectar su omnipresencia a lo largo del Título preliminar, certificando que éste brinda apoyo suficiente para dar paso a una auténtica *jurisprudencia de principios*:

— gracias a ellos puede distinguirse entre las «leyes» y un «ordenamiento jurídico», que es más que la suma de ellas (e incluso admitir, como hace la EM, las «lagunas de la ley» y excluir las «lagunas del derecho»);

— difícilmente se podría dictaminar sin su apoyo si una costumbre es «contraria a la moral y al orden público» (ya que estos «*módulos generales* esencialmente delimitativos de la licitud» —EM— no pueden entenderse sino como el juego de unos *principios jurídicos* —pese a la desafortunada terminología— expresivos de exigencias de justicia y seguridad);

— sólo desde la perspectiva de un principio jurídico se puede constatar lo «reiterado» de una interpretación jurisprudencial; por otra parte, sin apoyarla en principios jurídicos, la interpretación del «espíritu» de la norma llevaría al espiritismo;

— la equidad (por más que su tradición moralizante lo oculte) no es sino el juego concretizador de los principios jurídicos, que activan la pre-comprensión de un caso, y permiten su reflexión crítica posterior;

— sólo el mayor o menor encaje del principio valorativo en la

letra legal permite la sutil distinción entre interpretación e integración analógica de la norma;

— son los principios jurídicos los que pueden dictaminar la existencia de un ejercicio «antisocial» de un derecho subjetivo, o denunciar que se han sobrepasado los «límites normales» de su ejercicio, dando paso a un «abuso del derecho».

— las frecuentes alusiones a la «buena fe» («una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el ordenamiento jurídico» —EM—) remiten a una imagen previa del hombre, capaz de servir de modelo a la conducta del buen ciudadano.

4. Después de este replanteamiento del fundamento teórico del ordenamiento jurídico español, pretender que el «derecho natural» está excluido de sus fronteras, supondría empecinarse en una penosa polémica. Negar que tenga sentido el esfuerzo por objetivar los principios en que se articula jurídicamente, llevaría a admitir que el nuevo Título preliminar ha convertido a la arbitrariedad judicial en el único posible fundamento del ordenamiento jurídico (hipótesis susceptible de despertar eventuales entusiasmos). Quiérase o no, difícilmente podía haber sido otra la solución en 1974, si los jueces españoles hubiesen decidido tomarse el nuevo texto más en serio que el anterior. Faltaba una base constitucional consistente, ya que las «Leyes Fundamentales» vigentes apenas si podían ofrecer al respecto el reenvío a alguna instancia teológica⁶.

I I I

1. La *Constitución de 1978* está llamada a influir decisivamente en esa situación. Olvidando las anécdotas (demasiado inmediatas) de su gestación, es preciso analizar sus posibilidades prácticas para servir de cimiento a esa *jurisprudencia de principios* que, de manera más o menos perfilada, ha quedado abierta. Es lógico leer en el texto constitucional —a la hora de su desarrollo—, más que la *voluntas*

6. F. ELÍAS DE TEJADA, que había defendido ya una traducción iusnaturalista de los «principios generales del derecho» —*Necesidad de sustituir los principios generales del derecho por el Derecho natural hispánico*, «Revista General Legislación y Jurisprudencia» 1962 (1-2) pág. 19— sugiere, tras la reforma del Título preliminar, que, de acuerdo con las Leyes Fundamentales entonces vigentes, sería la Iglesia Católica la encargada de fijar su contenido —*Los principios generales del derecho en el art. 1 del Código Civil reformado en 1973*, en *El Título preliminar del Código Civil*, Madrid 1977, t. I, pág. 95.

de los personajes concretos que intervinieron en su redacción, esa *ratio* capaz de conferir nuevos cimientos al ordenamiento jurídico. La voluntad constituyente se prolonga ahora en una prolíja elaboración legislativa; pero reducir a ello el *desarrollo* de la Constitución sería bastante miope e ignoraría su propio texto. Junto a estas sustituciones legislativas en la arquitectura jurídica, es imprescindible que se produzca un *reasantamiento* jurisprudencial de todo el ordenamiento jurídico, al ir reposando sobre su nuevo cimiento. Esta tarea, prioritariamente racional (aunque en un ámbito de razón práctica) compete ante todo al estamento judicial: a su capacidad de fundamentar constitucionalmente esos principios valorativos que les ayudan a mantener el dinamismo de la normativa vigente.

En este sentido nos parece del máximo interés que, desoyendo las propuestas de un texto breve, se haya empleado buena parte del material constitucional en disponer una amplia plataforma capaz de servir de apoyo a esta *jurisprudencia de principios*.

2. El texto constitucional, aparte de recoger literalmente la distinción «derecho»-«ley» (art. 103,1), transpira, a nuestro parecer, una especial confianza en la tarea judicial como complemento indispensable de su función. Así, de las declaraciones de derechos de aire formal y solemne se ha pasado a otra —más o menos afortunada en sus perfiles— presidida por un premeditado afán de *materializarlos*. Pocos poderes públicos podrán sustituir al poder judicial a la hora de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», o de «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9, 2).

Al margen de la paternidad italiana del citado precepto (popularizada como bastidor de la corriente del *uso alternativo del diritto*), parece claro que la labor judicial cuenta con unas posibilidades de *materializar* los derechos humanos más flexibles que las del legislativo o del ejecutivo, cuyo intervencionismo acabaría paradójicamente por ahogarlos. Ello podrá contrastarse prácticamente al haberse previsto que una buena parte de los derechos y libertades gocen de la tutela de la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio del juego del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3. Pero quizá el aspecto más interesante para nuestro tema sea la existencia de un conjunto de «principios rectores de la política social y económica», cuyo reconocimiento, respeto y protección «informará la legislación positiva» (art. 53, 3). Estos principios aparecen emparentados con los derechos y libertades, marcando un nivel

de menor relevancia práctica (no dan pie a «derechos subjetivos», llegó a leerse en uno de los proyectos); de ahí que a aquéllos haya que considerar extensible también esta alusión.

Ha surgido así una nueva consideración de los principios: no abstraídos *a posteriori* de los contenidos de la ley, ni meramente informantes en *presente*, sino con un carácter claramente *pre-legal*. Teniendo en cuenta que han de informar también la «práctica judicial», nos parece poco dudoso que el lugar concedido a los principios dentro de la jerarquía de las fuentes se ha de ver en la práctica notoriamente alterado. Si del examen del nuevo Título preliminar del Código Civil resultaban los principios como el único posible motor para la concepción dinámica del ordenamiento a la que se daba paso, ahora esta labor (nada subsidiaria, por cierto) se ve reconocida con rango constitucional.

La nueva situación ofrece otra interesante peculiaridad, ya que mientras que los «principios generales del derecho» acababan siendo explicitados (?) por la vía de una «doctrina legal» (precedente judicial) de inseguros perfiles, la Constitución ofrece ahora un catálogo capaz de suscitar líneas jurisprudenciales de interés. Pero no se cuenta sólo con dichos materiales, sino que además (y aquí es de nuevo preciso marginar la anecdótica etiología del precepto) se establece —como un nuevo detalle de preocupación por la dimensión judicial del problema— que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10,2).

Todo un conjunto de principios taxativamente formulados por escrito se ofrecen, pues, como líneas vitalizadoras, componiendo un curioso proyecto de *iusnaturalismo* con posibilidades de dinamizar el ordenamiento jurídico.

I V

Va a discutirse mucho sobre las posibilidades de ejercicio real de estas vías; sobre la dificultad de encontrar los mecanismos técnicos que las hagan realmente judiciales; también sobre la ardua tarea que se encomienda al gremio judicial, habituado a otros modos y escaso en medios materiales y humanos; o sobre la peripecia que implica que toda esta labor judicial no quede sometida al control del Tribunal Constitucional...

1. Pero, volviendo a nuestro planteamiento inicial, lo que sin duda puede suscitar controversia es el parentesco que hemos establecido entre esta posible *jurisprudencia de principios* y algo tan elevado y solemne como el *derecho natural*. Los iusnaturalistas profesos se escandalizarán de la atribución de tan prestigiado rótulo a este amasijo, fruto de una discusión enconada, orlada de la clamorosa publicidad de lo clandestino. Señalarán con toda razón que no dan pie a «una» imagen del hombre y de la sociedad sino a varias, o incluso a tantas como intérpretes se apresten a la aventura. Por su parte los positivistas irreductibles argüirán que la Constitución es una norma tan «puesta» como cualquier otra, y que no deriva de ninguna instancia ontológica sino de un consenso político jurídicamente formalizado.

2. A los primeros habría que recordar que la naturaleza humana se ofrece como un *texto* necesitado de interpretación (cfr. al respecto nota 2), y que materiales como los señalados no son sino el comienzo de esa tarea hermenéutica, que va acercando los perfiles más generales de lo humano a las circunstancias concretas.

Ni que decir tiene que tales interpretaciones pueden ser contradictorias. De esa historicidad del conocimiento de los contenidos iusnaturalistas se deriva a veces una aparente contradicción entre el *derecho natural* y la *democracia*: cuando se busca a aquél una fundamentación teórica *autorizada* y se la considera con ello legitimada para proyectarse en una práctica *autoritaria*⁷. A ello es preciso oponer que la renuncia a apoyar el derecho en la mera fuerza, o la no instrumentalización de la persona humana al servicio de valores no compartidos (formalmente, al menos), la democracia en suma, es en el estado actual de nuestra civilización la exigencia más indiscutida de la dignidad humana, por lo que atentar contra ella es optar por una negación de los contenidos que el *derecho natural* ha invitado secularmente a defender.

De aquí surge también una posible respuesta para el positivista escéptico: lo ontológico no ha sido realmente desplazado por el consenso, sino que, por el contrario, le sirve de fundamento. ¿Por qué el consenso y no la ley del más fuerte? Sólo por la constatación de un *derecho* radical a la vida podía conceder Hobbes legitimidad al pacto social; y si Kelsen pudo edificar una *teoría pura del derecho* fue sin duda apoyándose en su arraigada convicción *metajurídica* de la *esencia y valor de la democracia*.

7. Una crítica de este iusnaturalismo autoritario en N. M. LÓPEZ-CALERA, *Derecho Natural*, Madrid 1976, unidad didáctica III, pág. 39.