

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y UN BREVE ANALISIS DE SU APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO¹

Juan David Terrazas Ponce²

Sumario: Introducción. I.- Los principios generales del Derecho: 1.- Concepto de los principios generales del Derecho. 2.- Naturaleza de los principios generales del Derecho. 3.- Funciones de los principios generales del Derecho. 4.- Vigencia de los principios generales del Derecho. 5.- Clasificación de los principios generales del Derecho. II.- Aplicación de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico chileno: 1.- la doctrina nacional y los principios generales del Derecho. 2.- Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN³

El tema de los *Principios Generales del Derecho* ha sido ampliamente debatido por los teóricos del Derecho y se ha transformado en uno de los asuntos que más polémica y estudios ha generado, al punto de que si en algo están de acuerdo los autores es que respecto de ellos no existe unanimidad ni en cuanto a la terminología utilizada, su concepto y mucho menos respecto de su contenido y fundamento⁴.

Muchas razones se han dado para explicar este fenómeno de disgregación conceptual en que se ven inmersos los *principios generales del Derecho*, pero la más recurrente de todas es aquella que indica que es el concepto mismo, la terminología utilizada la que se presta para confusiones o equívocos⁵, de tal forma que, como apunta MODERNE⁶ “*Si tomamos la expresión << principios generales del derecho >> al pie de la letra, todos los términos pueden ser ponderados y, eventualmente, relativizados*”.

¹ Abogado, Profesor Auxiliar de Derecho Romano, Pontificia Universidad Católica de Chile.

² El texto de este artículo, corresponde a una versión revisada de la monografía presentada para aprobar el curso Dogmática Jurídica, dirigido por el Dr. Alejandro VERGARA BLANCO, dentro del Programa “Doctorado en Derecho” impartido por la Pontificia Universidad Católica de Chile, en el segundo semestre académico del año 2002.

³ Se han utilizado algunas abreviaturas, las que se refieren a continuación: C.C.: Código Civil; D.: Digesto de Justiano; Inst.: Instituciones de Justiniano; y R.D.J.: Revista de Derecho y Jurisprudencia.

⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: “Los principios Generales del Derecho: ¿Un mito jurídico?”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 98, año 1997, pp. 9 y ss.; MODERNE, FRANCK en *Legitimidad de los principios generales y teoría del Derecho*, pp. 2 y ss., trad. Alejandro VERGARA BLANCO, del trabajo publicado en *Revue française de droit administratif*, 1999, pp. 722-742.

⁵ PEREZ LUÑO: (n.4), p. 10.

⁶ *Ibid*, pp. 2 y ss.

Existe aún otro elemento que viene a confabular en contra de la tan deseada univocidad del concepto: el hecho de que los ordenamientos jurídicos nacionales evolucionan y se desarrollan con diferentes énfasis y a ritmos también distintos, representa un escollo contra el que se debe lidiar fuertemente para poder trabajar en torno a conceptos generales.

La relativización de los conceptos y el estado general de la discusión, que se ha traducido en un enfoque más bien filosófico, ha provocado que los teóricos del Derecho⁷ no se hayan pronunciado en profundidad sobre el tema. Pareciera ser que todavía nos encontraríamos atrapados en la magnífica, pero antigua obra de DEL VECCHIO⁸, que fue leída por su autor, precisamente, como lección inaugural de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma. Significativo resulta que ya en el prólogo al escrito de DEL VECCHIO, CLEMENTE DE DIEGO, su autor, sostiene que “*El tema de la disertación –sobre los principios generales del derecho- es harto sugestivo y sobre él se han pronunciado en abundante literatura la Filosofía y la Dogmática jurídicas; como que representa uno de los más claros y fuertes vínculos de conexión y enlace entre una y otra disciplina. Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más alto y comprensivo sentido son materia propia del filósofo del derecho; empero hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional...*”⁹. Razón se tiene entonces, al señalar que el tema de los *principios generales del Derecho*, de su existencia, naturaleza, función en el sistema jurídico y rango jerárquico dentro del mismo es un inagotable tópico de las disciplinas teóricas generales.

Nuestra intención, con el presente trabajo, por cierto que no es agotar el tema y contestar todas las interrogantes que el mismo representa, pasando incluso por el hecho de su propia existencia, sino más bien lograr un acercamiento teórico-jurídico a la cuestión, que nos aleje de la esfera filosófica y permita un estudio desde la perspectiva de la Teoría del Derecho. Obviamente, que habrá apartados donde las referencias filosóficas no son sólo pertinentes, sino absolutamente necesarias, pero ellas deben quedar en un segundo plano respecto del trabajo en general.

Dada esta premisa fundamental hemos dividido el presente trabajo en dos partes fundamentales: (I) que se refiere al *status quaestionis* general de la teoría de los *principios generales del Derecho*, donde abordaremos, en sucesivos apartados, los temas derivados de su concepto (1); naturaleza jurídica (2); funciones en el

⁷ La mayoría de los textos de Introducción al Derecho o Teoría del Derecho, tratan muy superficialmente el tema. La realidad no es muy diferente en cuanto a las monografías que se han escrito para Revistas especializadas en materias de Derecho. Por ello no debe llamar la atención al lector, el hecho de que no existan citas que hagan referencias a autores nacionales. A modo de ejemplo podemos decir que en la *Revista Chilena de Derecho* su Índice de Publicaciones, desde el vol. I al XXV, sólo presenta una publicación referente a los principios generales del Derecho como tal y no es una monografía de Teoría del Derecho, sino de Filosofía del Derecho (MADRID RAMIREZ, Raúl, “Es el concepto de familia un principio general del Derecho?”, vol. XXI, 1994, pp. 245-257).

⁸ DEL VECCHIO, Giorgio: *Los Principios Generales del Derecho*, trad. de Juan OSORIO MORALES, Casa Editorial BOSCH, 2ª edición, 1948.

⁹ *Ibid.*, p. 6.

ordenamiento jurídico (3); vigencia (4) y clasificación (5) y; (II) que se refiere al reconocimiento y regulación de los *principios generales del Derecho* en nuestro país, distinguiendo dos aspectos esenciales: el doctrinario (1) y; el jurisprudencial (2).

I.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

1.- CONCEPTO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

a).- Formación del concepto de *principios generales del Derecho*.

El momento de la Historia Jurídica en que se comienza a pensar en torno al concepto de los *principios generales del Derecho* es el de la Codificación, pues antes si bien se hablaba de principios jurídicos, el concepto y contenido de éstos no era tema de debate entre los juristas de la época, dado que existía unanimidad en cuanto a que esta expresión aludía a los principios derivados del Derecho Natural o del Derecho Romano y su prolongación en el *Ius Comune*. Desde esta última perspectiva es de donde arrancan los llamados *tria iuris precepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) donde la conjunción entre el *Ius Civile*¹⁰ y el *Ius Naturale* es innegable¹¹.

Pero el proceso de codificación y el positivismo que le sirvió de trasfondo filosófico, trajo consigo tres nuevas premisas que antes estaban ausentes¹²: i.- el juez no se puede negar a resolver un conflicto alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable; ii.- el juez pasa a ser un mero aplicador de la ley, dejando de lado su, hasta ese momento, tradicional labor creadora del Derecho y; iii.- a fin de dar plenitud y coherencia a la nueva función judicial, se creó la apariencia de que el juez siempre tendría a su disposición alguna norma para resolver un conflicto, de modo que jamás quedara expuesto a lagunas legales, lo que se logró a través de la sistematización de las fuentes del Derecho, reunidas en torno a la ley¹³.

Sin embargo, pronto los codificadores se percataron de que la ley no podía ser considerada como la única fuente del Derecho, dado que la existencia de las lagunas legales era un fenómeno que hacía tambalear por completo al orden positivista impuesto. Precisamente para recuperar el orden perdido se recurrió a la

¹⁰ Estos tres preceptos son enunciados por primera vez por Ulpiano en sus Instituciones y posteriormente recogidos como máxima referencial por la recopilación justiniana en D. 1,1,10,1 y en Inst. 1,1,3: "*Iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".

¹¹ BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pp. 18-19: "Dejando ahora al margen el Derecho de los griegos y de los romanos, hasta la Edad Moderna el fundamento del Derecho se encontraba en el Derecho natural, entendiéndolo éste como el derivado de la ley divina eterna...Hasta el siglo XIX, por tanto, el Derecho se fundamenta en un Derecho ideal, compuesto por un conjunto de verdades primeras, eternas e inmutables, ya se considere que se derivaban de la ley eterna, o que no se más que un producto intelectual".

¹² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 17; expone que la valoración de la justicia es hecha ahora por el legislador y no por el juez, pasando a constituirse el derecho en un ente de carácter objetivo cuyo sustento fue la ley.

¹³ PRIETO SANCHIZ, Luis: *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill/Interamericana de España S.A., 1997, p. 335.

idea de los *principios generales del Derecho*¹⁴. Evidentemente, que la unión conceptual entre Derecho y ley es tan íntima en esta época, plenamente codificadora, que los juristas llegaron a entender que estos *principios generales del Derecho* sólo pueden encontrarse en la ley y los conciben, además como una fuente supletoria del texto legal expreso. De esta forma crean una dependencia legal de los mismos que antes no existía, pero que se enmarca dentro de esta nueva cosmovisión del Derecho que lo entiende integrado junto a los otros conocimientos científicos y donde la verdad no puede obtenerse más que a través de los hechos. De este punto deriva la jurisprudencia de conceptos de IHERING, quien luego derivaría al positivismo sociológico¹⁵, aunque LARENZ¹⁶ señala que aún antes de la jurisprudencia de conceptos, ya habían juristas que se apartaban de la letra expresa de la ley y que él reúne en la llamada “teoría objetiva de la interpretación”. Esta doctrina reconoce la existencia de *principios generales del Derecho*, cuya función fundamental sería la de dar unidad a todo el ordenamiento jurídico y cuya fuente no se encontraría en la ley, sino en los fines perseguidos por ella, de acuerdo a su época y problemas que trató de solucionar¹⁷. Se sucederán posteriormente otras variantes del positivismo que también intentarán buscar un fundamento para el Derecho ajeno a la ley, lo que provocará precisamente aquello que hoy lamentamos: cada una de estas tendencias entenderá de distinta forma los *principios generales del Derecho*, aunque el sustrato común en ellas será el mayor o menor apego al texto legal. Para GARCIA DE ENTERRIA¹⁸, la revisión de los presupuestos positivistas se da en las siguientes etapas:

1ª.- Los positivistas reconocen que la tipificación de los supuestos de hecho realizada por el legislador, no puede ponerse en todos los casos ni agotar todas las posibilidades que se dan en la vida social. El reconocimiento de la existencia de “lagunas de la ley”, abre el camino para encontrar una primera solución a ellas que se da por la vía de un proceso deductivo operado a partir de las propias leyes (expansión lógica de las normas singulares) que no requiere de ningún principio trascendente de justicia material.

2ª.- Si el asunto fuera tan simple como que el Derecho está constituido por un sistema de mandatos del Estado, la interpretación del mismo se agotaría en la simple exégesis de las palabras contenidas en la ley, buscando la precisa y real voluntad del legislador por este medio. Sin embargo, varios autores demostraron la necesidad que tenía el intérprete de recurrir a criterios prepositivos para examinar los elementos positivos¹⁹ y de este modo dejar de lado la voluntad del

¹⁴ BELADIEZ ROJO, (n. 11), p. 21, con especial referencia en n. 10.

¹⁵ IHERING, Rudolph von, *El fin del Derecho*, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 213.

¹⁶ LARENZ, Karl, *Metodología y Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Editorial Ariel S.A., 2ª edición, Barcelona, 2001, p. 48.

¹⁷ *Ibid.* p. 49.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA: (n. 12), pp. 18 ss. Seguiremos en las siguientes páginas la exposición que presenta para esta evolución.

¹⁹ *Ibid.*, p. 19, especialmente las n. 9 y 10.

legislador para entrar en la voluntad de la ley, susceptible de una interpretación evolutiva. “*La autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del Derecho, sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; -sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar*”²⁰.

3ª.- La consecuencia inevitable del proceso anterior, resulta ser precisamente el abandono aquella máxima del positivismo en virtud de la cual el juez sólo es un aplicador del Derecho. Así aparece como innegable que la aplicación del Derecho hay un grado de acercamiento hacia el proceso de creación del mismo, ya que toda interpretación judicial requiere de una conformación valorativa de la norma en cuestión, en la que es imposible prescindir de un enjuiciamiento del caso a partir de los *principios generales del Derecho*, buscando el Derecho fuera de la ley.

Por su parte DEL VECCHIO²¹, afirma la unanimidad de opinión en los autores contemporáneos a él, en el sentido de no identificar los *principios generales del Derecho* con los principios del Derecho Natural o con los del Derecho Romano, al que, en todo caso, reconoce un valor intrínseco en la determinación de los mismos. Curiosamente, este autor defiende la posición en virtud de la cual debe entenderse que el concepto y contenido de principios jurídicos (pre-codificadorio) es equivalente al concepto y contenido de *principios generales del Derecho* (post-codificación), fundándose para ello en las disposiciones pertinentes del Código Austriaco y del Código Albertino²², que en su opinión no indican negación alguna al Derecho Natural, ya que este tópico no habría sido tema de discusión en el debate que precedió a la nueva terminología²³. Modestamente, creemos que DEL VECCHIO se equivoca en esta apreciación, pues si bien debemos admitir que la discusión a que se refiere efectivamente no existió, esto no significa que no haya estado presente en la mente de los juristas de la época, sobre todo si consideramos, como ya hemos señalado²⁴, que el proceso de Codificación y el cambio de sentido que el positivismo le da al Derecho, marcan no sólo un mutación de nomenclatura, sino un giro mucho más profundo en el contenido de las expresiones *principios jurídicos* y *principios generales del Derecho*, construyéndose este último concepto en base al reconocimiento del positivismo de una serie de falencias e imperfecciones en un sistema que esta escuela pretende

²⁰ *Ibidem.*, p. 20.

²¹ DEL VECCHIO: (n. 8), p. 43.

²² *Ibid.*, p. 44, n. 6 y 7.

²³ *Ibidem.*, p. 46.

²⁴ DEL VECCHIO: (n. 8), *Vid.*, p. 3.

perfecto. No debe olvidarse tampoco que la primera búsqueda de los *principios generales del Derecho* se produce intrasistema, a partir de la ley misma, lo que no puede menos que considerarse un cambio radical al confrontarse con la idea *iusnaturalista* de una búsqueda en lo extrajurídico.

b).- Concepciones doctrinarias en torno a los *principios generales del Derecho*.

Antes de entrar en el tema propio, difícil y siempre riesgoso de las definiciones, que dejamos para el apartado siguiente, nos parece adecuado hacer una referencia doctrinaria al concepto mismo del objeto de nuestro estudio y las diferentes posturas que la doctrina ha manifestado sobre el particular. Desde este punto de vista, resulta interesante el estudio de CARRIO²⁵, quien sostiene que el término "*principio general del Derecho*" se encuentra utilizado con los siguientes significados en materia jurídica:

1º.- En el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales.

2º.- En el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, que se traducen en conceptos jurídicos indeterminados.

3º.- En el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que fija la obligación de perseguir determinados fines.

4º.- En el sentido de norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución.

5º.- En el sentido de norma especialmente importante, aunque su generalidad pueda ser baja.

6º.- En el sentido de norma elevada de jerarquía.

7º.- En el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.

8º.- En el sentido de *regula iuris*, o de enunciado de la ciencia jurídica de una considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

Como se puede deducir fácilmente, esta autor considera que los *principios generales del Derecho* sólo pueden ser considerados como tales en la medida que sean normas, esto es, derecho positivo.

Por su parte PEREZ LUÑO²⁶, que a diferencia de CARRIO admite la posibilidad de principios extrasistemáticos, distingue los siguientes significados:

1º.- Como metanormas o reglas orientadoras para el conocimiento, interpretación y aplicación de las restantes normas jurídicas.

2º.- Como fuentes normativas a las que remite el ordenamiento jurídico.

²⁵ CARRIO, Genaro, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abedelo Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, 1986.

²⁶ PEREZ LUÑO: (n. 4), pp. 16 y ss.

3º.- Como postulados éticos que deben inspirar a todo el ordenamiento jurídico.

Por último, MODERNE²⁷ asume, en una línea similar a la de PEREZ LUÑO, la posibilidad de distinguir cinco tipos de *principios generales del Derecho*:

1º.- Los principios positivos del Derecho, que son normas formuladas explícitamente en los textos de derecho positivo o al menos construidas a partir de los elementos contenidos en estas disposiciones.

2º.- Los principios implícitos del derecho, que son reglas tratadas como premisas o consecuencias de las disposiciones de derecho positivo, sin estar expresamente enunciadas.

3º.- Los principios extrasistemáticos del derecho, que son reglas consideradas como principios, pero que no pueden ser ordenadas en las dos primeras categorías y que deben ser consideradas como exteriores al derecho positivo.

4º.- Los principios nombres del derecho, que son denominaciones porque no tienen carácter normativo y que caracterizan los rasgos esenciales de una institución jurídica.

5º.- Los principios-construcciones del derecho, que son instrumentos conceptuales presupuestos en la elaboración dogmática del derecho o en la aplicación y la interpretación jurídica.

Tradicionalmente se ha considerado que la doctrina se encuentra dividida en dos posturas respecto de la concepción de los *principios generales del Derecho*: la postura positivista, que sólo les otorga valor en la medida que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico a través de un texto legal; y la *iusnaturalista*²⁸, que ve en ellos principios filosóficos anteriores a toda ley y que gozarían, por ende, de validez con absoluta independencia del texto positivo. Los positivistas reprochan a los *iusnaturalistas* el hecho de que si los *principios generales del Derecho* fueran principios de Derecho Natural, la vaguedad de los mismos atentaría en contra de la seguridad y la certeza jurídicas, que son fines propios de la Codificación, y por lo mismo estos principios no pueden deducirse mas que por analogía del mismo ordenamiento jurídico. Esta tendencia doctrinal tiene, a su vez, tres líneas de desarrollo: la que sostiene que son principios del Derecho Romano, la que señala que son creación de la doctrina científica y los que ven en ellos una creación inductiva a partir de la ley. Por su parte los *iusnaturalistas* insisten en las falencias del ordenamiento jurídico, y con la finalidad de reducir la arbitrariedad a un mínimo, abogan por la aplicación de los *principios generales del Derecho* sólo con carácter supletorio a la ley. Esta misma posición "filosófica" tiene tres variantes: los *iusnaturalistas* puros que creen que son principios de

²⁷ MODERNE: (n.4), pp. 3 ss.

²⁸ Dentro de esta tendencia podemos encontrar a GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Editorial Civitas, 6ª edición, Madrid, 1993, p. 75; DIEZ-PICAZO, Luis y GUILLON, A.: *Sistema de Derecho Civil*, t. I, Editorial Tecnos, 4ª edición, Barcelona, 1982, p. 171; BETTI, E., *Interpretación de la ley y del acto jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 277 y ss.

Derecho Natural de contenido inmutable, aquellos que le dan un contenido mutable o progresivo y, por último, aquellos que los sustentan sobre la equidad o en ciertos valores como la justicia, la libertad y la dignidad humana.

En nuestra opinión creemos que hoy no se pueden hacer separaciones tan tajantes sobre el tema. Ciertamente que podemos ubicar a muchos autores indiscutiblemente en una u otra línea de pensamiento, pero también es indiscutible que hay muchos otros que ocupan una zona gris e intermedia sobre el particular, situación que hace imposible un encasillamiento absoluto de sus posturas.

Independientemente de todas estas posturas y de lo que ha significado la discusión entre *iusnaturalistas* y positivistas, para nosotros parece más acertada la posición que propugna la independencia de los *principios generales del Derecho* respecto de la ley, fundamentalmente porque, nuestra experiencia histórica y nuestra realidad nos muestran que el ideario del positivismo ha fracasado rotundamente, experiencias totalitarias de todos signos políticos de por medio, demostrando que la ley no necesariamente es justa y muchas veces ni siquiera tributaria de una finalidad superior y en este sentido “neutra”²⁹. Ciertamente, hoy no podemos concebir el Derecho y mucho menos a la ley, como fenómenos exentos de cualquier tipo de valoración que no estuviera contenido mas que un mismo texto legal, por lo que no nos parece conducente sostener que los *principios generales del Derecho* sólo pueden obtener la categoría de tales sino en la medida que estén incluidos y reconocidos como tales en una texto legal, porque llegar a esta conclusión nos vuelve nuevamente hacia la idea de que el Derecho sólo es la ley, retrocediendo hacia el ideario ya superado de la Codificación de que la ley es necesariamente justa y puede prever todas las situaciones que se dan en la sociedad que pretende regir. ESSER³⁰, siguiendo esta línea, declara expresamente que los *principios generales del Derecho* son independientes de la ley y encuentran su justificación en la naturaleza de la cosa sobre la cual recaen o en la institución jurídica respectiva. Además, afirma, ninguna colección de leyes es sólo una “masa” que puede estar ajena a los principios, ya que éstos, configurados como un sistema, permiten al juez la selección, aplicación y nueva formación de normas positivas: con estos principios el Derecho obtiene el carácter de ordenamiento jurídico. Pese a esto, LARENZ³¹ apunta acertadamente cuando dice que “*Los principios jurídicos, tal como los entiende Esser, ni son proposiciones jurídicas (normas) –aunque sean quizá muy ampliamente concebidas-, ni son proposiciones en el sentido de la Lógica (proposiciones axiomáticas, de las que pudieran ser derivadas, por medio de conclusiones racionales, proposiciones concretas de deber ser)*”.

LARENZ³², se refiere a los principios jurídicos, como él los llama, a propósito del enjuiciamiento del hecho y específicamente en lo que se refiere a los

²⁹ Ibid.

³⁰ Citado por LARENZ: (n.16), p. 146.

³¹ Ibid., p. 147.

³² Ibid., pp. 283 y ss.

juicios de valor que debe realizar el juez, en base a experiencias sociales, cuando requiere coordinar un hecho con el supuesto de hecho de una norma legal, según una pauta, que primero debe ser llenada de contenido. Según este autor sólo algunas de estas “cláusulas generales” remitirían a conceptos extrajurídicos, como sería el caso de las “buenas costumbres” que remiten a la Moral social y critica este mismo ejemplo en el sentido de que es muy difícil determinar en qué consiste dicha moral. No nos parece acertada esta crítica, porque como él mismo plantea, el hecho de que un concepto sea de difícil llenado en su contenido, no significa que este no opere o debemos descartarlo de plano de una realidad jurídica innegable que le asiste. De hecho, no puede menos que reconocer la existencia de los llamados “principios ético-jurídicos”, llegando a definirlos como “...*pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden ‘justificar’ decisiones jurídicas*”³³. Hasta el momento de la definición, podríamos estar de acuerdo con LARENZ, sin embargo, el agrega un punto que resulta crucial al momento de disentir de él: los principios no son reglas inmediatamente aplicables y sólo pueden serlo cuando vía legislativa o judicial, se les concretiza y perfecciona mediante la formación de grupos de casos. Es decir, para este autor los *principios generales del Derecho* no tienen vida propia y no pueden ser concebidos, sino a través de un reconocimiento necesario e ineludible por parte de una autoridad pública. Con una percepción muy parecida, analiza el fenómeno OLLERO³⁴ quien, criticando a GARCIA DE ENTERRIA, advierte que la afirmación de éste en el sentido de que los *principios generales del Derecho* ya “...*no se entienden como una mera sublimación sistemática del contenido de la normatividad legal, sino que aparecen como ‘principios de justicia material’, ‘nódulos de condensación de valores éticos-sociales’*”, no hace más que volver a replantear el problema de toda concepción no positivista que no es otro mas que el de la objetivización de estos principios, con la finalidad de que sean transformados en juicios éticos o políticos, dejando abierta la puerta al juego de factores extrajurídicos. “*Sólo a través de la labor judicial consideramos posible llegar a una formulación de estos principios que les permita cumplir su función*”³⁵.

Es evidente que los *principios generales del Derecho* constituyen, acéptese o no, lo permanente y lo cambiante en el Derecho, precisamente aquello de lo que no se puede prescindir en la evolución jurídica de cualquier ordenamiento. Esta percepción, generalmente aceptada, lleva a GARCIA DE ENTERRIA³⁶ a decir que el pensamiento jurídico occidental ha variado hacia una concepción sustancialista del Derecho, “...*cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia...se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los*

³³ *Ibid.*, p. 418.

³⁴ OLLERO, Andres: *Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pp. 137.

³⁵ *Ibid.*, p. 138.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 12), pp. 30 y ss.

problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y manejo que se volatilizaría si el tradicional lugar de la ley pretende ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del juez”, juicios, todos ellos, que compartimos a plenitud. Desde esta perspectiva la vieja discusión entre positivistas y *iusnaturalistas* pierde absoluto sentido, lo interesante es establecer que no se requiere indispensablemente que los *principios generales del Derecho* estén contenidos en una norma legal para considerarlos como tales, con vigencia y fuerza obligatoria, ya que lo que logra esta determinación es que ellos expresen una valor jurídico de la comunidad³⁷.

c).- Definición de principios generales del Derecho.

Tal como señala BELADIEZ ROJO³⁸ “*La definición de lo que ha de entenderse por principio jurídico o principio general del Derecho es una de las cuestiones que más difíciles resultan a los juristas*”. Esta dificultad proviene, continúa la misma autora, entre otros factores del hecho de que las mismas palabras que conforman el concepto se prestan para muchas confusiones³⁹. El asunto en cuestión, entonces excede por mucho las limitaciones de un trabajo como éste e incluso parece una osadía pretender que la definición conceptual de nuestro objeto de estudio sólo ocupe un acápite del mismo, cuando ni los teóricos del Derecho ni los filósofos se han puesto de acuerdo sobre la materia.

Básicamente podemos iniciar este intento descartando aquello que no debe ser considerado como *principio general del Derecho*: al respecto debemos recordar que para DEL VECCHIO⁴⁰, éstos no son los del Derecho Romano o los del Derecho Común, o sólo aquellos que se encuentran positivizados en textos legales expresos⁴¹. Muy por el contrario él cree encontrar la respuesta en los principios derivados del Derecho Natural. La posición del gran filósofo no debe sorprender, dado que precisamente él es eso: un filósofo. Al hacer referencia a los principios del Derecho Natural, DEL VECCHIO pretende evitar el peligro que significa la arbitrariedad el subjetivismo del juez, sobre todo cuando manifiesta que un principio general jamás se puede encontrar en contradicción con un principio particular con lo que asume dar congruencia al conjunto del ordenamiento jurídico.

³⁷ En este mismo sentido *vid.*, GARCIA DE ENTERRIA: (n. 12), pp. 33 y ss.; y BELADIEZ ROJO: (n. 11), pp. 40 y ss.

³⁸ BELADIEZ ROJO: (n. 11), p.17.

³⁹ Estas confusiones no son menores y ya apuntábamos cuántos significados distintos se le da al concepto en la doctrina. *Vid.* p.7 y ss.

⁴⁰ DEL VECCHIO: (n. 8), pp. 43 y ss., Para DEL VECCHIO está claro que para sus contemporáneos está absolutamente descartado que los principios generales del Derecho sean los derivados del Derecho Natural y él pasa a reaccionar frente a esta situación.

⁴¹ DEL VECCHIO: (n. 8), pp. 19 y ss. Es Clemente de Diego quien resume en este sentido el parecer de DEL VECCHIO.

Descarta también DEL VECCHIO que los *principios generales del Derecho*, sean tantos como sistemas jurídicos existan debido a que no concibe que “...las verdades supremas del derecho in genere, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos”⁴², puedan mutar dependiendo de la sociedad en la cual rija determinado sistema jurídico⁴³.

Otros autores como ALCHOURRON y BULYGIN⁴⁴, nos entregan datos que resultan interesantes aportes al momento de llegar a una definición, ya que señalan que los *principios generales del Derecho* sólo pueden ser considerados como normas no coactivas, y por lo tanto no sancionatorias, dado se caracterizan porque la descripción de las propiedades relevantes del caso genérico correspondiente presentaría un alto grado de generalidad y/o indeterminación semántica; o bien, como enunciados que no tienen el carácter de normas y tampoco influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema y que, por lo tanto, no tienen ningún interés.

Finalmente, MODERNE⁴⁵ realiza con el término “*principios generales del Derecho*” un ejercicio lingüístico y que lo ayuda a llegar a conclusiones de altísimo interés. Resumidamente señala lo siguiente: respecto de la palabra “principios”, esta se refiere etimológicamente a un “origen” o “causa primera”⁴⁶, sin embargo es fácil constatar que en el lenguaje jurídico se refiere más bien a consecuencias extraídas de la ley, la justicia, la costumbre, etc. Por lo tanto, podría decirse que los principios generales del Derecho, estarían en el comienzo o serían la fuente de donde emana el Derecho. Pero lo cierto es que corrientemente se entiende que más que un relación de origen lo que existe es una relación de pertenencia, de lo que sigue que los *principios generales del Derecho* más que estar en el origen del Derecho se encuentran en el Derecho, de manera que así se evita una concepción extrasistemática de los mismos. Respecto de la palabra “generales”, MODERNE trae a colación la oportuna precisión de BOBBIO⁴⁷ en el sentido de que la generalidad puede ser entendida referente a diferentes ámbitos, como una institución, una materia o todo el ordenamiento. En relación con la palabra “jurídicos”, se plantea una gran polémica sobre la necesidad que tendrían todos los principios de reconocimiento positivo, ya que sólo en esa medida serían jurídicos

⁴² *Ibid.*, p. 49.

⁴³ *Ibid.*: “La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente para cada pueblo particular, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una contradicción in adjecto, no corresponde ciertamente a la creencia en una *ratio iuris* de carácter universal que, desde los romanos acá, dígame lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente”.

⁴⁴ ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 107.

⁴⁵ MODERNE: (n. 4), pp. 2 y ss.

⁴⁶ Vale hacer notar que una referencia a este concepto que pertenece más a la Filosofía sólo se hace para un mejor comprender y no en un sentido estrictamente técnico.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto: “Principe generali di diritto”, en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turgen, 1994; citado por MODERNE, (n. 4), p. 2, n. 6.

y por tanto, ejercerían influencia sobre el Derecho. Si bien no es el momento de adelantar el tema de la naturaleza jurídica de los principios generales del Derecho, es obvio que este punto álgido se encuentra íntimamente unido a aquel porque de acuerdo a la idea que se tenga se optará por considerar sólo "jurídicos" a aquellos principios que tengan un reconocimiento positivo o se ampliará esta consideración a otros que carezcan de dicho reconocimiento.

Entonces, para llegar a una definición debemos tomar en consideración los siguientes elementos:

1.- Los *principios generales del Derecho* no son los principios del Derecho Natural o del Derecho Romano, pese a que pueden, en algunos casos coincidir con ellos.

2.- Los *principios generales del Derecho* no pueden considerarse como normas, entre otras cosas porque no tienen sanción, lo que no significa que carecen de importancia para el Derecho.

3.- Los *principios generales del Derecho* no requieren de reconocimiento positivo expreso para configurarse como tales.

4.- Los *principios generales del Derecho* pueden tener diferentes grados de generalidad, en el sentido que puede ella referirse a todo el ordenamiento jurídico, a una materia determinada o a una institución específica.

5.- Los *principios generales del Derecho* permiten sistematizar coherentemente el ordenamiento jurídico, pero también adquieren importancia en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

En suma podemos concluir que los principios generales del Derecho son aquellos enunciados de la ciencia jurídica que por su grado de generalidad permiten la sistematización coherente del ordenamiento jurídico o de una parte del mismo, orientando la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

El asunto sobre cuál es la naturaleza de los *principios generales del Derecho*, importa determinar dos situaciones: a).- Si a estos se les debe considerar como normas jurídicas o debe excluirseles de esta categoría⁴⁸; es decir si los principios son norma o si principio y norma son fenómenos diferentes y; b).- Si trascienden al ámbito jurídico o sólo se quedan en él.

a).- Principios generales del Derecho y normas jurídicas.

Debemos dejar claramente establecido que el problema que aquí se trata de resolver no es si se requiere reconocimiento positivo para los *principios generales del Derecho*, sino sólo si estos son normas o no. Perfectamente sería posible considerar que no se requiere de texto legal expreso para tener la calidad de

⁴⁸ No entraremos aquí en la interesante teoría, pero ajena a nuestra experiencia jurídica, de DWORKIN, Ronald que distingue entre las normas aquellas que son reglas y aquellas que son principios jurídicos. Vid. DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad. GUASTAVINO, Marta, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72 y ss; 134 y ss.

principio general del Derecho y al mismo tiempo considerar a éstos como normas. Además, también debe considerarse que toda esta discusión tendrá un resultado u otro dependiendo de lo que queramos entender por norma y para despejar las dudas en este sentido, nosotros entendemos por norma jurídica aquella prescripción jurídicamente vinculante, es decir con fuerza obligatoria.

Respecto se han planteado dos posturas básicas: aquella que considera a los *principios generales del Derecho* como una norma y aquella que le niega tal carácter y, por tanto los considera fenómenos distintos.

BELADIEZ ROJO⁴⁹ señala que en la doctrina española la mayoría de los autores se pronuncia por una normativización de los *principios generales del Derecho* y cita entre otros a DIEZ PICAZO, GARCIA DE ENTERRIA y GORDILLO CAÑAS⁵⁰. Para todos ellos la equiparación entre norma y *principio general del Derecho* es perfecta y no presenta contradicciones en sí misma. Desde nuestro punto de vista esta postura es insostenible por, a lo menos, dos razones:

1.- Las normas se caracterizan por tener supuestos de hecho al cual son aplicables, situación que no se presenta en el caso de los principios generales del Derecho.

2.- Las normas tienen una fuerza vinculante inmediata, en cambio los principios generales del Derecho no tiene una indicación vinculante con carácter inmediato⁵¹.

Por esto la mayoría de los autores sostiene que los *principios generales del Derecho* no son normas: en esta posición podemos encontrar a BETTI⁵² (pese a que no dice que no son normas, sino que no son jurídicamente obligatorias), MODERNE⁵³ y LARENZ⁵⁴, para quien el concepto de norma es tan restrictivo (conexión entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica) que si llegáramos ha aceptar una idea más amplia no habría problemas en incluir a los principios dentro de la definición de norma de este autor.

Concluyendo entonces que los *principios generales del Derecho* son un fenómeno jurídico que no requiere de positivización para tener existencia, por lo mismo no requieren de la ley para tener eficacia y, por último, no pueden ser confundidos con una norma, dado que al tener esta, por definición, el carácter de vinculante no puede comprender al principio porque éste carece de dicha características. "*Los principios general del Derecho se expresan a través de todas las diversas clases de normas jurídicas, siendo inmanentes a ellas*"⁵⁵.

⁴⁹ BELADIEZ: (n. 11), pp. 76 y ss.

⁵⁰ *Ibid.* n. 1.

⁵¹ LIMA TORRADO, Jesús: "La naturaleza de los principios generales del Derecho", en *Revista de Ciencias Sociales*, N°23, 2º semestre, año 1983, p. 137.

⁵² BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. José Luis De Los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 277 ss.

⁵³ MODERNE: (n. 4), pp. 9 y ss.; *Actualidad de los principios generales del derecho*, pp. 2 ss., trad. Alejandro VERGARA BLANCO, del trabajo publicado en *Revue française de droit administratif*, 1998, pp. 495-518.

⁵⁴ LARENZ: (n. 16).

⁵⁵ LIMA TORRADO: (n. 51), p. 137.

b).- Trascendencia de los principios generales del Derecho.

El problema se centra, ahora en determinar si los *principios generales del Derecho* están sólo en el ámbito jurídico o más bien lo trascienden. Frente a este problema también se presentan dos tesis: aquella que los considera como categorías extrajurídicas y la que sólo los considera como netamente jurídicas.

De acuerdo a la exposición presentada por LIMA TORRADO⁵⁶, gran parte de la doctrina española se inclina por la idea de la extrajuridicidad de los principios generales del Derecho: algunos sostienen que se trataría de “ideas informadoras”, “formas mentales permanentes”, “categorías” extrajurídicas que servirían de base a todo el Derecho, o bien, meras construcciones doctrinales que no pueden ser fundamento del derecho positivo⁵⁷.

A su vez, las tesis que defienden la juridicidad de los *principios generales del Derecho*, pueden ser agrupadas en tres categorías⁵⁸:

- a) *Iusnaturalistas*, que los identifican con los principios generales del Derecho Natural.
- b) Positivistas, que entienden que ellos se pueden inducir de la legislación positiva de un determinado país. Por lo tanto, aquí los principios derivarían de las normas, pero no de cualquier norma o de todas las normas, sino de las normas jurídicas de un país determinado.
- c) Eclécticos, que les dan una naturaleza múltiple, comprendiendo tanto los principios superiores de justicia como los que informan el ordenamiento jurídico del país.

A nuestro juicio, los *principios generales del Derecho* tienen una naturaleza ecléctica, toda vez que si bien no pueden confundirse ni extraerse directamente y sin proceso alguno del Derecho Natural, es innegable que la mayoría de ellos coinciden directamente o por derivación con éstos. Sin embargo, al mismo tiempo es también cierto que estos principios obedecen a la evolución de las distintas culturas jurídicas, manifestada de una manera muy principal a través de los textos positivos, de los cuales también pueden extraerse *principios generales del Derecho*.

3.- FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Desde hace algún tiempo que la doctrina es relativamente pacífica en cuanto a que las funciones de los principios generales del Derecho son de fundamentación del Derecho, de interpretación del mismo e integradora de las lagunas legales⁵⁹.

⁵⁶ *Ibid.* p. 139.

⁵⁷ *Ibidem.* 139-141.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 142.

⁵⁹ Como apunta BELADIEZ: (n. 11), pp. 94 y ss., esta alusión a las funciones que desempeñan los principios generales del Derecho se justifican en la medida que se trata de reforzar la independencia de los mismos respecto de la ley. “Una vez superada, -al menos por la doctrina mayoritaria-, la concepción positivista del Derecho que estuvo vigente durante el periodo codificador, era necesario plantearse de nuevo las funciones que a esta figura jurídica corresponde desempeñar. Si ahora los principios se consideran una fuente del Derecho independiente y distinto de la ley, no puede limitarse a ser solamente la norma que permite integrar sus lagunas; y, por ello, se le asignan otro tipo de

Los *principios generales del Derecho* no pueden imponer más obligación que la de respetar el valor de que ellos contienen, pero su ámbito de aplicación es tan extenso que todos los actos jurídicos que se desarrollen en la comunidad determinada, quedarán bajo su influencia. Por esta razón llega a decir BELADIEZ ROJO⁶⁰ que las tres funciones que regularmente se dice cumplen estos principios, no son más que tres manifestaciones de una única función que ellos tienen como fuente del Derecho, por esto, señala, “...resulta más correcto referirse a estas funciones como las distintas formas de aplicación de los principios”⁶¹.

a.- Los *principios generales del Derecho* como fundamento del Derecho.

Desde esta perspectiva, los principios deben ser considerados como aquellos sobre los cuales descansa todo el ordenamiento jurídico, tanto en su parte permanente como en su aspecto mutable: informan todas las reglas y determinan el modo cómo se influyen mutuamente la sociedad y el ordenamiento que la rige⁶².

La respuesta a la pregunta de si los *principios generales del Derecho* son el fundamento del Derecho mismo y si esto sólo tiene un interés filosófico, dependerá de la concepción que tengamos de los mismos: si se les considera que ellos son las ideas centrales de la ley, resulta lógico concluir que no pueden tener más función que la integradora y la interpretativa; pero si se les considera algo distinto al derecho positivo, postura que compartimos, necesariamente se debe entender que ellos tienen una función fundadora, porque todo el ordenamiento debe estar inspirado en ellos. Bajo esta perspectiva y considerando la hipótesis de una regla que contraría alguno de estos principios, se tendría que resolver el asunto partiendo de la base de la antijuridicidad de dicha regla y por tanto, de la aplicación preferente del principio violentado por ella. Toda esta secuencia lógica de efectos, sin embargo, es más bien teórica cuando se enfrenta con la realidad de la Constitución, o mejor dicho con el principio de constitucionalidad, según el cual existe una superioridad jerárquica de la Carta Fundamental respecto de cualquier otra fuente del Derecho, “superioridad que exigiría que todo el ordenamiento deba ser interpretado atendiendo lo dispuesto en la Constitución, y, por ello, sólo procederá la anulación de los actos y normas que lo componen cuando no sea posible su acomodación al texto constitucional por vía interpretativa”⁶³.

‘funciones’ propias y diferentes de las que cumple la ley, poniéndose así de relieve la autonomía de los principios jurídicos respecto de las otras fuentes”.

⁶⁰ BELADIEZ: (n. 11), p. 98.

⁶¹ En adelante seguiremos a grandes rasgos las explicaciones de BELADIEZ: (n. 11), pp. 99 ss.

⁶² BELADIEZ cita en este pasaje a una obra de DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, que no hemos tenido a la vista.

⁶³ *Ibid.*, p. 105.

b.- Los principios generales del Derecho en su función interpretativa.

Se trata de que los distintos operadores jurídicos, tienen la obligación de interpretar todos los actos jurídicos, incluso los normativos obviamente, de conformidad a los *principios generales del Derecho* y a los valores contenidos en ellos.

No importa en esta función que los *principios generales del Derecho* sean un cánón interpretativo más, sino que el intérprete de entre todos los sentidos posibles debe tomar como óptimo aquel que más acorde se encuentre con estos principios.

c.- Los principios generales del Derecho como integradores de lagunas legales.

De acuerdo a lo expresado por LARENZ⁶⁴, pudiera pensarse que sólo existe una laguna legal cuando todas las leyes que pueden aplicarse a una situación de hecho no tienen respuesta para ese caso concreto, le son inaplicables. Pero lo cierto es que también existe los silencios legales y también se pueden dar casos en que la ley contiene una solución posible, pero esta no se ajusta a su sentido y fin, aunque sí a su literalidad. De esta forma el concepto de laguna legal se encuentra íntimamente unido a la idea de una codificación completa de todo el Derecho.

Lo más común no es encontrar una norma particular que de lugar a lagunas, llamadas “lagunas normativas”, sino que sea toda una regulación determinada la que en su conjunto presente estas lagunas: a estas llama LARENZ⁶⁵ “lagunas de la regulación”.

Se debe conjugar lo anterior, con lo que apuntábamos al momento de iniciar este estudio en el sentido de que siendo que uno de los principios base del movimiento codificador fue precisamente el de negar al juez la posibilidad de alegar la falta de regulación para resolver un conflicto, cuando existe una laguna legal éste efectivamente no puede realizar esta alegación porque esto se traduciría inmediatamente en una denegación de justicia.

Como sea y dando las categorías que se quiera a las lagunas legales, lo cierto es que la función vinculada a ellas que se le dan a los principios generales del Derecho, es de gran importancia dado que fue precisamente esto lo que configuró a estos fenómenos como algo distinto de la ley, garantizando un medio al cual el juez pudiera recurrir a falta de regulación para el caso planteado. No quedó mas a los positivistas y postcodificadores que reconocer la necesidad de recurrir a elementos extrasistemáticos para solucionar estas “imperfecciones” que se presentan en su “sistema perfecto” y de esta forma solucionar un problema que el positivismo hasta el día de hoy no puede enfrentar con éxito: la ley no puede ponerse en todos los supuestos de hecho, en todas las situaciones que pueden presentarse en la realidad, porque no existe un legislador con una imaginación tan preclara que permita la consecución de este ideal.

⁶⁴ LARENZ: (n. 16). pp. 363 y ss.

⁶⁵ *Ibid*, p. 365.

d.- Función explicativa y justificativa del Derecho.

Existe otra visión de las funciones de los *principios generales del Derecho*, que si bien es menos extendida no deja de ser interesante de analizar. Ella se debe a ATIENZA⁶⁶ quien supone dos funciones para los principios:

1ª.- Una función explicativa del Derecho. En este sentido los principios generales del Derecho, deberían concebirse como instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad. En este sentido, añade ATIENZA, los principios cumplen su función explicativa de dos formas: a través de su capacidad de sintetizar una gran masa de información, ya que como enunciados hacen posible una descripción muy económica del Derecho; y en segundo lugar, nos permiten entender el Derecho no como un simple conjunto de normas, sino como un conjunto ordenado y por ende dotado de sentido.

2ª.- Una función justificativa del Derecho. Es decir, determinar el rol que juegan estos principios en el razonamiento jurídico. Este papel es contrapuesto al que juegan las reglas, pero esto no significa que su rol sea de mayor o menor importancia que el de aquellas, sino las dos cosas a la vez. En efecto, porque los principios son menos que las reglas porque no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un camino argumentativo y por otro lado tienen menos fuerza que ellas. Mas, por otro lado, los principios son más que las reglas ya que al estar enunciados en términos generales, entran en juego en un mayor número de situaciones y además tienen una mayor fuerza expansiva que otro tipo de normas.

4.- RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Nosotros hemos definido los principios generales del Derecho como aquellos enunciados de la ciencia jurídica que por su grado de generalidad permiten la sistematización coherente del ordenamiento jurídico o de una parte del mismo, orientando la interpretación y aplicación de las normas jurídicas⁶⁷. Dado este concepto es conveniente detenerse en el proceso de reconocimiento de estos principios⁶⁸. En el caso de BELADIEZ ROJO⁶⁹, la tarea es tanto más compleja porque esta autora vincula los principios con los valores presentes en una comunidad y precisamente esto es lo que impide distinguir un principio cuando éste ya ha aparecido y no cuando se encuentra oculto en la conciencia colectiva. GARCIA DE ENTERRIA, también citado por esta autora, habría solucionado el problema a través de la tesis aportada por SAVIGNY, para quien al

⁶⁶ ATIENZA, Manuel: *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1989.

⁶⁷ Vid. supra.

⁶⁸ BETTI: (n. 28), pp. 281 y ss.: "La visión logicista tradicional, que les identificaba con los principios fundamentales de la legislación positiva, recabados de las particulares normas mediante un proceso de abstracción y de generalización creciente, ha sido sometida a una crítica radical que puede considerarse definitiva bajo el aspecto negativo, en las discusiones que han agitado a los juristas italianos en torno al modo de concebir los principios generales del Derecho en materia de interpretación".

⁶⁹ BELADIEZ: (n. 11), pp. 46 ss.

ser el Derecho la común convicción jurídica, el “espíritu del pueblo”, no podía ser recogido por una ley que es producto de un pensar nacional. De esta forma sólo las acciones típicas de los ciudadanos los que constituían las instituciones jurídicas. Así el reconocimiento de los principios se daría al analizar si existe algún valor jurídico latente en la comunidad y en torno al cual se organiza alguna institución. Además habría que concluir que estas ideas se convierten en principios en la medida que se institucionalizan, pero esto admite una inmediata crítica ya que el fenómeno se produce precisamente en un sentido contrario: es el principio el que origina la institución.

Como apunta BELADIEZ ROJO⁷⁰ el asunto de poder identificar estos principios resulta crucial en cualquier ordenamiento jurídico, no sólo porque permiten servir de conexión entre este y la realidad social que rigen, sino porque permiten ser aplicados a todos los supuestos de hecho en los que sea necesario adoptar una solución conforme al valor proclamado por este principio. Pero como este principio en su origen es un valor el tema se complica, sobre todo si consideramos los que LARENZ⁷¹ señala al respecto en el sentido de que un valor “*se caracteriza porque es sentido por el hombre como un requerimiento interior a tomar posición, y además a llevar a cabo una actividad realizadora de tal valor*”. Es decir, en principio los valores se reconocen a través de sentimientos y por tanto no pueden ser objeto de conocimiento por vías ordinarias.

Puede algún criterio exento de error servirnos para distinguir entre un simple valor y uno que se ha transformado en un principio: indudablemente, pero lo lamentable es que este criterio no existe. La única forma de demostrar la existencia de un principio, es mediante la experiencia fáctica de su aplicación.

En suma, el principio comienza siendo una idea de aquel que cree que un problema se debe resolver de acuerdo a un cierto valor. Luego esta idea se generaliza, pero ello no basta para considerarlo como principio, ya que de esta forma dejaríamos abierta la puerta al voluntarismo que es simplemente ajeno al mundo jurídico en todo sentido. Por lo tanto se requiere objetivizar este sentimiento, lo que es muy difícil pero imprescindible: por esto es que LARENZ⁷² alude a la imposibilidad de que estos criterios otorguen plena prueba que garantice que la idea es un sentir de la comunidad, mas “*...el jurista nunca puede prescindir de ella*”. De esto se colige que si bien no puede haber certeza plena en cuanto a que un valor determinado de la comunidad sea un principio jurídico, tampoco hay imposibilidad de identificarlos.

En todo caso, es obvio que el jurista que alegue la existencia de un nuevo principio debe fundamentar su alegato en datos objetivos o bien, como señala GARCIA DE ENTERRIA, demostrando que en torno a él se formó una institución jurídica⁷³.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 52 ss.

⁷¹ LARENZ: (n. 16), p. 221.

⁷² *Ibid.*, p. 231.

⁷³ BELADIEZ: (n. 11), p. 59.

Por lo tanto, si bien no podemos decir exactamente cuándo un principio ha nacido a la vida jurídica o siquiera cuándo ha perdido vigencia, si podemos distinguir las siguientes etapas en su desarrollo⁷⁴: primero nos encontraríamos con una etapa en la cual su vigencia estaría discutida, y estaría comprendida entre el momento en que el operador jurídico siente un valor como principio; luego entraríamos en una etapa de consolidación de dicho valor en toda la comunidad y de demostración por parte del operador jurídico a través de pruebas objetivas de que dicho valor es comunitario y no personal; una vez llegado a este punto se puede dar la posibilidad de una consolidación definitiva o bien de una nueva fase de discusión y, finalmente, puede que se consoliden sin una nueva discusión o simplemente pierdan vigencia⁷⁵.

5.- CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

La mayoría de los autores se encuentra de acuerdo en que se han realizado tantas clasificaciones de los *principios generales del Derecho* como es posible hacer: así se ha distinguido entre principios de derecho natural, principios políticos y principios tradicionales; inspiradores del Derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho y los que resultan de los imperativos de la conciencia social; principios de Derecho natural, principios fundamentales o constitucionales, principios institucionales y principios específicos que surgen de la interpretación de normas concretas; principios implícitos, explícitos y extrasistemáticos. ESSER⁷⁶ recoge las diferentes clasificaciones ofrecidas por la doctrina y él mismo distingue entre principios normativos o institucionales y los de carácter instructivo. Por su parte GARCIA DE ENTERRIA⁷⁷, indica que los principios pueden ser de dos categorías: “los superiores”, que son aquellos contenidos en la Constitución; y los institucionales, que se desarrollan a partir de una determinada institución. GORDILLO CAÑAS⁷⁸ también hace un distinguo entre principios constitucionales y aquellos que se obtienen de la ley y se derivan a partir de ella, a los que denomina postlegales.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 66 y ss.

⁷⁵ Recordemos que para DEL VECCHIO (n. 8), p. 51, el método predominante para descubrir los principios generales del Derecho, sería a través de la vía de la abstracción, a partir de la ley y hasta llegar a comprender el caso dudoso.

Por su parte BETTI (n. 28), pp. 288 y ss.; señala que la solución a la cuestión de quién está llamado a identificar los principios generales del Derecho, depende de la manera en que éstos se conciben.

⁷⁶ ESSER, Josef: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Madrid, 1961, pp. 114 y ss.

⁷⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E., “Principio de legalidad, estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°10, 1984, pp. 133 y ss.

⁷⁸ GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Ley, Principios Generales y Constitución*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 67.

Siguiendo en este sentido a BELADIEZ ROJO⁷⁹, creemos que lo importante es destacar aquella diferenciación, de las muchas que existen, que presente un punto de distinguir netamente jurídico o que tenga consecuencias jurídicas⁸⁰. De acuerdo a ella pareciera ser que la más acertada es la que separa los principios constitucionales de aquellos que no lo son. Los primeros han de ocupar un lugar preponderante en todo el ordenamiento jurídico porque se tienen por parte integrante de la Constitución. Así que el principio de que se trate esté expresamente o implícitamente contenido en la Carta Fundamental, poco importa dado que en ambos casos tienen categoría constitucional. Los otros principios, ajenos a la Constitución, no tendrán esta valoración. Aparte de esta diferencia, no existe otra, dado que todos los principios participan de las mismas características.

Para completar el cuadro se puede aludir a la clasificación que nos da a conocer RODRIGUEZ PANIAGUA⁸¹ que distingue los siguientes tipos de principios: los estatales, que pueden encontrarse expresamente formulados en el ordenamiento jurídico estatal; o implícitos en un conjunto de normas o en el ordenamiento todo; los institucionales que se derivan sólo del conjunto de normas que hacen referencia a una institución y por lo tanto son sólo a ella aplicables; comunes, que son aplicables a todo el ordenamiento jurídico; extraestatales o sociales, que pueden ser éticos o lógicos, dependiendo de si requieren o no juicios de valor.

II.- APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

1.- LA DOCTRINA NACIONAL Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Como señalamos⁸², la doctrina de nuestro país no ha estudiado el tema de los principios generales del Derecho con mucha profundidad y, en general podemos decir que su análisis no ha pasado de ser superficial. Sin embargo, a partir de los últimos veinte años se puede observar que se ha producido un fenómeno de exaltación de los principios, fundamentalmente vinculado a la tendencia de algunos constitucionalistas a conformar una hermenéutica particular para el Derecho Constitucional.

⁷⁹ BELADIEZ (n. 11) pp. 135 ss.

⁸⁰ Esta misma autora, (n. 11), pp. 137 ss., hace una interesante distinción entre los principios generales del derecho y los principios del derecho positivo que se manifiesta de la siguiente forma: en los principios del derecho positivo, lo que le da validez a los mismos no es el valor que expresan, sino la ley que lo recoge. De esta forma recoge '*la idea de LARENZ de principios del Derecho positivo entendiendo por tal 'los pensamientos directores y causa de justificación de una determinada regulación'.*

⁸¹ RODRIGUEZ PANIAGUA, José, *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1987, pp. 66 y ss.

⁸² Vid. p. 2.

a).- La doctrina tradicional y los *principios generales del Derecho*.

Los autores que han tratado el problema de los *principios generales del Derecho* en nuestra doctrina, lo relacionan con el más amplio asunto de la interpretación e integración del Derecho⁸³ y esto ya nos muestra una particularidad, dado que ninguno de los autores sostiene que los principios serían una fuente del Derecho.

PACHECO⁸⁴, no realiza ninguna aproximación y menos define lo que debe entenderse por principios generales del Derecho, sino que muy por el contrario sólo hace un pequeño desarrollo en torno a lo que se ha discutido respecto de ellos y quizás si el aporte más interesante que podemos encontrar en este autor se refiere a la inclusión de los principios generales del Derecho Internacional por la disposición contenida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En relación con estos principios internacionales, PACHECO concluye que ellos serían los reconocidos por los diferentes pueblos civilizados, ya sea que se encuentren incluidos en los respectivos ordenamientos jurídicos o bien se trate “...de aquellos que le sirven de fundamento”⁸⁵.

Del pensamiento de este autor podemos concluir que si bien deja abierta la posibilidad a la existencia de principios generales del Derecho que no tienen consagración positiva, lo cierto es que esto no deja de ser una apariencia, dado que estos principios sólo operan en su concepto debido a la aplicación del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que precisamente es un texto positivo.

Por su parte RIVACOBA⁸⁶ de una manera similar a la de PACHECO, ya que vincula específicamente el tema a las lagunas de la ley a la remisión que a ellos hace la ley; teniendo operatividad cuando todos los otros recursos a los que se ha acudido, incluyendo la analogía han resultado ser insuficientes. Sin embargo, este autor tiene el mérito de haberse pronunciado por una definición de principios al señalar que “...no hay ningún inconveniente en identificarlos con las normas de cultura reconocidas por el Estado...”⁸⁷. Evidentemente que la postura de este autor puede ser criticada desde diferentes aspectos, pero sin lugar a dudas que una de las más fuertes objeciones es que, al igual que PACHECO, en definitiva se inclina por una postura positivista toda vez que entiende que debe haber un reconocimiento estatal, que no puede ser otro que el legal, para configurar un *principio general del Derecho*. De esta forma, se niega la posibilidad de que un *principio general del Derecho* entre en pugna con una norma, toda vez que derivan de ellas y por lo mismo, deben concordar con todos los preceptos particulares.

⁸³ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *División y Fuentes del Derecho Positivo*, EDEVAL, Valparaíso, 1968, pp. 181 y ss.; PACHECO, G., Maximo, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 1984, pp. 378 y ss.

⁸⁴ RIVACOBA (n. 83), p. 416.

⁸⁵ *Ibid.* p. 417.

⁸⁶ RIVACOBA: (n. 83), p. 192.

⁸⁷ *Ibid.* p. 194.

En el caso de DUCCI⁸⁸, éste también analiza el asunto a partir de la interpretación de la ley y de los problemas derivados de las lagunas legales, reconociendo como un mérito que el legislador chileno no haya realizado referencia alguna a los principios generales del Derecho, sobre todo por la confusión conceptual para la que se ha prestado la expresión en otras legislaciones. Sin embargo, plantea una idea que es bastante discutible: aquella de que la referencia a los *principios generales del Derecho* ha sido hábilmente evitada por el Código a favor del denominado *espíritu general de la legislación*. En concepto de DUCCI, esto ha sido un acierto toda vez que “...los principios generales de la legislación tienen mayor generalidad que las normas expresas de las cuales derivan”. Podría sostenerse a través de una lectura liviana, que este autor sostiene una posición positivista, pero lo cierto es que aventurar una opinión como aquella es desconocer las distinciones que hace el mismo DUCCI, especialmente en el sentido de que él distingue claramente entre *principios generales del Derecho* y principios generales de la legislación, identificando a éstos últimos con el concepto de *espíritu general de la legislación*⁸⁹; de tal manera que cuando él alude a los principios, se está refiriendo sólo a estos últimos⁹⁰. De hecho, al final del acápite respectivo de su trabajo señala expresamente: “Si examinamos nuestra norma positiva encontraremos muchos principios que pueden o no ser principios generales del derecho, pero sí son principios generales de nuestra legislación”⁹¹. Por lo tanto, es claro que para DUCCI los principios generales de la legislación pueden ser a la vez *principios generales del Derecho*, pero esto no es requisito ni exigencia para tenerlos por tales. Dado lo anterior, no puede encasillarse a DUCCI como un positivista, toda vez que él no afirma que los *principios generales del Derecho* requieran de reconocimiento legal para su existencia, sino que, esta exigencia sólo se refiere a los principios generales de la legislación⁹². Desafortunadamente, lo que no contesta DUCCI es cuál sería el rol que tienen los *principios generales del Derecho* en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, RODRIGUEZ GREZ⁹³ también se refiere a los principios generales del Derecho a propósito de las lagunas legales y como elemento supletorio de la analogía. De acuerdo a lo expresado por este autor⁹⁴ estos principios serían aquellos en los cuales se pueden sintetizar la legislación general,

⁸⁸ DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª edición, 1997, pp. 152 y ss.

⁸⁹ Artículo 24 del Código Civil: “En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 153.

⁹¹ *Ibidem*, p. 154.

⁹² *Ibid.* Entre otros principios generales de la legislación DUCCI enumera los siguientes: el enriquecimiento sin causa (art. 1445 y 1467 del Código Civil); la protección de la buena fe, etc.

⁹³ RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 1992, pp. 25 y ss.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 27.

de tal manera que puede encuadrarse su pensamiento en la línea positivista, ya que luego insiste en que los únicos principios que pueden tomarse en cuenta para resolver un caso concreto, son "...aquellos que el mismo sistema contempla"⁹⁵. Sin embargo, RODRIGUEZ GREZ deja abierta la posibilidad de que el juez no sólo pueda extraer los principios desde la legislación vigente, sino que tiene la posibilidad de remitirse para ello a la tradición, aunque por cierto que serán los primeros los que primarán en caso de conflicto, por ser "...una reflexión más actual del legislador y su raciocinio..."⁹⁶.

Como se puede apreciar entonces, es claro que para nuestra doctrina tradicional los principios generales del Derecho son utilizados para efecto de realizar la labor interpretativa de la legislación vigente, de manera de solucionar el problema presentado por las lagunas de Derecho y en todos ellos se nota una clara orientación hacia el positivismo.

b).- La doctrina constitucional y los principios generales del Derecho.

Desde hace algunos años, se ido marcando cada vez más entre los constitucionalistas la idea de que el Derecho Constitucional y especialmente la Constitución requieren de reglas de interpretación propias y distintas de la legislación ordinaria⁹⁷. Dejando de lado todo lo cuestionable que puede resultar esta premisa⁹⁸, no podemos obviar este punto de vista, sobre todo porque a partir de él se ha ido generando una verdadera teoría de los principios constitucionales de interpretación, derivado de la idea de que la interpretación constitucional siempre debe hacer prevalecer el contenido teleológico de la Constitución.

Efectivamente, entre nosotros no han sido pocos los autores afirman que los valores superiores contenidos en la Constitución cristalizan en principios que son la clave de la interpretación⁹⁹. Es el caso de GARCIA BARZELLATO¹⁰⁰, la

⁹⁵ *Ibidem.*, p. 28.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Entre nosotros, y en la medida que se ha ido creando la conciencia de existir una hermenéutica constitucional propia y distinta de la aplicable a la ley común, se ha ido desarrollando entre los autores la idea de ciertos principios constitucionales que no sólo se aplican a la interpretación propiamente constitucional, sino que informan todo el ordenamiento jurídico, tal es el caso del denominado principio de respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana, el de la unidad de la Constitución, de la fuerza normativa, de la buena fe, etc. Sobre el particular se puede encontrar abundante bibliografía, pero especialmente se puede revisar ZAPATA LARRAIN, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994; "La interpretación de la Constitución, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, 1990, pp. 168 y ss.; QUINTANA BRAVO Fernando: *La interpretación, sus problemas y sus límites*, Editorial EDEVAL, Valparaíso, 1989, pp. 11 y ss.; SALAZAR SANCHEZ, Marta: "Interpretación de la Constitución y control de la ley interpretativa por el Tribunal Constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N°2-3, 1993, pp. 472 y ss.; BULNES ALDUNATE, Luz: "La jurisprudencia del tribunal Constitucional y la Interpretación Constitucional", en *XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Concepción, 1988, pp. 89 y ss.; FIAMMA O., Gustavo: "Fundamento constitucional del Principio de Legalidad en Chile", en *Gaceta Jurídica* N°84, 1987, pp. 10 y ss; etc.

⁹⁸ LEAL, Alberto: "Los métodos de interpretación constitucional", en *Revista de Derecho Público*, año 1989, pp. 58 y ss.

⁹⁹ ZUÑIGA URBINA, Francisco: "Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional", en *Interpretación, Integración y razonamientos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 296 y ss.

interpretación constitucional debe considerar a la Constitución como un todo orgánico, coherente y armónico, armonía que precisamente se encuentra a través de la aplicación de los principios constitucionales elementales. NAVARRO¹⁰¹ por su parte sostiene que la Constitución debe interpretarse de acuerdo con los principios y valores fundamentales perseguidos por sus autores, que la ciudadanía hizo suyos y que no son sino concreción de los derechos más fundamentales, como la libertad y la igualdad de los hombres. Esta tendencia a identificar los principios con los valores superiores de la sociedad es comúnmente seguida por los constitucionalistas, que por esa vía evitan a conceptualizar los principios constitucionales. CEA EGAÑA¹⁰² plantea en similares términos la labor interpretativa constitucional y la influencia de los principios que en ella, sosteniendo que la Constitución debe interpretarse y aplicarse con sujeción a los valores que modelan la institucionalidad política, social y económica proclamada en la misma Constitución, a través de principios matrices que sirven en los tres planos aludidos. Curiosamente, ninguno de los exponentes de esta corriente definen lo que son los principios constitucionales, sino que inmediatamente dan un catálogo de los mismos¹⁰³, sin reparar en esta falta metodológica.

De lo anterior podemos concluir que tanto la existencia de una interpretación constitucional con reglas propias, como asimismo la de principios propios del Derecho Constitucional es un asunto sumamente cuestionable y que tiene una presencia más aparente que real en la doctrina, dado que ella misma no ha sido capaz, hasta el momento de definir lo que debemos entender por principios constitucionales, los que desde nuestro punto de vista no son otra cosa que aquellos presentes en la legislación ordinaria y que por la vía de la interpretación han tenido una suerte de sanción a nivel constitucional.

2.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA.

Queda ahora por analizar, cual es la acogida que han tenido los *principios generales del Derecho* antes nuestra tribunales de justicia¹⁰⁴.

Lo cierto es que encontrar una referencia a los *principios generales del Derecho* en las sentencias de nuestros tribunales es una tarea difícil. La mayoría de los fallos hace referencia más bien a la aplicación particular de un determinado

¹⁰⁰ GARCIA BARZELLATO, Ana María: "Los elementos de interpretación constitucional y su recepción en la jurisprudencia chilena", en *Interpretación, Integración y razonamientos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 331.

¹⁰¹ NAVARRO BELTRAN, Enrique, "Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980", en *Interpretación, Integración y razonamientos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 324.

¹⁰² CEA EGAÑA, José Luis: "La interpretación axiológica de la Constitución", en *Interpretación, Integración y razonamientos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 89.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 297.

¹⁰⁴ Sólo se han citado en este trabajo sentencias dictadas a partir del año 1985, por escapar una revisión minuciosa de toda la jurisprudencia a los objetivos de este estudio.

principio y no a la generalidad de los mismos. Además debe considerarse que la jurisprudencia tampoco es uniforme al momento de la conceptualización de los principios, su forma de operar y las funciones que cumple en el ordenamiento jurídico.

Así podemos ver, por ejemplo como en una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel¹⁰⁵, dicho tribunal habla de “principio de derecho” y de la necesidad de su “incorporación al ordenamiento jurídico”. Es decir utiliza una nomenclatura no muy común y además nos refiere una posición absolutamente positivista del tema. En un sentido diverso se plantea la tesis de la Corte Suprema¹⁰⁶ que refiriéndose a un asunto laboral, sostiene que el *principio general de Derecho* allí invocado no requiere de reconocimiento positivo y prima incluso en contra de la materialidad de documentos suscritos.

Este mismo tribunal, pareciera retractarse de la sentencia antes citada cuando resuelve que es un principio interpretativo de la ley que ésta no puede alterar la realidad de las cosas¹⁰⁷. Ese mismo año, la Corte Suprema hablando directamente de los principios generales del Derecho sostiene que “*La violación de los artículos 19 y 22 del Código Civil no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo atendido a que, dichas reglas sólo constituyen principios o normas generales destinadas a orientar la labor del tribunal en su función específica de averiguar y fijar el recto y genuino sentido de la ley, por lo que su infracción no puede influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que no tiene el carácter de decisoria litis*”¹⁰⁸. Es decir, en este fallo la Corte Suprema sostiene que los principios generales del Derecho están orientados específicamente hacia la interpretación y además no los concibe sólo como de naturaleza positiva, porque si bien se refiere a los dos normas citadas como ejemplos de ello, nada obsta a que puedan encontrarse otros ajenos a la legislación.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Santiago, refiriéndose a un tema relacionado con la pensiones de vejez¹⁰⁹, afirmó que “*Principio fundamental inspirador de la legislación vigente en materia de seguridad social es el de integridad y suficiencia, que permite atender la contingencia respectiva con prontitud y dar solución al caso social concreto*”, es decir, se vuelve a una posición no positivista, pero se deja de lado la definición de *principio general del Derecho*.

Por el último, el Tribunal Constitucional en una sentencia del 26 de Junio de 2001¹¹⁰, plantea la tesis de la existencia de un principio general que sería el de la primacía Constitucional, estableciendo que él emana de lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución, aún cuando no lo define y se apoya en consideraciones

¹⁰⁵ R.D.J., t. 92, N°2, año 1985, 2ª parte, sec. 5ª, p. 161.

¹⁰⁶ R.D.J., t. 87, N°1, año 1990, 2ª parte, sec. 3ª, p. 37.

¹⁰⁷ R.D.J., t. 89, N°1, año 1992, 2ª parte, sec. 3ª, p. 21.

¹⁰⁸ R.D.J., t. 89, N°1, año 1992, 2ª parte, sec. 1ª, p. 52.

¹⁰⁹ R.D.J., t. 90, N°2, año 1993, 2ª parte, sec. 5ª, p. 34.

¹¹⁰ R.D.J., t. 98, N°2, año 2001, 2ª parte, sec. 6ª, p. 91.

doctrinarias para aplicarlo. Incluso en el considerando 11º señala que “...la Justicia Constitucional no puede resignarse frente a interpretaciones fáciles que conduzcan a estos resultados y es su deber esforzarse en buscar aquella otra que efectivamente demuestre que los numerales del artículo 82 que se examinan, tienen su razón de ser dentro de la preceptiva constitucional, sin forzar o contradecir los principios y valores que le sirven de sustento”.

De esta pequeña, pero significativa muestra de jurisprudencia de nuestros tribunales, podemos concluir que en lo que dice relación a este tema, las opiniones se encuentran absolutamente difusas: algunas veces se exige un reconocimiento positivo, otras no; en general se evita la definición y se opta por hablar directamente del principio aplicable en cuestión y, quizás, si en lo único que hay unanimidad es que la función de los *principios generales del Derecho* sería esencialmente interpretativa, pero no sólo a falta de ley, sino también para dar coherencia a la misma.

CONCLUSIONES.

1ª.- Es notorio, en contraposición a la experiencia extranjera, que en Chile falta un estudio profundo de los *principios generales del Derecho* a nivel doctrinario. Lo mismo puede decirse respecto de la actividad de los tribunales de justicia, que salvo el caso del Tribunal Constitucional, en general no elaboran nuevos principios, sino que más bien procuran aplicar aquellos desarrollados por la doctrina. Este cuadro general hace, evidentemente, más difícil un análisis pormenorizado de los principios en nuestro país

2ª Ni la doctrina nacional ni la extranjera están contestes en cuanto al contenido, sentido y definición de los *principios generales del Derecho*. La jurisprudencia nacional no se ha pronunciado al respecto y tiende más que a definir a equiparar este concepto con otros, tales como el espíritu de la legislación, buscando como base positiva para su aplicación la disposición del artículo 24 del Código Civil.

3ª.- Innegablemente, en nuestro ordenamiento jurídico a los *principios generales del Derecho* se les ha dado una función vinculada con la interpretación y especialmente vinculada al problema de las lagunas legales. Sin embargo, hay jurisprudencia que los entiende también como principios informadores de toda la legislación y por tanto, como elementos que dan coherencia y sentido a todo el ordenamiento jurídico.

4ª.- Se puede decir que en Chile se sigue una tendencia positivista respecto de los *principios generales del Derecho*, en el sentido de que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria entienden que éstos deben estar sancionados positivamente para tener vigencia.

5ª.- Respecto a la clasificación de los *principios generales del Derecho*, se está dando la tendencia en nuestro país a distinguir aquellos que tienen un origen constitucional de aquellos que derivan del derecho común. Sin embargo, pareciera

ser que esto no tiene base sólida, sobre todo si se considera que ni los constitucionalistas, ni el Tribunal Constitucional han podido determinar aún con certeza cuál es la diferencia entre uno y otro tipo de principio.

6ª.- En cuanto al origen de los principios generales del Derecho, en nuestro país ha sido más bien la doctrina la que se ha dado a la tarea de configurarlos e individualizarlos, siendo la labor de la jurisprudencia relativamente menor en este sentido, lo que marca un contrapunto notable con otros ordenamientos jurídicos.