

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2003

### ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 21 / 2003



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2003

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 21  
2 0 0 3

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Central de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, del Desarrollo, del Mar, Internacional SEK, de Magallanes, de la República, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2003

## ESTUDIOS DE TEORIA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2003 - 2005)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,  
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,  
Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, y  
Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene  
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-  
dencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3,  
Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

PALABRAS PRELIMINARES

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta el número 21 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2003. Esta obra se edita desde 1983, esto es, dos años después de que la mencionada sociedad fuera fundada en Valparaíso como sección nacional de la *Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*.

El presente volumen se inicia con la sección *Estudios*, donde el lector encontrará 13 trabajos de teoría y filosofía del derecho de distintos autores nacionales y extranjeros.

Sigue a continuación la sección *In Memoriam*, con textos de Miguel Reale, Gregorio Peces-Barba, Gianni Vattimo, Celso Lafer y Agustín Squella, que fueron escritos en enero de 2003, con motivo de la muerte de Norberto Bobbio. En cuanto a la sección *Testimonio*, contiene el texto de las últimas voluntades de Norberto Bobbio, escritas por éste en 1999, al momento de cumplir 90 años, y que fueron dadas a conocer después de su muerte.

En cuanto a la sección *Debate*, contiene un texto de Fernando de Laire, titulado "Ser progresista en Chile al despuntar el siglo XXI. 25 tesis para un urgente debate".

Por último, la sección *Recensiones* contiene 9 comentarios bibliográficos sobre igual número de libros de interés de Ray Monk, Francis Fukuyama, Robert Dahl, Otfried Höffe, Tadeusz Guz, Ricardo Guastini, Norbert Hoerster, Joaquín García-Huidobro y Cristóbal Orrego.

Tanto éste como los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico [asquella@vtr.net](mailto:asquella@vtr.net)

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

A su vez los ministros señores Ortúzar, Aburto y Jiménez, al concurrir al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 9 de agosto de 1988, rol n° 56, tuvieron además presente lo siguiente, en relación con la transmisión de propaganda electoral por los canales de televisión de libre recepción, según consta en el *Repertorio* de su jurisprudencia (p. 53, n° 15):

No aceptar, en su concepto, la obligatoriedad y gratuidad que con tanta justificada razón la ley impone a dichos canales, por excepción, y por un breve lapso, cada cuatro años, podría significar la mayor desigualdad y discriminación en lo que es la expresión más trascendente de la soberanía popular, como son la elección de Presidente de la República, de diputados y senadores y el plebiscito. Dicha desigualdad favorecería, sin duda, a los candidatos, partidos o sectores con mayores recursos económicos, los que tendrían la mejor posibilidad de inducir a los electores a emitir su voto por candidatos determinados o apoyar algunas de las proposiciones sometidas a plebiscito.

## EL DERECHO COMPARADO COMO INTERPRETACION Y COMO TEORIA DEL DERECHO \*

OTTO PFERSMANN \*\*

El Derecho Comparado es una disciplina extraña. Por mucho tiempo ha sido considerada como exótica y desprovista de implicancia real y sin embargo hoy en día afirma su presencia en los cursos universitarios y en la práctica jurídica. Una porción de Derecho Comparado se ha vuelto indispensable en toda investigación doctoral y no existe juez ni legislador que no dé un vistazo a la experiencia extranjera antes de aventurarse en la construcción de una nueva reglamentación o en la solución de un caso inédito. Es el propio Derecho Comparado que, de esta forma, hace manifiestas sus nuevas aspiraciones y reivindica todas las competencias en materia de unificación del Derecho e incluso en la acreditación de la pertinencia de las soluciones nacionales. La "globalización" del Derecho así como la interpenetración progresiva de los ordenamientos jurí-

---

\* Artículo aparecido en francés bajo el título "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit" y publicado en la *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 2, 2001, p. 275-288. Traducción de Aristóteles Cortés Sepúlveda, abogado, D. E. A. (Magíster) en Derecho público y candidato a doctor Universidad Aix-Marseille III, Francia.

\*\* Profesor de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne). Profesor visitante de la Universidad de Oxford.

dicos, reforzada por la evolución de los ordenamientos jurídicos supranacionales, parecen dar aquí toda su legitimidad a esta nueva forma de proceder. Frente a una economía mundial cada vez más integrada, los particularismos jurídicos asoman como obstáculos y se espera que el jurista los evada antes que el comparatista los elimine. Sin embargo, después de algunas grandes tentativas orientadas a constituir un cuerpo de doctrina y una metodología para esta gran disciplina, se puede constatar que la misma se desarrolla de manera totalmente caótica y que son pocos los comparatistas que llegan a acuerdo acerca de la naturaleza misma de su objeto. El Derecho Comparado ha creado grandes esperanzas, ambiciosas empresas, pero reposa aún en la más débil de las epistemologías (1).

Si se juzga a partir de las actividades desarrolladas bajo esta etiqueta se tiene que, ya de manera más o menos implícita, las siguientes creencias circulan de forma dominante a propósito del Derecho Comparado: 1) es un sistema jurídico transnacional; 2) es una ciencia que permite unificar Derechos diferentes o anticipar su unificación (o, en su caso, la homogeneización) inherente a la evolución de los sistemas jurídicos globalmente considerados; 3) es la ciencia de los Derechos extranjeros; 4) es una ciencia que permite mejorar la solución de los casos jurisdiccionales.

La proposición 1) es rara vez enunciada en esos términos de forma aislada, pero constituye el fundamento implícito de las tesis 3) y 4) y a veces, es la justificación implícita de la proposición 2). De todas estas creencias, la segunda es, sin duda, si se le reformula de una forma apropiada, la más defendible, pero al mismo tiempo la menos interesante. Las otras denotan una concepción según la cual

1. Es difícil encontrar construcciones muy elaboradas. Si se consulta, por ejemplo, el libro de Basil Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford Hart Publishers, 1997, se encontrarán muy interesantes textos de Derecho Comparado, pero no, en sentido propio, una metodología, sino es otra que el precepto de destruir los mitos acerca de los derechos extranjeros (p. 37). Esta tarea es, por cierto, esencial, como lo es, de una manera general, en toda empresa científica, la crítica de las falsas creencias, pero reduce el Derecho Comparado a la descripción de los Derechos extranjeros, lo cual, según la tesis que será defendida aquí, empobrecería considerablemente su objeto.

la descripción de un objeto confiere por sí misma una aptitud concreta de producirlo según lo que sería objetivamente lo mejor. Esta capacidad no sería un poder simplemente abstracto y teórico, sino el ejercicio efectivo de una atribución normativa. Y esta aptitud para modificar el estado actual no sabría ser evidentemente otra cosa que producir una mejoría.

La proposición 4) constituye una aplicación de la proposición 1) a los casos particulares. Ella se presenta entonces igualmente como una versión menos fuerte y más aceptable de esta tesis, de la cual viene a convertirse en el enunciado de sustitución. Como la misma supone, en todo caso, este fundamento y sigue su misma suerte, no será considerada en cuanto tal en este lugar.

Evidentemente, puede ser que esta presentación sea caricaturesca o incluso fundamentalmente errónea y que sólo un estudio detallado y verdaderamente comprensivo de la producción "científica" realizada bajo la etiqueta de Derecho Comparado podría establecer con exactitud la pertinencia. En consecuencia, ella será admitida aquí no en cuanto verdad establecida, sino en tanto que hipótesis al menos plausible, si no de la descripción, de una práctica al menos posible. El uso frecuente de expresiones con connotaciones fantasmales múltiples y confusas, como "*ius commune*" o "Derecho global", para programas de investigación o instituciones universitarias, constituye, en todo caso, un poderoso índice en este sentido.

Lo que describe la hipótesis de las creencias dominantes, concierne a un conjunto de prácticas que se reclaman del "Derecho Comparado" y no se trata en caso alguno de cuestionar el uso lingüístico de un término. Un problema terminológico y conceptual no puede nacer sino en el marco de un discurso científico, es decir, de la construcción de un dominio del objeto y de la descripción lo más objetiva y lo más precisa posible de los objetos de este dominio así como de las relaciones entre ellos; en otros términos, ahí donde no se podría contentar con el funcionamiento espontáneo del lenguaje ordinario. En esta perspectiva, la expresión "Derecho Comparado" no puede utilizarse sino para calificar ya una disciplina jurídica, ya el objeto de la misma.

La tesis que se defenderá aquí es simple. Primero, que el Derecho Comparado no tiene ninguna competencia en materia de nuevas reglamentaciones o de soluciones de casos inéditos; segundo, que

el Derecho Comparado no es el estudio de los Derechos extranjeros y en un gran número de casos el estudio de los "Derechos extranjeros" no es en modo alguno el estudio de Derechos extranjeros; tercero, y sobre todo, que su objeto, mas no su método, se superpone al de la Teoría del Derecho, y posee, por esta razón, una función crítica y, eventualmente, tecnológica.

### I. LA UTOPIA PRESCRIPTIVA

Ciertas concepciones del Derecho Comparado proceden de la ilusión del jurista-legislador, sea por la proyección de un orden ideal, sea reivindicando la competencia para su producción.

#### A.— *El Derecho Comparado no es un ordenamiento jurídico*

La primera creencia constituye una afirmación ontológica: los ordenamientos nacionales son ilusiones, el verdadero Derecho es único y toca al Derecho Comparado presentarlo. Ella resulta de una confusión conceptual. No existe un sistema transnacional. El Derecho Comparado no es, en modo alguno, un ordenamiento jurídico sino una disciplina. El mismo supone una pluralidad de ordenamientos jurídicos entre los cuales se establecen "comparaciones"; y si son varios, simplemente no pueden formar, *en este sentido*, uno solo. En efecto, aún cuando exista un ordenamiento jurídico compuesto de diversos ordenamientos jurídicos, no se tratará nunca de algo que sea a la vez uno y múltiple en un sentido jurídicamente interesante. O bien, en efecto, no existe más que un solo sistema jurídico o bien existen varios. Si sólo existe uno, no hay problema alguno, si existen varios la solución propuesta (un sistema transnacional y en consecuencia único) debe ser por hipótesis desechada. En todo caso, las cosas pueden ser más complicadas desde el momento en que se admiten los sub-sistemas como los que existen en todo sistema de un cierto grado de complejidad. Pero esto viene a ser lo mismo, ya que o bien estos sub-sistemas son del mismo rango y entonces ninguno de ellos está subordinado al otro y habrá pluralidad, o bien no lo son y entonces volvemos a caer en el caso de la unidad. Esto no excluye, sin embargo, que sistemas del mismo rango se unan para formar uno solo o que sistemas de rango diferente beneficien, los unos respecto de los otros, de una autonomía más o menos fuerte,

esto es, de la capacidad de organizarse ellos mismos pudiendo ir hasta un cierto grado de contrariedad en relación a las reglas del sistema de rango superior. Pero la cuestión de la autonomía supone que uno se sitúe en el marco de un sistema único. Al contrario, un sistema que estuviera en cuanto tal compuesto de varios sistemas no sería en consecuencia otra cosa que un conjunto compuesto por varios elementos sin relación entre ellos.

Lo anterior deriva de la ontología de los sistemas jurídicos. Ellos son formalmente cerrados y materialmente abiertos. Toda norma jurídicamente válida pertenece al sistema considerado porque otra norma del mismo ordenamiento le atribuye esta propiedad; y únicamente las normas producidas según las formas previstas pertenecen a un ordenamiento jurídico determinado. Al contrario, todo contenido de una norma jurídica simplemente posible puede convertirse en el de una norma de un sistema jurídico actual, a menos que una norma ya en vigor en este sistema se oponga a ello. Cuando se estudia Derecho, se analizan uno o más de estos sistemas. Se describe el Derecho francés, italiano, japonés, norteamericano, etc. Es decir, que si existe un Derecho francés y un Derecho norteamericano es porque uno no es válido en el otro. El derecho alemán no es, en cuanto tal, válido en Francia; el Derecho italiano no es válido en el Reino Unido; la moral protestante no es jurídicamente válida en Holanda, pero cada ordenamiento jurídico puede integrar contenidos válidos en ordenamientos diferentes: si un ordenamiento integra tal o cual elemento de otro, éste será válido en el ordenamiento que lo integra en cuanto regla de ese sistema, en razón de las reglas de ese sistema que han permitido dicha operación y no en razón de la naturaleza intrínseca de la regla integrada o en virtud de las reglas del sistema del cual ella proviene. Las reglas de integración pueden presentar un muy alto grado de complejidad, sobretudo por la institución de nuevos procedimientos que permitan la producción de tales reglas, pero ello no cambia en nada el hermetismo de los sistemas.

Podría evidentemente invocarse el ejemplo del Derecho comunitario o de otras formas de Derecho supranacional. Pero el Derecho supranacional no es Derecho que pertenezca a un sistema "transnacional"; se trata de un sistema internacional regional fuerte en el sentido en que las normas producidas en este sistema no solamente se imponen a los diferentes sub-sistemas (los estados-miembros), si-

no aún en que ciertas categorías de entre ellas se imponen directamente a los destinatarios de los sub-sistemas y aún antes de las de estos sub-sistemas. Se trata en consecuencia simplemente, para los ordenamientos nacionales, de un caso de autonomía sectorialmente muy debilitado o incluso eliminado.

Podría ser entonces que la ontología presupuesta de la clausura de las cadenas de validez sea simplemente errónea o que ella no constituya en todo caso el único modelo concebible. La primera objeción es débil ya que se trata de una ontología constitutiva y no de elementos de la observación o que resulten de un incierto procedimiento de investigación. La segunda constituye una dificultad en extremo seria. Puesto que, evidentemente, si está permitido determinar las propiedades constitutivas de un objeto, nada impide hacerlo de otra manera que la propuesta aquí.

Pero el problema no hace entonces otra cosa que invertirse y es la expresión "Derechos nacionales" o "sistemas jurídicos" que ya no son comprensibles. El comparatista en el sentido de la proposición 1) se interesa por hipótesis en una pluralidad simultánea de sistemas en cuanto sistema único. Para que su objeto sea interesante, es necesario que conserve los elementos de los sistemas múltiples tal como son tradicionalmente concebidos. Ahora, tal como son tradicionalmente concebidos y cualesquiera que sean las numerosas e importantes diferencias entre dichas concepciones, los diferentes sistemas jurídicos no son justamente considerados como elementos que conformen simultáneamente un sistema único (salvo en el sentido banal en que todos constituyen elementos de un conjunto o subsistemas de igual rango). Correspondería en consecuencia a un comparatista tal presentar la ontología alternativa que permitiría volver simplemente concebible la proposición 1).

B.— *El Derecho comparado no es la ciencia de una legislación Transnacional*

Conceptualmente incoherente, la tesis 1) crea la ilusión de la existencia de un orden ideal en el cual se reunirían las "mejores" soluciones de los diferentes sistemas positivos. Si se reconoce que se trata *actualmente* de una utopía, se intentará demostrar que existe

un saber que permite hacer avanzar la realización de la misma. Pero con esto no se hace más que transponer las dificultades.

La tesis 2) constituye una concesión respecto a la primera. Si es a una disciplina que corresponde la unificación del Derecho, lo es porque éste no está aún unificado. Esta tesis es, en todo caso, compatible con una versión débil de la creencia en un orden transnacional que considere que un orden tal existe, pero que no es aún lo que debería ser. Ella vincula implícitamente una tesis epistemológica (un cognitivismo jurídico: el experto en reglas positivas sabe cuáles son las reglas ideales) con una tesis ontológica (este saber produce reglas). Constituye una variante del sofisma jusnaturalista que induce al habitual fantasma del jurista que se cree productor de reglas ideales en la medida en que es experto en reglas positivas.

La fascinación que ejerce el Derecho Comparado como ciencia y *simultáneamente como ejercicio* de una nueva legislación, trascendiendo las fronteras y los obstáculos inútiles, articulando y reforzando el desarrollo natural de las cosas en sí mismas había ya actuado cuando la disciplina (en sentido amplio) aparece hacia fines del siglo XIX. Evidentemente, es difícil poner en duda que existe hoy en día, por ejemplo, una fuerte voluntad para homogeneizar todas las ramas del Derecho en juego en el intercambio de bienes, de servicios y capitales, sobretodo transnacionales, hasta las normas penales orientadas a reprimir ciertos actos ilegales en relación con estos intercambios. Se trata, por lo demás, de una evolución circular ya que cada nueva regulación que responde a las demandas de homogeneización, de unificación y de facilitación (y de represión de los actos ilegales en el marco de estas operaciones) engendra a su vez operaciones que hacen nacer nuevas necesidades de unificación y de facilitación. Un desarrollo similar se puede observar en todos los campos en que las instancias nacionales confrontadas a cuestiones que presentan, al menos en una cierta medida, similitudes con problemas que encuentran instancias nacionales más o menos parecidas en otros contextos y en otros países. El criterio intuitivo de la similaridad constituye el punto de partida de la emergencia de redes jurisdiccionales que adoptan prácticas decisionales comunes. Y aquí también el fenómeno es circular, puesto que desde que la red existe, la voluntad de conformarse a sus reglas hace nacer la necesidad de reforzar el funcionamiento.

Incluso si estos fenómenos existen y ganan en frecuencia, nada resulta, sin embargo, respecto de la cuestión de cómo el Derecho debe ser, y no se sigue tampoco que el Derecho debiera ser lo que su práctica transnacional actualmente ha establecido o está en proceso de establecer. Esta cuestión sigue siendo una cuestión perfectamente abierta, que pertenece a la filosofía política, y la observación así como la descripción de una armonización, de una unificación y de una conexión en red progresiva no proporciona ningún elemento de respuesta, ya que el problema es precisamente saber en qué medida el Derecho debería ser armonizado o unificado o en qué medida, bajo qué condiciones y según qué modalidades el mismo debería favorecer el intercambio. Si el comparatista reivindica, por el contrario, una competencia en materia de adaptación de las reglas conforme al objetivo de "favorecer el intercambio", admite al mismo tiempo que la determinación del fin le es ajena y que su competencia es estrictamente instrumental.

Por otro lado, es perfectamente posible que los comparatistas tengan no solamente el deseo de hacer política, sino también que ellos sean encargados efectivamente de participar en los trabajos de jurisdicción, pero este *hecho* no cambia en nada el que no es en cuanto comparatistas que ellos poseen en este caso una competencia específica diversa de aquella de la adaptación de los medios a los fines determinados.

## II. LA CONFUSION DESCRIPTIVA: EL DERECHO COMPARADO NO ES LA CIENCIA DE LOS DERECHOS "EXTRANJEROS"

Hacer del Derecho Comparado el estudio de los "Derechos extranjeros" privaría a la disciplina de todo contorno resolutivo. La proposición 3) resulta de la confusión entre el dominio de validez de un ordenamiento jurídico y el dominio del objeto de la ciencia del Derecho.

### A.— *El marco de aplicación contingente*

El Derecho Comparado no es un ordenamiento jurídico sino que una disciplina. Sin embargo, para los comparatistas que renuncian a la proposición 1) el problema consiste justamente en la determi-

nación exacta de su objeto. Tradicionalmente, es propuesto como tal la presentación de los "Derechos extranjeros" y a veces de los "grandes sistemas de Derecho". Nada impide evidentemente el conferir la etiqueta de "Derecho Comparado" a un curso o a un libro de Derecho español profesado o aparecido en Francia (o a la inversa), so condición que se reconozca que se trata de un sinónimo estricto del término "Derecho extranjero" lo que trae como consecuencia que todo texto *extranjero* se transforma en texto de *Derecho Comparado* desde el momento en que sufre un traslado geográfico. Un documento almacenado en un servidor extranjero se transforma en Derecho administrativo o comercial nacional si aparece en una pantalla nacional o si es impreso en un aparato situado en el territorio del país en cuestión, y se transforma en Derecho administrativo o comercial *comparado* cuando el mismo se solicita desde un lugar exterior a esta esfera.

Tal conceptualización es posible, pero se encuentra desprovista de interés ya que no es sino una función contingente del lugar en el cual se encuentra un texto, un lector o donde se desarrolla un curso. El Derecho Comparado sería simplemente una expresión de referencia como "yo" o "aquí", cuya significación depende de los parámetros de la situación en la cual es utilizada. Esto no es sino la consecuencia del hecho de que existen diferentes ordenamientos jurídicos en diferentes lugares y en momentos diferentes. Tal conceptualización se presta, por otra parte, a confusión, al menos en tanto que la sinonimia estricta entre Derechos extranjeros y Derecho Comparado no se encuentra justamente por entero establecida como una evidencia en el discurso científico. En consecuencia, no podrá evitarse que se pregunte si no existe otro Derecho Comparado al lado de aquél que es en realidad el estudio de Derechos extranjeros o si no existe otra disciplina consagrada a los Derechos extranjeros al lado de aquella que se denomina "Derecho comparado". Por razones de claridad, retendremos aquí, en consecuencia, el término "Derechos extranjeros" para denominar los sistemas diversos de los Derechos nacionales de referencia.

El hecho de llamar al estudio de Derechos extranjeros "Derecho Comparado" no hace más que denotar que la mayor parte de las disciplinas jurídicas están todavía y como siempre marcadas por un muy fuerte tropismo nacional y que el Derecho del país X enseña-

do y descrito en el país X es considerado como el Derecho sin más. Y, en efecto, si se quiere saber en el país X qué recurso es posible presentar contra un acto administrativo ilegal o qué acción es posible intentar para la anulación de un contrato que contiene una cláusula abusiva, conviene ahora y siempre buscar cuáles son las reglas "nacionales" pertinentes.

Esto no cambia absolutamente en nada si para el caso en cuestión la regla aplicable es en realidad una norma de otro país, puesto que "en realidad" quiere entonces decir simplemente que según las reglas del país X, es posible (u obligatorio) aplicar bajo ciertas condiciones las reglas de otros países *en cuanto reglas nacionales*; en otros términos que haya integración de normas extranjeras en el Derecho nacional. Una de las razones por las cuales existe hoy en día una coyuntura especialmente favorable al Derecho Comparado en el sentido de la proposición 3) es que los casos en que el Derecho nacional respectivo permite (o vuelve obligatorio) la aplicación de reglas de origen extranjero por integración y los casos en que estas reglas son efectivamente utilizadas son cada vez más frecuentes. Pero aquellos que dirigen aquí su mirada hacia los Derechos extranjeros a título del "Derecho Comparado", no analizan ni siquiera los Derechos extranjeros en cuanto tales, sino que estudian casos específicos de aplicación del Derecho nacional así como aquél que clasifica los casos de aplicación de una cláusula de buenas costumbres integrando ciertas normas de origen extrajurídico en el Derecho nacional. Es la actualización creciente de las potencialidades de los Derechos nacionales que guía principalmente hoy en día el aumento de los conocimientos jurídicos internos clásicos.

#### B.— *Un dominio transnacional de conocimiento*

Si existe un interés nacional creciente en estudiar los Derechos extranjeros en cuanto contienen normas potencialmente aplicables en el sistema jurídico de referencia, o sea, en cuanto se trata de Derecho nacional integrado, esto no cambia en nada el estatuto de los Derechos extranjeros en cuanto tales y esto deja completamente abierta la cuestión de saber a partir de qué puntos de vista conviene estudiarlos. Todo conocimiento de los Derechos extranjeros supone que sean analizados en cuanto tales, es decir, del mismo punto de

vista que cualquier sistema jurídico normativo, examinando cuales comportamientos humanos son obligatorios, permitidos o prohibidos y bajo qué condiciones. Como la diferencia del marco de referencia no es más que un hecho referencial contingente, no existe ninguna diferencia entre la presentación de un regla tocante al dominio D del sistema X (si las condiciones  $C_1-C_n$  se producen, mientras que los actos  $A_1-A_n$  son obligatorios, etc.) y la presentación de una regla correspondiente al dominio D del sistema Y. Nada distingue los enunciados jurídicos que podrían formarse para formular la respuesta. El agregado "en Derecho del país X" no es sino una especificación necesaria en vista de identificar el marco de referencia, tal como se diría "las reglas de la Asociación de Amigos Indefectibles del Derecho Comparado prevén la elección de su secretario general por todos los miembros por voto de mayoría en dos vueltas" y "las reglas de la Asociación de Enemigos Incondicionales del Derecho Comparado prevén la elección de su secretario general por voto mayoritario en una sola vuelta de los presidentes de la federación", refiriéndose a las normas estatutarias de dos asociaciones *diferentes* pertenecientes al *mismo* sistema jurídico. Los enunciados concernientes a la responsabilidad civil francesa tienen el mismo estatuto epistemológico que aquellos que conciernen la responsabilidad civil húngara o senegalesa. El hecho de estudiar las condiciones de validez de una garantía bancaria en Derecho peruano, polonés o hindú pertenece así a la disciplina jurídica en sentido amplio, especificado en consideración de los ordenamientos particulares en cuestión. En cuanto tal, el análisis de los Derechos extranjeros no es otra cosa que el análisis de diferentes conjuntos de normas.

Desde este punto de vista, la calificación de "extranjero" es meramente relativa y contingente y no posee valor conceptual intrínseco alguno. Es extranjero simplemente lo que para una cuestión jurídica dada en el marco de un sistema jurídico  $S_i$  en vigor sobre el territorio  $T_i$  al momento  $t$  no es válido para ese territorio, pero que sí lo es en el marco de un sistema  $S_j$  para el territorio  $T_j$ . Si se excluyen los casos del Derecho supranacional o del Derecho internacional, todo Derecho es en consecuencia extranjero o nacional según el sistema de referencia elegido. El Derecho Comparado no puede en consecuencia ser el estudio de los Derechos extranjeros.

De un punto de vista científico abstracto, el sistema nacional no tiene ningún privilegio comparatista en relación a los otros ordenamientos jurídicos. La única propiedad que lo distingue consiste en su campo de validez, es decir, que el mismo proporciona los elementos de la solución de las cuestiones para las situaciones que el mismo define. Pero este privilegio referencial contingente que motiva sin lugar a dudas el interés bien diferente que puede demostrarse en el conocimiento de las reglas de tal o tal sistema, no es más que jurídico o psicológico y no define ninguna especificidad científica. Lo que esto demuestra es solamente que la ciencia del Derecho es siempre el estudio de todos los Derechos y que es la limitación al sólo Derecho nacional que es anticientífica (explicándose por razones prácticas y psicológicas) y no el estudio de los Derechos extranjeros que sería la extensión de la perspectiva hacia un campo nuevo e inédito.

Podría, en todo caso, afirmarse que puesto que justamente el Derecho es siempre todos los Derechos, nada impide tampoco la limitación del campo de investigación al sólo Derecho nacional, siendo que las cuestiones a las cuales se presume que uno debiera responder se plantean precisamente en este marco y no en otro. Podría, además, invocarse el argumento desarrollado más arriba según el cual la mayor parte de los problemas atribuidos al campo del Derecho comparado no pertenecen siquiera al Derecho extranjero, sino que son simplemente reglas integradas. Si el Derecho comparado existe y si no se trata de la ciencia de los Derechos extranjeros, si, en fin, la solución científica de los problemas jurídicos se sitúa en el marco de referencia, por cierto contingente, pero actual, en el cual se plantean, entonces la naturaleza de ese Derecho Comparado permanece perfectamente obscura y enteramente inútil. Se tratará en consecuencia de demostrar que no solamente el dominio del Derecho Comparado se deja formular de manera absolutamente ininteligible, sino incluso que su estudio es un elemento necesario del conocimiento de los Derechos nacionales.

### III. LA INTERPRETACION DE LA CIENCIA DEL DERECHO

La problemática del Derecho Comparado no se alimenta en cuanto tal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y de su descripción científica abstracta, sino de la necesidad de formular concre-

tamente estas descripciones. Esta exigencia produce "interpretaciones conceptuales diferenciadas" y condiciona una descripción objetiva de los Derechos nacionales.

#### A.— *La función explicativa*

La ciencia del Derecho es la ciencia de todos los Derechos, pero se topa con dos obstáculos: la pluralidad de idiomas y la diferencia entre los niveles de lenguaje.

Hasta ahora, se ha considerado la ciencia de los Derechos implícitamente desde un punto de vista abstracto como el conjunto de proposiciones descriptivas de las normas de los ordenamientos jurídicos en vigor. Pero puesto que su *formulación* se hace sirviéndose de enunciados en los idiomas ordinarios o semi-ordinarios concretos uno se ve confrontado inmediatamente al problema tradicional del significado exacto de estos enunciados.

5) "The president enjoys immunity, except in case of high treason" expresa, se dirá, la misma proposición que

6) "El presidente se beneficia de la inmunidad, salvo en el caso de alta traición".

El caso parece simple porque las palabras utilizadas en los enunciados responden a los mismos orígenes latinos, induciendo así la idea que expresan los mismos conceptos.

Por el contrario, los dos enunciados siguientes podrían dar la impresión de articular, cada uno, proposiciones completamente diferentes:

7) "Die Grundrechte binden die öffentliche Gewalt"

8) "Los derechos constitucionalmente garantizados limitan las atribuciones de todos los órganos dotados de una habilitación de jurisdicción unilateral" y que la proposición expresada por 7) *en alemán* sería mejor convertida al *castellano* por

9) "Los derechos fundamentales obligan a los órganos del Estado".

Pero en el primer caso podría ser que "*president*" y "presidente" designen a órganos totalmente diferentes y que "*immunity*" se refiera a un privilegio de jurisdicción e "inmunidad" a una impunidad pura y simple, y en el segundo caso podría ser que "*Grundrechte*"

no sea sino la abreviación de “*verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*” (derechos constitucionalmente garantizados) y “derechos fundamentales” la de “derechos protegidos por la presente convención internacional”.

La ciencia de los Derechos permanece como una empresa abstracta por tanto que las proposiciones normativas son expresadas en idiomas diversos y que la facultad de comprenderlos todos es naturalmente limitada. Siempre es posible restringir el *corpus* a algunos idiomas que se juzguen particularmente importantes, pero la calificación de importante resultà simplemente de la ignorancia de los que están excluidos de este *corpus* y no constituye sino otra versión de la preferencia práctica y no científica para el marco jurídico nacional. La ciencia de los Derechos queda así concretamente en suspenso ante la posibilidad de traducciones y no habrá traducción sino en la medida que un enunciado Pi en un idioma Li pueda ser expresado *salva significatione* por un enunciado Pj de otro idioma Lj.

La posibilidad de una traducción *determinada* ha sido por cierto radicalmente cuestionada en filosofía del lenguaje desde los trabajos de Williard V. O. Quine (2). Pero incluso si se admitiese esta concepción, ella supone que una traducción es en principio posible y que la determinación puede avanzar por aproximaciones progresivas, aún cuando no se alcanzase jamás una equivalencia estricta.

La dificultad principal de una traducción parece resultar de la complejidad de los contextos, ya que para traducir una expresión es necesario proporcionar una explicación del contexto del idioma de partida en el idioma de llegada y que tal explicación exige a su vez una formulación que recurra a elementos contextuales del idioma de llegada introduciéndose una nueva complejidad y separándose progresivamente del idioma de partida. Pero se puede muy fácilmente llevar la dificultad más lejos, ya que nada impide que un *mismo* idioma sirva de marco lingüístico a la expresión de ordenamientos *diferentes*. El francés, el inglés, el alemán, el ruso y el español dan acceso a variados sistemas de normas. Lo cual parece evidenciarse

2. Se encuentran expuestas por ejemplo en Quine, *World and Object*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1960, p. 26 y s.

claramente cuando las terminologías son diferentes, pero en el hecho ello puede perfectamente ir de la mano con la utilización de expresiones idénticas (el *Conseil d'Etat* francés no es el *Conseil d'Etat* belga y el *Bundespräsident* alemán no es el *Bundespräsident* suizo o austriaco) mientras que términos diferentes pueden funcionar como sinónimos (el término *Grundrechte* utilizado por la Ley fundamental alemana significa la misma cosa que *verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*, utilizado por la ley constitucional austríaca). La cuestión de saber qué proposición es expresada para cual enunciado no está en consecuencia limitada a los problemas de traducción entre dos idiomas semi-ordinarios, sino que se presenta para cualquier enunciado que exprese una proposición normativa en cualquier idioma. El Derecho Comparado nace del trabajo de reconstitución de los contextos.

Las cuestiones de traducción están en consecuencia vinculadas a los problemas de la interpretación para cualquier idioma que sea. Una interpretación es un enunciado cuyo objeto es la significación de otro enunciado cualquiera sea el grado de satisfacción que sea posible de alcanzar. Es el objeto de la teoría de la interpretación que conviene no confundir con la “teoría realista de la interpretación” que es *una* teoría escéptica de la interpretación, es decir, una teoría que intenta demostrar que el cumplimiento de la misión que se impone la interpretación es imposible y que desarrolla las consecuencias de esta tesis (3).

Cuando el jurista describe un ordenamiento jurídico, procede a una interpretación de los enunciados que expresan las proposiciones normativas que constituyen ese sistema. La teoría de la interpretación deberá en consecuencia proporcionar los conceptos y métodos

3. En cuanto ella no concierne sino la posibilidad de una interpretación suficientemente exacta, ella admite por consecuencia la *existencia* de interpretaciones. La teoría realista insiste en el hecho que la interpretación en el sentido introducido aquí no tiene valor normativo, lo que puede fácilmente aceptarse ya que dictar una norma y describir la significación normativa de un enunciado son dos cosas enteramente distintas; ella reivindica por el contrario el status de “interpretaciones auténticas” para los actos normativos particulares, lo cual parece problemático por exactamente la misma razón.

que permitan alcanzar una interpretación cada vez más precisa de los enunciados. En cuanto teoría de la descripción de los ordenamientos jurídicos, ella es en consecuencia un elemento de la *teoría del Derecho*, entendiendo por “teoría del Derecho” la meta-teoría de la ciencia del Derecho. Pero la ciencia del Derecho, habíamos dicho, es la ciencia de todos los sistemas jurídicos y estos sistemas están compuestos de un gran número de enunciados que expresan proposiciones normativas (4). Si queremos orientarnos en el conjunto de los sistemas jurídicos, es necesario en consecuencia contar con conceptos suficientemente finos y suficientemente generales en miras de aprehender una multitud de estructuras posibles. El Derecho Comparado no hace sino imputar los conceptos teóricos de estructuras posibles a ordenamientos jurídicos *actuales* agregando “en Derecho francés”, “en Derecho comunitario”, etc. Llamaremos al resultado de este trabajo una “interpretación conceptual diferenciada”.

Así, se introducirá, por ejemplo, “constitución formal” (u otro término que se juzgue apropiado) para designar el concepto de una cierta estructura normativa que se encuentra en ciertos ordenamientos jurídicos bajo las denominaciones más diversas y “derechos fundamentales” (u otro término que se juzgue más apropiado) para una cierta categoría de normas formalmente constitucionales que se encontrarán igualmente bajo las denominaciones más variadas (5). Podrá entonces decirse que los “*Grundrechte*” contenidos en la “*Grundgesetz*” alemana son derechos fundamentales, mientras que los “*human rights*” de la “*Human Rights Act*” del Reino Unido no lo son.

Podrá, entonces llamarse “Derecho Comparado” a la disciplina que permite describir las estructuras de cualquier sistema jurídico sirviéndose de conceptos generales que presenten la fineza necesaria y suficiente.

4. Se trata evidentemente de una simplificación si se admite que ciertos comportamientos no lingüísticos pueden ser productores de normas como en el caso de la costumbre. No obstante, en cuanto norma, una costumbre puede ser descrita por enunciados que expresen una proposición normativa.

5. Ver Otto PFERSMANN, “Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux”, en *Droits des libertés fondamentales* (dir. Louis FAVOREU), Précis Dalloz, Paris, 2000.

Así, esta disciplina permite interpretar los enunciados de la ciencia del Derecho que no necesita sino conceptos apropiados para *cada uno* de los sistemas que ella describe y para el cual ella desarrolla el conjunto de soluciones posibles para los casos que allí se presentan. La ciencia del Derecho dirá que los “*human rights*” son aquellos que son definidos como tales en el *statute “Human Rights Act”* en el ordenamiento jurídico del Reino Unido; el Derecho Comparado interpretará estos *human rights* como libertades públicas o derechos públicos subjetivos protegidos por el legislador contra las violaciones resultantes de normas infra-legislativas por la vía de recursos jurisdiccionales o por otros conceptos generales que se juzguen más finos.

El Derecho Comparado, así entendido debe, en consecuencia, permitir la calificación de cualquier estructura de cualquier ordenamiento jurídico diferenciándolo de cualquier otra estructura de cualquier otro (o del mismo) ordenamiento jurídico. Esta disciplina será, en consecuencia, tanto más comparatista en cuanto permitirá distinguir más precisamente entre dos estructuras posibles.

Esto permite explicar el extremo interés que los comparatistas demuestran a veces por los textos de teoría del Derecho (por ejemplo sobre la “justicia constitucional”), aún cuando consideren (erróneamente, pero por razones que encuentran su base quizá en los maleentendidos analizados más arriba) que su dominio es enteramente diferente de este campo (6), mientras que otras teorías con un po-

6. Es así que los trabajos (teóricos) de Kelsen sobre la justicia constitucional así como la tesis (harto teórica) de Charles Eisenmann acerca del sistema austríaco de 1925 son leídos aún, comentados y criticados como textos clásicos de Derecho Comparado (Hans KELSEN: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1928, reproducido en *Die Wiener Rechtslehre*, vol. 2, Viena, 1968, p. 1813 y ss.; Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, (reedición de Economica, Paris, 1986)).

Esto explica también por qué ciertos autores franceses intentaron demostrar (erróneamente, según nuestro parecer) que los conceptos teóricos relativos a la jerarquía de normas no son aplicables al sistema francés: ellos cuestionaban su pertinencia comparativa (ver: Otto PFERSMANN, “Carré de Malberg et la «hierarchy de normes»” en: *Revue française de droit constitutionnel*, n° 31, 1997, p. 481-509).

tencial explicativo más débil suscitan una recepción comparatista mucho más limitada (7).

### B.— *La función crítica*

En cuanto describe las estructuras jurídicas sirviéndose de conceptos generales, el comparatista elimina las connotaciones extrajurídicas de los enunciados no interpretados y los identifica en un espacio continuo de variantes (8). Si el uso nominalizado de conceptos por las doctrinas jurídicas nacionales tiende a naturalizar y a racionalizar los elementos de los sistemas respectivos de referencias, el Derecho Comparado sitúa cualquier elemento de cualquier Derecho positivo nacional en el conjunto de las estructuras posibles y reduce consecuentemente la idea de exclusividad intrínseca que podría vincularsele. En efecto, las soluciones nacionales resultan de los debates políticos y de contextos extrajurídicos específicos que se prolongan en las concepciones jurídicas nacionales, pero que desaparecen en una perspectiva comparativa. Puede darse, evidentemente, que el comparatista utilice el "Derecho Comparado" para justificar ciertas posiciones *políticas* en el debate nacional. Este abuso ideológico de un discurso con pretensión explicativa pero con un funcionamiento prescriptivo, con miras a propagar la adopción de ciertas soluciones en

7. La remoralización de la teoría del Derecho vigorosamente propagada por los trabajos de Ronald DWORKIN constituye el ejemplo más impactante. Se trata principalmente de la presentación de tesis prescriptivas *locales* (por ejemplo, cómo conviene interpretar *moralmente* la décimo cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos). Su valor explicativo es tanto más débil que la posibilidad misma de introducir conceptos teóricos neutros se encuentra incluso explícitamente descartada (es la tesis vigorosamente defendida por Dworkin en su reciente *Hart Memorial Lecture: «Hart's Postscript»*, Oxford 13 février 2001).

8. Así, el federalismo es reducido a un caso de descentralización (ver: Otto PFERSMANN, "Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la déscentralisation: le cas de la supranationalité", en *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, n° 28, 1996, pp. 171-185), la legislación a una aplicación de la Constitución, la "separación de poderes" a una jerarquización y a una diferenciación de los modos de producción normativa, etc.

Derecho nacional o con el fin de reivindicar una posición de legislador transnacional, es por cierto frecuente, pero no nos dice nada acerca del Derecho Comparado tal y como lo hemos presentado aquí.

El Derecho Comparado es de esta forma el instrumento más poderoso para describir el Derecho nacional. Puesto que no hay sino interpretaciones conceptuales diferenciadas, es posible calificar precisamente las estructuras del Derecho nacional sin recurrir a la terminología, cargada de connotaciones extrajurídicas, gracias a la cual el mismo es formulado. Lo que se llama F según los enunciados normativos del Derecho nacional bien puede ser G una vez que se reconstituye el contexto (los *human rights* podrían no ser otra cosa que "libertades públicas" y no "derechos fundamentales" como sí lo son al contrario hoy en día los *droits de l'homme* franceses desde 1971, etc.).

El Derecho Comparado es al mismo tiempo el más importante catalizador de cuestiones teóricas. Confrontado a la extrema diversidad de las situaciones concretas, resulta conveniente dar una interpretación conceptual diferenciada. Una reflexión teórica puede anticipar desarrollos futuros, pero frecuentemente son ciertas soluciones elaboradas en un marco jurídico actual que provocan un análisis en términos generales que permiten situar estos fenómenos en un conjunto más vasto y más precisamente clasificado. En este sentido, el Derecho Comparado se alimenta de la observación la más comprehensiva de los Derechos nacionales sin que sea posible reducirla a ella. Supone el conocimiento de los Derechos (nacional y extranjeros), pero no es este conocimiento sino la interpretación conceptual diferenciada de los mismos.

Se sigue en fin que el Derecho comparado puede en efecto desempeñar un rol importante en la tecnología de la producción normativa. Si se puede establecer que tal estructura jurídica comporta tales consecuencias jurídicas bajo tales condiciones colaterales y si se llega a la conclusión *moral* que estas consecuencias son deseables, entonces esta estructura jurídica es igualmente normalmente deseable. Inversamente, si resulta que una norma jurídica posible pero no actual es moralmente deseable considerada aisladamente, pero que entraña consecuencias moralmente no deseables si es insertada en un cierto contexto jurídico, entonces no es moralmente apro-

piado el producir dicha norma. Junto a la teoría del Derecho, el Derecho Comparado amplía en consecuencia doblemente la responsabilidad moral de los legisladores: es moralmente irresponsable no estudiar las estructuras jurídicas posibles y es irresponsable el no tomar en cuenta los resultados de estos análisis. El comparatista, *en cuanto* comparatista, posee aquí una competencia tecnológica en el sentido en que él puede colocar los objetivos deseados en armonía con las exigencias estructurales apropiadas.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SANCION JURIDICA

MAX SILVA ABBOTT \*

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Una aproximación a las coordenadas del positivismo normativista. 3. Algunas características de las sanciones jurídicas a la luz de este enfoque. 3.1 *Planteamiento*. 3.2 *Sanción y coacción*. 3.3 *El criterio diferenciador*. 3.4 *Algunas críticas a la teoría tradicional de la sanción*. 3.5 *Ordenamiento jurídico, coacción y poder*. 4. Los problemas internos de este planteamiento. 5. Algunas posibles explicaciones de este fenómeno. 6. Algunas conclusiones.

### 1. *Planteamiento*

Quizás una de las características más llamativas dentro del amplio espectro de doctrinas englobadas bajo el rótulo 'positivismo jurídico', sea el tratamiento prioritario —cuando no 'obsesivo'— de la sanción jurídica. En efecto, la vinculación del fenómeno jurídico a la posibilidad del uso de la fuerza, aún cuando no siempre sea

---

\* Profesor de Fundamentos y Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de la Santísima Concepción, de la Universidad del Desarrollo, sede Concepción y Doctor (C) en Derecho por la Universidad de Navarra.