

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

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

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

países (27). En este último sentido, y tomando el caso latinoamericano, sobretodo en la década del setenta, la cuestión de la neutralidad podría ser disputada en términos diferentes a los planteados por Raz, examinando qué papel interpretativo jugaron dogmáticos y jueces en la “racionalización” de los cambios irracionales o ilegales del Derecho promovidos por las dictaduras militares.

Sea como fuere, y ahora pensando en la dificultad iii), esta idea de *respeto* a la autoridad y su continuidad podría estar arraigada en la existencia de *convenciones interpretativas convergentes* que dan a la noción de ideología interna o racional una *preeminencia* en la descripción y reconstrucción del Derecho. Este sería el “paradigma” de la ciencia del Derecho; fuera de él, es obvio que la predicción sociológica fundada en una ideología externa sería precisamente eso: externa a las convenciones. Esto explica por qué nunca podría predecirse una “anomalía” sobre la base de esta presuposición, fuera de las convenciones no hay acuerdo y, por ende, tal clase de predicción no es posible.

En cualquier caso, debería resultar claro que la exploración del *tipo de papel interpretativo* que los juristas despliegan con respecto al cambio racional o irracional del Derecho es un problema filosófico importante no explorado aún en todas sus aristas.

Aunque Joseph Raz y otros importantes filósofos han hecho mucho por poner de manifiesto las cuestiones subyacentes a este problema (28), creo que Alf Ross tiene todavía mucho que decir. Y, si esto se acepta, la modesta revisión que presenté se encuentra justificada.

27. Sobre esta cuestión véase Garzón Valdés: *El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos*, Fontamara, México, 1995.

28. Véase Raz, Joseph: “Two Views of The Nature of the Theory of Law”, en *Legal Theory*, 4, 1998, p. 258.

LOS PRINCIPIOS JURIDICOS Y SU APLICACION

MANUEL MANSON

1. La expresión ‘principio jurídico’ tiene diversos usos. Genaro R. Carrió distingue once acepciones en “Principios jurídicos y positivismo jurídico” (en Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 4ª ed., reimp., pp. 210-212). El mismo Carrió, refiriéndose a “dos importantes núcleos de significado”, escribe (pp. 214-215):

Según uno de ellos, los principios jurídicos son pautas de segundo nivel, funcionalmente análogas a la ley de la ventaja de fútbol, que indican cómo deben entenderse, aplicarse y, a veces, complementarse las reglas de primer grado [...]. Según el otro, los principios jurídicos son los propósitos, objetivos, metas o *polícies* de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o piezas de sabiduría jurídica tradicionales.

Hernán Valencia Restrepo, por ejemplo, emplea la expresión con el primer sentido, al afirmar: “Los principios prescriben cómo se deben crear, interpretar e integrar las normas” (*Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Temis, Bogotá, 1993, p. 197).

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, a su vez, haciendo pie en el segundo sentido, entienden que un ‘principio’ “expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de un sector del mismo, de una

institución, etc.” (*Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 5).

Jaime M. Mans Puigarnau, por su parte, escribe: “los principios generales del derecho abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos del derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho), y que rigen la realidad práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas)” (*Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. XXVII-XXVIII).

2. Una importante contribución al acervo de los principios jurídicos proviene del derecho romano y sus juristas.

Alberto Burdese, en *Derecho romano e interpretación del derecho* (Comares, Granada, 1998), manifiesta (p. 67):

Los principios de equidad y racionalidad que inspiran al jurista romano en la *interpretatio iuris* aparecen como precursores de los principios considerados de Derecho natural (por otra parte, ya presentes en la jurisprudencia romana), o de los principios de una determinada carta constitucional, o de los principios generales presentados como propios de Derechos u ordenamientos jurídicos singulares, en los cuales se inspiran normas o praxis de interpretación en diversos ambientes.

En el *Digesto*, por ejemplo, podemos leer (50, 17, 206):

Es justo por derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicio y lesión de otro.

Carlos Ducci Claro, refiriéndose a este principio —en *Interpretación jurídica* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, 3ª ed.)—; observa (p. 154):

Uno de los principios fundamentales de nuestro derecho es el no aceptar el enriquecimiento sin causa. Ello resulta evidente de la exigencia de una causa y de que esta causa sea real en los actos jurídicos (arts. 1445 y 146; del C. C.); de la reglamentación de las obligaciones naturales (art. 1470 C. C.); de la norma general de no poderse sumar la obligación principal a la cláusula penal (art. 1537 C. C.); de la reglamentación de la mora en los contratos bi-

laterales (art. 1552 C. C.); de los casos de subrogación legal (art. 1610 C. C.); de la devolución del precio si reaparece la cosa perdida (art. 1675 C. C.); de los efectos de la nulidad y las prestaciones mutuas (art. 1687 y 904 ss. C. C.); de la devolución de los frutos en relación a la parte pagada de precio en la resolución de la compraventa (art. 1875 C. C.); de la reglamentación de la agencia oficiosa (art. 2292 C. C.); de la facultad de repetir lo pagado por un error de hecho y aun de derecho (arts. 2295-2297 C. C.); del reembolso al fiador (art. 2370 C. C.); de las recompensas en la sociedad conyugal; de la limitación de la indemnización a los perjuicios y daños efectivos en la responsabilidad civil contractual o extra-contractual, etc.

Para Guzmán Brito, la ‘equidad natural’ del código civil chileno y los ‘principios de equidad’ del código de procedimiento civil “significan finalmente *Corpus Iuris*” (“El significado histórico de las expresiones ‘equidad natural’ y ‘principios de equidad’ en el derecho chileno”, *Revista de Ciencias Sociales* 18-19, 1981, pp. 111-143). Sandro Schipani, a su vez, reconoce que la expresión ‘principios generales del derecho y la equidad natural’, del artículo 4 del Proyecto de 1853, preparado por Bello, “significaba un reenvío al derecho romano ‘como expresión de equidad’” (*Antecedentes del código civil Andrés Bello. De las instituciones a los principios generales del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989, p. 30).

3. Son, por cierto, principios jurídicos básicos los relativos a los derechos fundamentales a que se refiere el inciso segundo del artículo quinto de la constitución política de la República de Chile, cuyo tenor es el siguiente:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En Chile, como advierte Luz Bulnes Aldunate, la constitución política vincula “inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos” (“La fuerza normativa de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho* (Actas), 1998, pp. 137-142). El inciso 2º de su artículo 6º dispone:

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

Lautaro Ríos Álvarez, en “El principio de supremacía de la constitución y el Tribunal Constitucional” (*Revista de Ciencias Sociales* 32/33, 1988, pp. 129-155), asevera (p. 143):

Esta vinculación directa y primaria [...] no sólo expresa de manera elocuente la supremacía de la Constitución en todos los ámbitos de la actividad jurídico-política, sino que también elimina para siempre la antigua —y, por cierto, perniciosa— idea que concebía la Constitución como un cuerpo programático cuyo desarrollo quedaba entregado al legislador y que sólo adquiriría mérito aplicativo en virtud de las leyes dictadas por éste.

4. Como bien plantea Dworkin, “un hombre tiene un derecho fundamental respecto del gobierno” si “ese derecho se requiere para proteger su dignidad, su necesidad de igual consideración y respeto u otro valor personal parecido” (*Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1977, p. 199).

Al respecto, Dworkin advierte (p. 205):

La institución de los derechos es, pues, crucial, ya que representa la promesa de la mayoría a las minorías de que su dignidad e igualdad serán respetadas. Cuando las divisiones entre los grupos son más violentas, entonces este gesto debe ser más sincero, si el derecho ha de funcionar. [...]. Si el gobierno no toma a los derechos en serio, tampoco toma en serio al derecho mismo.

La protección de estos derechos constituye, como observa Carlos Peña, “vallas infranqueables que ninguna consideración de eficiencia y ninguna consideración relativa a la autonomía negocial podrían sobrepasar”. Como él anota, en los sistemas legales contemporáneos esta técnica “posee una organización institucional precisa cuya manifestación más cercana es la justicia constitucional” (“Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil”, *Estudios Públicos* 60, 1995, pp. 327-348).

5. Según Dworkin, un principio determina “una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta” (“¿Es el derecho un sistema de normas?”, en R. Dworkin (ed.), *Filosofía del derecho*, F. C. E., México, 1980, p. 92).

“Los principios —afirma Dworkin— tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia. Cuando se entrecruzan varios principios (por ejemplo, cuando la directriz de proteger a los consumidores de automóviles concurre con el principio de libertad contractual), quien debe resolver el conflicto ha de tener en cuenta la importancia relativa de cada uno” (p. 93).

6. Precisando el significado de los términos, Dworkin expresa en *Taking rights seriously* (pp. 22-23):

He hablado de ‘principios, directrices y otros tipos de estándares’. A menudo usaré el término ‘principio’ genéricamente, para referirme a la entera colección de los estándares que son diferentes de las reglas; ocasionalmente, sin embargo, seré más preciso y distinguiré entre principios y directrices [...]. Llamo ‘directriz’ al estándar que fija un objetivo, generalmente un mejoramiento económico, político o social de la comunidad [...]. Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado porque es un requerimiento de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad y no porque vaya a promover o asegurar una situación económica, política o social estimada deseable.

A las directrices es, sin duda, aplicable la idea de Alexy de los ‘mandatos de optimización’, que caracteriza “porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (“Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5, 1988, pp. 139-151).

7. Dworkin entiende que las ‘reglas’ —a las que denomina también ‘normas’—, a diferencia de ‘principios’ y ‘directrices’, “son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto”. “Si se dan en un caso los supuestos de hecho de la norma, y ésta es válida —dice Dworkin—, la respuesta que ofrece debe ser aceptada; si no es válida, no contribuye en nada a la solución” (“¿Es el derecho un sistema de normas?”, p. 89).

Mas, en definitiva, cualquiera que fuere la forma o el fundamento de la pauta, habría que atender, según plantea Dworkin, a la función que le corresponde desempeñar, expuesta por la correspondiente interpretación. En *Taking rights seriously* podemos leer (p. 27):

En muchos casos la distinción es difícil de hacer —puede no haberse aclarado cómo deba operar el estándar y esta cuestión puede ser un foco de controversia—. La primera enmienda a la constitución de los Estados Unidos dispone que el Congreso no reducirá la libertad de expresión. ¿Es ésta una regla, de manera que si una ley particular reduce la libertad de expresión es inconstitucional? Quienes sostienen que la primera enmienda es ‘un absoluto’ afirman que debe ser tratada de esa manera, o sea, como una regla. ¿O sólo establece un principio, de suerte que cuando se descubra una reducción haya que reputarla inconstitucional, a menos que el contexto presente otra directriz o principio que, dadas las circunstancias, tenga suficiente peso para permitir la reducción? [...]. La primera sección de la Ley Sherman dispone que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Corte Suprema tuvo que decidir si esta disposición debía ser tratada como una regla según sus términos (invalidando cualquier contrato ‘que restrinja el comercio’, lo que casi todos hacen) o como un principio, que provee una razón para anular un contrato, a falta de principios en contrario efectivos. La Corte la interpretó como una regla, pero consideró que comprendía la palabra ‘no-razonable’ y prohibía solamente las restricciones comerciales ‘no-razonables’.

8. Sin duda, cuando se entrecruzan varios principios “quien debe resolver el conflicto ha de tener en cuenta la importancia relativa de cada uno”.

Sin embargo, también las reglas “han de ser sopesadas y ponderadas con otras razones”, como advierte Peczenik en su artículo “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero” (*Doxa* 12, 1992, pp. 327-331). Así Neil Mac-Cormick observa que ninguna formulación, por detallada que sea, de la regulación de una institución puede servir para proporcionar una lista completa de las condiciones suficientes o necesarias de sus reglas, ya que éstas están afectas a posibles excepciones, determinadas a la luz de los principios relevantes ya establecidos y de otros basados, en el futuro, en concepciones relativas a los fines de la institución en el contexto de valores y condiciones sociales expuestos a cambios” (“Law as institutional fact”, en N. MacCormick y O. Weinberger, *An institutional theory of law*, Reidel, Dordrecht, 1992, reimpr., p. 71).

Además, al admitir que las reglas son “aplicables por completo o no son aplicables en absoluto” no tiene por qué introducirse una diferencia con los principios, ya que también estos últimos deben aplicarse cabalmente, en cuanto son pertinentes.

9. Así como en la legislación pueden incorporarse reglas cuya aplicación irrestricta origine conflictos, en el contexto de la constitución pueden expresarse principios que conduzcan a soluciones antagónicas, al ser considerados separadamente unos de otros —aun cuando estén formulados sin que se manifieste inicialmente ninguna antinomia—.

Como asevera Antonio Luis Martínez Pujalte, hay que “proceder a la delimitación del ámbito de cada derecho de tal suerte que se excluya toda intersección en el ámbito de los restantes derechos, lo que excluye la posibilidad de un auténtico conflicto, pues los ámbitos respectivos de los diferentes derechos no presentan ninguna zona de coincidencia” (*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 133).

10. Los artículos 19.2 de la ley fundamental de Bonn y 53.1 de la constitución política de España prescriben el respeto irrestricto del contenido esencial de los derechos fundamentales.

A su vez, el artículo 19, número 26, de la constitución chilena dispone que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza no podrán afectar los derechos en su esencia”. Y según se expresa en el considerando 21 de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de fecha 24 de febrero de 1987, rol n° 43, “debemos entender que un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible” (cf. Eugenio Valenzuela Somarriva. *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (11 de marzo de 1981-10 de marzo de 1989)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, p. 87).

Como recuerda Rodolfo L. Vigo, la Corte Suprema de Argentina, en “Severo Larocca”, declaró: “Cuando los derechos constitucionales, base del orden jurídico, se ejercen en su auténtico sentido, media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lesionar el ejercicio de otros derechos” (*Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 186).

11. Según Alexy, en una ponderación razonable “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro” (*Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 161).

Sin embargo, ¿cómo podrían ser válidamente afectados principios constitucionales sin que la misma constitución lo permita? Se requiere, pues, llevar a cabo primero una interpretación armónica de la constitución, en cuanto fuere posible.

Jürgen Habermas, en *Facticidad y validez* (Trotta, Madrid, 1998), observa (pp. 328, 333 y 334):

Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para un mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema. [...] Entre la norma que venga al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto. [...] Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado. [...] Ciertamente, las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en la que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta.

En el considerando 40 de la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile de fecha 21 de diciembre de 1987, rol n° 46 —reproducido en lo pertinente en el *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (11 de marzo de 1981— 10 de marzo de 1989), p. 34—, se previene:

La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia a algún precepto de ella.

Con razón Pablo Navarro escribe en “Acerca del razonamiento jurídico” (*Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, pp. 71-89):

La sistematización es una tarea imprescindible para conocer todo el contenido conceptual expresado por una cierta autoridad.

12. El ‘peso’ de cada principio resulta determinado —de acuerdo con la interpretación— por su sentido, o sea, por el ámbito del correspondiente derecho.

Las decisiones de los casos concretos deben efectuarse atendiendo a sus circunstancias: ponderándolas, pero identificando adecuadamente el principio aplicable —de manera que propiamente no se ‘afecte’ a los demás—.

13. No se excluye, por cierto, que se origine un conflicto, en relación con los principios de un sistema de derecho constitucional.

A juicio de Emilio Pfeffer Urquiaga, el conflicto “surge cuando el constituyente no ha jerarquizado o priorizado un orden de valorización de los derechos o garantías que se aseguran en la Constitución”. Entonces, según él, el intérprete podría contar con pautas como las que atribuyen mayor importancia a los derechos irrenunciables sobre los renunciables, a los fundantes sobre los fundados, a los más garantizados sobre los menos garantizados y a los derechos-fines respecto de los derechos-medios (“Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos”, *Revista Chilena de Derecho* (Actas), 1998, pp. 225-227).

Pero quien sólo busque conocer el derecho no puede superar los conflictos que el derecho no resuelva. Las pautas de Pfeffer, si se fundan en una interpretación adecuada de la constitución, darán cuenta de un orden de valorización admitido por la misma carta fundamental.

14. Las ‘reglas en sentido estricto’ pueden caracterizarse, según hiciera Roscoe Pound, como expresiones que “asignan una consecuencia jurídica definida y detallada a una situación de hecho o estado de cosas”, “definido y detallado” (“Mi filosofía del derecho”, en P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Grijalbo, 1994, p. 310).

Un grupo importante de estas ‘reglas’ está constituido por aquellas que se refieren a conductas humanas, en sus supuestos de hecho, y que no se limitan a ser reguladoras de validez o invalidez —la Ley Sherman, mencionada por Dworkin, constituye, en cambio, una regulación de la validez de los contratos mercantiles—.

15. Así como en la caracterización de las 'reglas' se atiende a la forma, conviene también considerar la forma de los 'principios en sentido estricto'.

A juicio de Atienza y Ruiz Manero, "los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta" (*Las piezas del derecho*, p. 8).

Los mismos autores escriben (p. 9):

Un principio como el formulado en el artículo 14 de la Constitución española, visto como principio secundario, puede, nos parece, presentarse en la forma de un enunciado condicional como el siguiente: «Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual, etc.) y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La indeterminación característica de los principios la encontramos aquí únicamente en la configuración abierta de las condiciones de aplicación, pero no en la descripción de la conducta prohibida: discriminar.

Pero se equivocan Atienza y Ruiz Manero al pretender imponer el esquema de las normas condicionales a disposiciones que tienen formas distintas.

16. En lo pertinente, el artículo 14 de la constitución política española expresa, según indican Atienza y Ruiz Manero (p. 4):

los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Para nada dicho precepto introduce una 'condición de aplicación' como la que formulan Atienza y Ruiz Manero al expresar:

un órgano jurídico usa sus poderes normativos [...] y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un peso mayor [...].

17. Prescindiendo de la primera parte de la disposición —'los españoles son iguales ante la ley', que puede concebirse como constitutiva—, los autores hispanos se refieren a una norma que puede presentarse así:

Prohíbese efectuar entre los españoles discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El precepto no tiene, pues, 'condición de aplicación' o 'supuesto de hecho'. Mal pueden entonces Atienza y Ruiz Manero atribuirle la siguiente 'forma canónica': "Si se da el estado de cosas X, entonces Z debe realizar la acción Y" (*Las piezas del derecho*, p. 178).

Con razón Alfonso García Figueroa, refiriéndose a la versión de Atienza y Ruiz Manero, expresa en *Principios y positivismo jurídico* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 151):

Este enunciado incorpora un supuesto de hecho [...]. Desde un punto de vista estructural no cabe identificar en la propia formulación que proponen Atienza y Ruiz Manero ningún elemento que permita distinguir reglas y principios.

18. Atendiendo a la forma, hay que decir también que la de los principios es general.

Según anota Hart, "a menudo lo que se consideraría como un conjunto de reglas distintas puede servir de ejemplo o concreción de un solo principio" ("*Post Scriptum a The concept of law*", *Estudios Públicos* 65, 1997, pp. 225-263).

19. Cabe afirmar, por otra parte, que estas expresiones —algunas de las cuales se formulan como enunciados de los juristas— sirven especialmente como base para interpretar o integrar el derecho, predicar la validez o invalidez de actos, situaciones o disposiciones jurídicas, y atribuir derechos o deberes fundamentales.

Conviene tener presente que el *Diccionario de la Real Academia Española* consigna, respecto de la voz 'principio', las siguientes acepciones, entre otras: "Base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia";

“Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Define, además, ‘principio de derecho’ así: “Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”.

20. Felipe Clemente de Diego, en su “Prólogo” al libro *Los principios generales del derecho*, de Del Vecchio —publicado en Barcelona por Bosch (1971, 3ª ed.)—, advierte (p. 7):

Los principios generales del Derecho son el aval de toda disquisición jurídica; ellos amparan los razonamientos jurídicos aunque éstos tomen por base un precepto de ley o de costumbre [...]. Pero además otra función les estaba reservada, y es la de constituir fuente autónoma de normas de decisión, bien que subsidiariamente, en defecto de ley y de costumbre.

Luis Prieto Sanchís, a su vez, manifiesta: “Detrás de toda regla late un principio constitucional” (“Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, pp. 469-499).

Por su parte Ríos Álvarez, en “Dos reflexiones acerca de los principios generales del derecho” (*Revista de Ciencias Sociales* 26/27, 1985, pp. 61-96), escribe (p. 95):

En resumen, los P. G. del D. cumplen, al menos, cinco funciones claramente discernibles. 1: Sirven, a la norma, como germen y fundamento; y dan, al ordenamiento jurídico, coherencia, sentido y perfil. 2: Cumplen el rol de criterios guías para interpretar o conocer el significado de las normas; para establecer el criterio interpretativo aplicable; y para fiscalizar la validez de la interpretación misma. 3: Se desempeñan como bases y guías de la integración del ordenamiento jurídico nacional e internacional; tanto para cubrir las lagunas legales preexistentes, como para subsanar la situación de las lagunas sobrevenidas. 4: Sirven, al Poder Ejecutivo y a la Administración, como criterios orientadores de la ejecución de la ley y de los instrumentos destinados a implementar su aplicación. Y 5: Delimitan, positiva y negativamente, el ámbito de fidelidad en que las normas y, particularmente, las conductas, corresponden a la dirección y finalidad que ellos propician.

21. Bien dicen Atienza y Ruiz Manero que “los principios nos permiten también entender el Derecho —o los diferentes Derechos— no como un simple conjunto de pautas”, sino como “un conjunto dotado de sentido” (*op. cit.*, p. 20).

Por esto, ellos aseveran igualmente que un caso es fácil “precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate” (p. 22).

Según declara Dworkin, en los ‘casos fáciles’, los derechos jurídicos pueden ser deducidos, de manera casi silogística, de proposiciones formuladas en libros accesibles para el público, y mucho más fácilmente para los abogados a quienes el público contrata” (*Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 462).

22. Prieto Sanchís expresa, sin embargo, en “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación” (p. 477):

Los principios, en efecto, se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción en favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario. Por eso, desde esta perspectiva, resulta impropio decir que algunas normas son principios y que, por ello, sus conflictos se resuelven de cierta forma. Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse del modo últimamente indicado y que entonces las normas reciben el nombre de principios. Por ejemplo, resulta corriente atribuir a la igualdad la condición de principio, y con razón, pues su aplicación suele resolverse en esa preferencia caso por caso, pero no cabe excluir por hipótesis que funcione como regla; así, si se pretendiese dar entrada en la Constitución al principio del *apartheid* o segregación racial uno de los dos habría de resultar necesariamente inválido u operar como excepción permanente.

A propósito de la distinción entre ‘reglas’ y ‘principios’, piensa Prieto Sanchís que “se trata más de una peculiar técnica de interpretación que de un rasgo indeleble que acompañe a ciertos estándares (principios) y que esté ausente de otros (reglas)” (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45). En igual sentido, García Figueroa asevera en *Principios y positivismo jurídico* (p. 200):

Creo que la distinción 'lógica' de reglas y principios debe situarse preferentemente en el campo de la 'lógica de los juristas' (interpretación-aplicación del derecho) [...].

23. A juicio de Prieto Sanchís, si "se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esa operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento" ("Diez argumentos a propósito de los principios", *Jueces para la democracia* 26, 1996, pp. 41-49).

Por su parte, L. Gianformaggio ya había afirmado: "la diferencia entre regla y principio emerge *exclusivamente* en el momento de la interpretación-aplicación" ("L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985, pp. 65-103). Y Riccardo Guastini, en "Los principios en el derecho positivo" —en Guastini, *Distinguiendo* (Gedisa, Barcelona, 1999)—, basándose en Gianformaggio, había escrito (p. 147):

La tesis de que todos los principios carecen de hecho condicionante o tienen un hecho condicionante abierto produce perplejidad. Por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, si se entiende en el sentido de que es constitucionalmente ilegítima toda ley que discrimine entre los ciudadanos (según su sexo, raza, opinión religiosa, etcétera), no parece en absoluto privado de hecho condicionante. Ciertamente, es una cuestión de interpretación: una misma disposición puede ser entendida como una norma específica (provista de hecho condicionante) o como un principio (carente de hecho condicionante). Pero si es así, debemos concluir que la interpretación es capaz de transformar los principios en normas y las normas en principios. De esta forma, la distinción entre normas y principios se desvanece completamente. Ya no podrá decirse, al nivel de la teoría del derecho, que el derecho está compuesto de normas y principios. Únicamente se podrá decir, al nivel de la metajurisprudencia descriptiva o de la historia de las doctrinas jurídicas, que algunos juristas interpretan ciertas disposiciones como normas y otras como principios.

24. Prieto Sanchís supone que los 'principios' están subordinados a las necesidades de los casos concretos, correspondiendo a los intérpretes elegir entre ellos, según las circunstancias. Mas la distinción con las 'reglas' termina 'desvaneciéndose': según él, Figueroa, Gianformaggio y Guastini, no tendría "origen en el Derecho", sino en la interpretación.

Pero una interpretación racional no confunde una norma condicional, con supuestos de hecho —como las reglas penales que sancionan diferentes delitos—, con disposiciones desprovistas de tales condiciones, como los principios constitucionales que: prohíben atentar contra la integridad física y psíquica de las personas; exigen que las sentencias de los órganos que ejerzan jurisdicción se funden en un proceso previo legalmente tramitado; prohíben presumir de derecho la responsabilidad penal y los juicios por comisiones especiales; autorizan la manifestación de todas las creencias; prohíben que una ley establezca penas sin que la conducta sancionada esté expresamente descrita en ella; autorizan residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio; prohíben que en las causas criminales se obligue al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; autorizan emitir opinión e informar, sin censura previa, asociarse sin permiso previo y reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas (en lugares que no sean de uso público); exigen la igual repartición de los tributos; autorizan la libre contratación y la libre elección del trabajo con una justa retribución; etcétera.

25. Hay que atender a la forma y al sentido de las disposiciones.

Los numerosos principios constitucionales indicados precedentemente son disposiciones categóricas que ordenan, prohíben o permiten (positivamente). Tampoco tiene, pues, razón Guastini al afirmar: "En general, ni la forma deóntica ni la forma imperativa se adaptan a la formulación de los principios" ("Los principios en el derecho positivo", p. 149).

Estos principios no se formulan en el texto constitucional como enunciados condicionales, que declaren, por ejemplo: 'Si una ley autoriza atentar contra la integridad física y psíquica de las personas, entonces es constitucionalmente ilegítima' —a la manera de "es constitucionalmente ilegítima toda ley que discrimine entre los ciudadanos", expresión con que Guastini cree poder reemplazar al principio normativo de igualdad que prohíbe las discriminaciones—.

26. Esos y otros principios regulan los casos concretos; no se subordinan a ellos. Siendo disposiciones originarias de una carta fundamental, no cabe afirmar que uno de ellos habría de resultar 'in-

válido', en caso de plantearse un conflicto normativo con otro —entendiendo, por cierto, 'inválido' en su acepción de "no-vigente"—.

Si la norma que prohíbe efectuar entre los españoles "discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" es un principio, ¿por qué ha de dejar de serlo al entrar en colisión con otra que establezca el *apartheid*?

27. Sin duda, la interpretación puede conducir a superar algunas oposiciones manifestadas en el tenor literal de los principios. Así, por ejemplo, la expresión

(1) Permítese la manifestación de todas las opiniones

guarda oposición con

(2) Prohíbese la manifestación de opiniones que causen descrédito, deshonra o menosprecio,

al igual que

(3) Permítese pasear por cualquier lugar de un parque público

la tiene con

(4) Prohíbese pisar el césped de un parque público.

Pero, al formar (1) y (2) parte de una misma constitución, podría determinarse que (2) establece una limitación respecto de (1), de manera tal que el 'verdadero sentido' de (1) sería que está permitida (positivamente) la manifestación de todas las opiniones que no causen descrédito, deshonra o menosprecio.

Asimismo, si tanto (3) como (4) pertenecen a un mismo reglamento sobre uso de los parques públicos, también puede entenderse que se permite pasear en cualquier lugar de un parque, a excepción de sus céspedes.

28. Tratándose de oposiciones planteadas en relación con circunstancias particulares también hay que examinar el sentido de los textos.

Según su tenor literal, una disposición puede, por ejemplo, autorizar el libre ejercicio de todos los cultos y otra prohibir los actos que atenten contra la moral, las buenas costumbres o el orden público. Hay que aclarar, entonces, mediante interpretación, si los actos realizados ritualmente, durante el ejercicio de un culto, son regidos por la prohibición.

Puede entenderse que, según el sentido de las normas correspondientes, los actos rituales de un culto son lícitos, porque la prohibición afecta únicamente a los no-rituales.

Pero también cabría considerar que sólo están autorizados los cultos que no tienen actos rituales inmorales o lesivos a las buenas costumbres o el orden público —o entender que no constituyen cultos las actividades contrarias a la moral, las buenas costumbres o el orden público—.

29. Guastini tiene razón, sin embargo, en no compartir la posición de quienes "asumen que existe un solo tipo de principios" (*op. cit.*, p. 146).

Guastini advierte que "muchos principios son habitualmente formulados en un lenguaje no propiamente prescriptivo sino más bien *optativo* o *valorativo*". Así menciona al artículo 11 de la constitución política italiana, según el cual "Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los otros pueblos o como medio de resolución de las controversias internacionales".

El autor observa, además (p. 149):

A menudo, los principios asumen la forma de solemnes 'declaraciones' (en indicativo): en el sentido de que no se presentan como enunciados *constitutivos* de situaciones jurídicas nuevas, sino como meros *reconocimientos* de valores (jurídicos, políticos, morales) que se asumen como preexistentes y ahora adquiridos, autoevidentes, indiscutibles. Por ejemplo: «La libertad personal es inviolable» (art. 13.1, const. it.); «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social» (art. 3.1, const. it.).

También se denominan principios, según recuerda Guastini, "los valores ético-políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento o justificación" (p. 152). Pero hay, asimismo —como él anota (p. 148)—, 'principios' que "son

habitualmente *mencionados* pero no *formulados*”, los que no son “una única norma, sino una ‘doctrina’”, como el de la ‘separación de poderes’.

30. Resulta, en todo caso, de alcance limitado el juicio de Alexy, según el cual “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores, y viceversa”.

Al respecto, el autor escribe: “La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico y en otro caso bajo un aspecto axiológico” *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 16).

Alexy también afirma, por esto: “Enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios en enunciados sobre valores, sin pérdida alguna de contenido” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 138).

31. El planteamiento de Alexy es aplicable a aquellos principios que proclaman o reconocen valores y a los que ordenan respetarlos, prohíben menoscabarlos o autorizan su cultivo, sin determinar formas de realización.

Pero no basta conocer un valor para saber cuál es exactamente el principio, si se trata de los que especifican tales o cuales formas de realización —que pueden corresponder a varios valores a la vez—.

Además hay —como señala Ríos Alvarez— “principios generales que —siendo manifiestamente avalóricos y aéticos, o teniendo una función técnica— son jurídicos porque regulan problemas de esta índole” (*op. cit.*, p. 82).

32. Si los principios no determinan suficientemente las formas de cumplimiento o ejecución —y con ellas las de realización de los valores correspondientes—, puede evaluarse su aplicación a los casos concretos, al concurrir varios de ellos, mediante lo que se ha llamado una “jerarquía axiológica móvil”.

Como aclara Guastini, una ‘jerarquía móvil’ es “una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso” (“Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, p. 146).

Supóngase que se autoriza instalar y ejercer libremente una industria o comercio y que también se autoriza establecer medidas de seguridad en protección de las personas y bienes. ¿Sería lícito, para permitir el ingreso de vendedores en recintos abiertos al público, exigir que acrediten su condición, con documentos suficientes? ¿Podría impedirse la entrada, en un condominio habitacional, a quienes no porten una credencial de la administración o la autorización de un copropietario? Mientras esto último puede admitirse en general, aunque afecte a comerciantes ambulantes y otros vendedores, lo primero puede ser considerado una discriminación arbitraria, al menos en circunstancias normales.

Asimismo, si se autoriza instalar y ejercer libremente una industria o comercio, se prohíbe atentar contra la vida y la libertad de las personas, o causar daño a sus bienes, y se faculta dictar normas para resguardar la ejecución del permiso y la observancia de la prohibición, cabe preguntar: ¿sería válida una disposición que prohíba el libre comercio de armas de fuego?; ¿sería válida la prohibición de instalar polvorines en los centros urbanos?; ¿sería válida la prohibición de establecer industrias de armas de fuego?

Difícilmente se justificaría, atendiendo a las circunstancias, la última prohibición; pero las dos primeras bien podrían ser consideradas atendibles y válidas.

33. Una justificación adecuada ha de estar siempre de acuerdo con una interpretación de la constitución política ‘como un todo orgánico’.

Atendiendo a esta exigencia, el Tribunal Constitucional expresó en su sentencia de 24 de febrero de 1987, a propósito de la ley orgánica constitucional sobre partidos políticos, según consta en el *Repertorio* de su jurisprudencia (p. 61):

Sería igualmente inconstitucional una ley que se limitara a reconocer el derecho de los afiliados para regular en forma absoluta e irrestricta el funcionamiento interno de sus organizaciones políticas, ya que ella no cumpliría

con el mandato constitucional de velar porque esos estatutos reflejen una efectiva democracia interna; como también aquella otra que, so pretexto de velar porque se cumpla efectivamente la obligación impuesta por el Constituyente, se excediera en su mandato y contemplara normas que sustituyeran la libre voluntad de los afiliados, en aspectos que no fueran los necesarios e indispensables para cautelar el fiel cumplimiento del precepto constitucional en estudio [...] la interpretación que deriva del contexto de las disposiciones pertinentes de nuestra Carta Fundamental es aquella que nos indica que la ley orgánica constitucional debe respetar la libertad de los afiliados para darse la organización interna que ellos acuerden; pero que al propio tiempo le está permitido, para velar por una efectiva y seria democracia interna de los partidos políticos, dictar normas mínimas, precisas y objetivas conducentes a dicho fin, ya que de otra manera podría fácilmente distorsionarse la exigencia anotada. [...] Es cierto, como se ha sostenido por algunos, que para cumplir el mandato constitucional la ley orgánica pudo haberse estructurado sobre la base de entregar enteramente a los afiliados la obligación de asegurar en los estatutos una efectiva democracia interna y otorgar competencia amplia a los órganos electorales respectivos para resolver, en definitiva, si se había o no cumplido con tal obligación. Sin embargo, no puede desconocerse que la ley es soberana para elegir el camino que considere más adecuado y que el escogido da mayor certeza jurídica [...].

34. Una “jerarquía móvil” también puede utilizarse con respecto a la aplicación del principio de libertad de opinión, en sus relaciones con la protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.

A juicio de la Corte Suprema, precisar cuándo debe entenderse lesionada la vida privada es materia reservada a los tribunales de justicia, ya que ni la ley ni la constitución podrían entrar a determinar los casos y circunstancias en que ello tiene lugar (Sentencia de 7 de julio de 1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 85, sec. 5ª, p. 119).

35. El uso de un mismo principio puede originar también dificultades entre sus diferentes destinatarios, que corresponde solucionar atendiendo a su razón de ser.

Al evaluar la aplicación de un principio como el de libertad de opinión, hay que reparar, por ejemplo, en si una determinada regulación significa, más bien, una forma de promoverlo —en cuanto resguarda el derecho de otros a utilizarla—. Estará justificado entonces

su establecimiento, sobre todo si beneficia además al cultivo de otros principios, como el de la dignidad de las personas y el de la soberanía popular.

Owen M. Fiss, en *La ironía de la libertad de expresión* (Gedisa, Barcelona, 1999), advierte (pp. 28-29 y 30):

Se afirma que las expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aun cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran. Esta dinámica silenciadora también ha sido atribuida a la pornografía. Desde este punto de vista, la pornografía reduce a las mujeres a objetos sexuales, colocándolas en una posición de subordinación y silenciándolas. Daña su credibilidad y las hace sentir como si no tuvieran nada que aportar a la discusión pública. Un caso todavía más claro: los gastos electorales ilimitados no sólo perpetúan la distribución desigual de la riqueza y colocan al pobre en posición de desventaja en la arena política, sino que también pueden tener el efecto de silenciar al pobre. El rico puede, por ejemplo, dominar el espacio publicitario en los medios de comunicación y en otros ámbitos públicos hasta tal grado que el público, de hecho, sólo oiga su mensaje. En consecuencia, la voz de los menos ricos puede quedar ahogada, simplemente. [...] Incluso si la dinámica silenciadora opera sólo a través de manos privadas [...] existe un amplio fundamento en favor de la intervención. [...] A veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás.

36. Lejos de coartar la libertad de expresión, una adecuada regulación puede robustecerla.

Stephen Holmes, en “El precompromiso y la paradoja de la democracia” —en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia* (F. C. E., México, 1999)—, manifiesta (pp. 254-255):

La democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria. El desacuerdo público es instrumento esencial del gobierno popular. No cualquier ‘voluntad’, sino aquella voluntad formada en debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. El derecho a la oposición legalmente garantizado es, por tanto, norma fundamental del gobierno democrático; aporta un requisito esencial para la formación de una opinión pública democrática. Los ciudadanos, sin verse amenazados o privados de sus medios de vida, deben poder articular y defender públicamente opiniones políticas heterodoxas. El consentimiento no tiene ningún sentido sin garantías institucionales de impugnación para disentir. La soberanía popular no tiene ningún significado sin reglas que organicen y protejan el debate público.

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 Paris I (Panthéon-Sorbonne). Profesor visitante de la Universidad de Oxford.