

PROGRAMA

ASIGNATURA: INTRODUCCIÓN AL DERECHO II (TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA)

Carácter: Obligatorio

Profesor responsable de sección: FERNANDO ATRIA LEMAITRE

Semestre / Año: Segundo Semestre 2005

Alumnos ayudantes ad honorem:

A. OBJETOS, CONTENIDOS Y BIBLIOGRAFÍA

DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CURSO

El curso de Introducción al derecho II trata de la argumentación jurídica y su lugar principal de manifestación institucional, es decir, la Función judicial. El programa descrito con detalle más abajo comienza considerando el fenómeno de la toma de decisiones en contextos institucionales, todavía no específicamente jurídicos. Luego se mueve a considerar los aspectos característicos del derecho como sistema institucionalizado, para considerar en tercer término la descripción de la posición del juez en el derecho contemporáneo. Habiendo caracterizado esa función, el curso gira hacia las formas argumentativas propiamente jurídicas, en especial las formas diversas de justificación interna y externa de las decisiones judiciales. Para eso se hace detallada referencia tanto a los modos de argumentación propios del derecho (precedente, dogmática jurídica, etc) como al modo en que las reglas jurídicamente válidas (legislación, costumbre, etc) aparecen en la justificación de las decisiones de aplicación. El curso termina considerando el fenómeno contemporáneo de la "vulgarización" en el derecho chileno.

A lo largo del curso, se dará especial énfasis a la naturaleza institucional del derecho, y al problema de dar en ese contexto un lugar relevante a la forma que evite lo que peyorativamente se denomina "formalismo"

CONTENIDO DEL CURSO

I. RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN CONTEXTOS

INSTITUCIONALIZADOS

A. DESCRIPCIÓN GENERAL

En esta primera parte del curso el objetivo es introducir al alumno al problema del discurso práctico en contextos institucionalizados. Esto permite mostrar la continuidad del curso de Introducción al Derecho II con Filosofía de la Moral, en el cual se estudió el razonamiento práctico en contextos no institucionalizados, e Introducción al Derecho I, en que se estudió el concepto de sistema jurídico, *i.e.* el aspecto institucional del derecho (sistema jurídico).

La idea es estudiar contextos institucionales (el derecho, los juegos, etc) y compararlos con contextos no institucionales. Eso explica la introducción de los textos de Rawls y Searle, con el objeto de mostrar que (algunas de) las características interesantes de la función judicial no se derivan del hecho de que sea un órgano jurídico, sino institucional.

Lo anterior lleva a la consideración de la forma y el razonamiento formal en el derecho, como una cuestión característicamente institucional. La cuestión de cuán conveniente es un razonamiento jurídico más o menos formal (tema sobre el cual se volverá hacia el final, al discutir el problema de la vulgarización del derecho) es una cuestión en la que los valores específicos que el derecho sirve son más relevantes.

B, CONTENIDO DETALLADO

1 Instituciones y hechos institucionales

i Dos tipos de regla.

Lectura obligatoria: Rawls, 1955 (bajar). Adicionalmente Rawls 1955 (bajar) y Rawls, 1955 (bajar).

ii Reglas constitutivas y regulativas.

Lectura obligatoria: Searle, 1997: 55 81-86 (bajar).

2 Forma y sustancia

Lectura obligatoria: Atiyah, 1984 (bajar).

3 Instituciones jurídicas y formalismo

i Ventajas y desventajas de la forma jurídica.

Lectura obligatoria: Ihering, 1852- 1865: 640-664 (bajar).

ji La forma del derecho occidental.

Lectura obligatoria: Weber, 1964 (bajar).

iii Diversos tipos de forma.

Lectura obligatoria: Zimmermann, 1990: 79-80 (bajar).

II. LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN.

A. DESCRIPCIÓN GENERAL

Antes de estudiar la función judicial propiamente tal, en esta sección se discute la posibilidad de distinguir entre legislación y jurisdicción. Sólo en la medida en que esta distinción es plausible, y hasta el punto en que lo sea, tiene sentido hablar en particular de la función judicial. Para esto, continuando desde la sección anterior, comenzaremos con la distinción tajante ofrecida por Montesquieu, para considerar luego la posición de Kelsen que la niega. Luego estudiaremos formas post-kelsenianas de distinguir, es decir, formas de distinguir entre estas potestades que se hacen cargo de las críticas de Kelsen a la versión ingenua (Atria, que se apoya en Habermas y Schmitt). Después de discutir estos puntos se discutirá la preeminencia que en el derecho moderno adquieren los procedimientos sobre los contenidos como formas de legitimación (Weber, Luhmann). Esta última cuestión sirve de puente al capítulo siguiente. sobre la función judicial propiamente tal.

B. CONTENIDO DETALLADO

1. Necesidad de la distinción entre potestades legislativas y jurisdiccionales

i Independencia judicial y estado de derecho

Lecturas obligatorias: Schmitt, 1998; 50 (bajar) y Montesquieu, 1748: cap. IX (Bajar).

ii Fuentes del derecho y aplicación de reglas.

Lectura obligatoria: Raz, 1986 (bajar) y Raz, 1992 (bajar).

2. La negación de la distinción.

Lectura obligatoria: Kelsen, 1925 (bajar).

3. Una reconstrucción post-kelseniana de la distinción

Lecturas obligatorias: Atria, 2005: cap. 2 (bajar) y Von Savigny, 1878: cap. 4 (bajar).

III. DISCRECIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

A. DESCRIPCIÓN GENERAL

En este capítulo estudiaremos el problema de la discreción en la aplicación del derecho y el problema de la respuesta correcta. De acuerdo a una teoría como la de H L A Hart, es posible distinguir casos claros de casos difíciles. En los primeros la aplicación de las reglas relevantes al caso es mecánica en el sentido de que no requiere del funcionario que decide una decisión no previamente contenida en la regla. En los

segundos, se trata de situaciones que no son definitivamente solucionadas por las reglas positivas y como consecuencia el juez, que por el principio de inexcusabilidad está obligado a decidirlo de todas maneras, tiene discreción. Dworkin objeta al uso del concepto “discreción” que hace Hart y alega que los jueces nunca (o casi nunca) tienen discreción porque siempre (o casi siempre) hay una respuesta correcta para el caso. Esta tesis dworkiniana ha sido intensamente debatida en las últimas décadas y será estudiada con cierto detalle en esta parte del curso.

B. CONTENIDO DETALLADO

1. Formalismo y escepticismo.

Lecturas obligatorias: Hart, 1963: cap. 7 (bajar).

2. La vía media: textura abierta.

Lectura obligatoria: Hart, 1963: cap. 7 (bajar).

3. Sentidos de discreción”.

Lectura obligatoria: Dworkin, 1984 (bajar).

4. La tesis de la respuesta correcta.

Lectura obligatoria: Dworkin (por definir).

5. Lagunas en el derecho y función judicial.

Lecturas obligatorias; Atria, 2005 (bajar), Bulygin, 2005 (bajar), Atria, 2005 (bajar) y Bulygin, 2005 (bajar). Estos textos forman parte de un intercambio sobre el tema, y por eso deben leerse en el orden indicado.

IV. LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL JUEZ EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

A. DESCRIPCIÓN GENERAL

En este capítulo estudiaremos la posición que al juez corresponde en el derecho contemporáneo. De esta manera, este capítulo une las consideraciones discutidas en los dos capítulos: la función judicial se caracteriza, en tanto dirigida a decidir en contextos institucionales, por aplicar reglas generales a casos particulares (capítulo 1). Además de esta caracterización normativamente austera, el juez detenta una potestad normativa creada y regulada por el derecho, la que hemos preliminarmente considerado en contraposición a la potestad legislativa (capítulo 2). Estos dos órdenes de consideraciones se reúnen en la idea de la vinculación del juez a la ley y de la obligación de fundar las sentencias judiciales.

B. CONTENIDO DETALLADO

1. La codificación.

Lectura obligatoria: Tardo, 1995: 39-56 (bajar) y Figueroa, 1982. (bajar)

2. Vinculación al derecho vigente.

Lectura obligatoria: en general, Hassemer, 1992 (bajar).

i Fuentes de la obligación

ii Reglas y principios.

Lectura: volver a Dworkin, 1984 (bajar), ya discutido.

iii Independencia judicial.

Lectura: volver a Atria, 2005: cap. 2 (bajar).

iv Efectos relativos de las sentencias (art 3 CC).

3. Obligación de fundar las decisiones judiciales.

Lectura obligatoria: Atienza, 1993: 19-48 (bajar).

i Fuentes de la obligación

ii Explicar y justificar

iii Justificación interna y justificación externa

4. Inexcusabilidad

V. JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: INTERNA Y EXTERNA

A. DESCRIPCIÓN GENERAL

La distinción entre justificación interna y externa será introducida aquí como una manera de estructurar parte importante de lo que sigue en el curso. La justificación interna se estudiará al estudiar la idea de silogismo jurídico, que supone la corrección de las premisas. La justificación de las premisas es de lo que trata la justificación externa.

B. CONTENIDO DETALLADO

1 La justificación de las decisiones judiciales. Argumentación jurídica y aplicación del derecho.

Lecturas obligatorias: Moreso and Vilajosana, 2004 (bajar) y volver a Atienza, 1993: 19-48 (bajar).

2 Justificación interna.

Lectura obligatoria: Alexy, 1989 (bajar).

i Silogismo teórico y silogismo práctico

ji Silogismo jurídico

iii Control institucional de la justificación interna

3 Justificación externa

i Distinción entre casos claros y casos difíciles

ii Formas de justificación externa. Interpretación de la ley

iii Formas especiales de justificación externa

iv Uso del precedente y dogmática jurídica.

Lectura obligatoria: Iherin & 1852-1865 (bajar).

v Antinomias y su solución.

Lectura obligatoria: Bobbio, 1958 (baja').

vi Lagunas e integración del derecho.

Lectura obligatoria: Alonso, 1995 (bajar) y Alonso, 1995 (bajar).

VI. LA CONSTITUCIÓN COMO PREMISA JURÍDICA. EL LLAMADO NEOCONSTITUCIONALISMO

A. DESCRIPCIÓN GENERAL

¿Es la constitución derecho, en el mismo sentido en que es derecho la ley? Una de las evoluciones más importantes del derecho chileno en las últimas décadas ha sido una progresiva 'juridificación' de la constitución, en un proceso que se ha denominado "neoconstitucionalismo". Las consecuencias de esta evolución no son claras todavía. Aquí discutiremos los problemas especiales que, desde el punto de vista de la distinción entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general, provoca la concepción de la constitución como una norma jurídica.

B. CONTENIDO DETALLADO

1 Principios constitucionales y su operatividad en la argumentación jurídica.

Lectura obligatoria: Alexy, 2000 (bajar).

2 La constitución entre la política y el derecho.

Lectura obligatoria: Atria, 2005: cap. 3 (bajar).

VII CONCLUSIÓN: VULGAR Y FORMALISMO.

En el último tiempo, particularmente desde que la constitución empezó a ser judicialmente aplicable, se ha estado extendiendo en Chile el diagnóstico de que el razonamiento jurídico, particularmente judicial, en Chile era demasiado formalista o legalista", y que constituye un desarrollo a celebrar el hecho de que esto haya sido superado. A modo de conclusión del curso, y volviendo sobre los temas tratados al comienzo del mismo (i.e. positivismo jurídico y derecho moderno) se discutirá críticamente este desarrollo (Atria, 2005: cap 1 (bajar)).

BIBLIOGRAFIA

* Alexy, R: "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en 13 RatioJuris (2000).

Teoría de la Argumentación Jurídica (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; edn orig 1978; traducido por Espejo, MA e 1).

- * Alonso, J P: "Un caso difícil en el Código Civil español", en 17-18 *Doxa* (1995).
"Un caso difícil en el Código Civil español (Guía)", en 17-18 *Doxa* (1995).
- * Arienza, M: *Las Razones del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- * Atiyah, P 5: "Forma y substancia en el derecho de contratos" (Oxford: Clarendon Press, 1984).
- * Atria, F: "Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo" (Madrid: Marcial Pons, 2005), pp 45-72. *La Forma del Derecho* (Borrador, 2005).
"Sobre las lagunas" (Madrid: Marcial Pons, 2005), pp 15-27.
- * Bobbio, N: *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Temis, 1958; edn orig 1992).
- * Bulygin, E: "Creación y aplicación del derecho" (Madrid: Marcial Pons, 2005).
"En defensa de El Dorado" (Madrid: Marcial Pons, 2005).
- * Dworkin, R: "El modelo de las reglas (1)" (Barcelona: Ariel, 1984).
- * Figueroa, M A: "La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista" (Santiago: Universidad de Chile, 1982), pp 777-104.
- * Hart, H L A: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963; traducido por G. Carrió).
- * Hassemer, W: "Sistema jurídico y codificación: La vinculación del juez a la ley" en Kauffinan, A y W Hassemer (eds): (Madrid: Debate, 1992), pp 199-217
- * Ihering, R: *El Espíritu del Derecho Romano* (Granada: Comares, 1852-1865; edn orig 1998).
- * Kelsen, H: *Teoría General del Estado* (México: Editora Nacional, 1925; edn orig 1934).
- * Moreso, J J y J M Vilajosana: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2004).
- * Rawls, J: "Dos conceptos de regla", en Foot, P (ed): (México: Fondo de Cultura Económica, 1955; traducido por M Arbolí), pp 210-247. "Dos conceptos de regla (erratas)", en Foot, P (ed): (México: Fondo de Cultura Económica, 1955; traducido por M Arbolí), pp 210-247. "Two Concepts of Rules", en *Philosophical Review* (1955), pp 3-32.

- * Raz, J.: *El Concepto de Sistema Jurídico* (México: UNAM, 1986; traducido por Tamayo, R). *Razón Práctica y Normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; traducido por J. Ruiz Manero).
- * Schmitt, C: *La Defensa de la Constitución* (Barcelona: Labor, 1998; traducido por Sánchez, M).
- * Searle, J: *La Construcción Social de la Realidad* (México: Paidós, 1997; traducido por Domènech, A).
- * Tarello, G: *Cultura Jurídica y Política del Derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1995).
- * Von Savigny, P: *Sistema del Derecho Romano Actual* (Madrid: F Góngora y Compañía editores, 1878; edn orig 1840).

* Weber, M: *Economía y Sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1964; edn orig 1922).

* Zimmermann, R: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town:Jura, 1990).

B. EVALUACIÓN

El curso será evaluado en las fechas que fijadas por la Dirección de Escuela y estas son:

Pruebas: 1° Control: Miércoles 7 de septiembre 2° Control: Miércoles 19 de octubre

Examen: Jueves 24 de noviembre

C. ASISTENCIA

El curso no contempla entre sus requisitos reglamentarios de aprobación la asistencia a clases

D. METODOLOGÍA

E. OTROS ASUNTOS