

INTRODUCCIÓN AL DERECHO I (TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO)

A. ASISTENCIA

No se llevará control de asistencia.

B. EVALUACIÓN

Las evaluaciones del curso serán las que fije la Dirección de Escuela. Sus ponderaciones, las del reglamento.

C. OBJETO

El curso de Introducción al Derecho tiene por finalidad iniciar al estudiante en los conceptos básicos del derecho y proveerle de un aparato teórico que enriquezca su comprensión del fenómeno jurídico con miras a su estudio particular en otras materias. Con miras a ese objetivo general, el curso contempla los objetivos específicos descritos en cada capítulo.

D. CONTENIDO

CAPITULO 1 DERECHO Y SOCIEDAD

En este capítulo explorará algunas formas en las que ha sido concebida la relación entre el derecho y la sociedad. La finalidad de este capítulo no es enciclopédica. El capítulo no busca que el estudiante adquiera un conocimiento general de la historia de la tradición jurídica occidental, sino que a través de la consideración de ciertos momentos especialmente importantes en la historia del derecho conozca y aprecie la importancia del contexto social y la historia en la estructura de los sistemas jurídicos y del modo en que éstos son comprendidos, así como el modo en que las diversas maneras de entender el derecho afectan la forma en que el derecho se estudia y se aplica; se trata de entender, en definitiva, en qué sentido las categorías que hoy damos por supuestas en el estudio del derecho son ellas mismas históricamente contingentes.

1 EL CASO DEL FORMALISMO DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD.

- i. La historia de la bendición de Jacobo.
- ii. El caso del *ius civile* romano: *stipulatio*, excepciones.

LECTURAS OBLIGATORIAS:

Génesis 27: 1-40

Guzmán, "Derecho Privado Romano", pp. 9.28, 149-155.

Schulz, "Derecho Romano Clásico", pp. 48-53.

Zimmermann, "Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition", pp. 82-89.

2 DERECHO MEDIEVAL Y EL COMMON LAW.

- i. El derecho como razón natural.

- ii. Legislador y juez en el derecho medieval.

LECTURAS OBLIGATORIAS:

Detmold, "Derecho como Razón Práctica", primera parte.

3 EL DERECHO MODERNO Y LA LEGISLACIÓN

- i. La idea moderna: el derecho como orden artificial.
- ii. El positivismo jurídico como la teoría del derecho moderno.

LECTURAS OBLIGATORIAS:

Declaración de independencia norteamericana (1776).

Hobbes, "Leviatan", cap. 13.

Atria, La Forma del derecho (Borrador), cap. 1.

Atria, Mercado y Ciudadanía en la Educación, cap. 5.

García de Enterría, "La democracia y el lugar de la ley".

4 LA REGRESIÓN AL DERECHO PRE-MODERNO. EL LLAMADO "NEO-CONSTITUCIONALISMO"

CAPITULO 2 EL SISTEMA JURÍDICO

1 BENTHAM Y AUSTIN (1): EL SURGIMIENTO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El tema a ser estudiado será el de la caracterización del positivismo jurídico como escuela, a partir de la formulación inicial de Bentham y Austin. La lectura de Bentham enfatiza las dos posiciones que es posible tomar en relación al derecho: la del *expositor* y la del *ensor*. Al hacerlo así, Bentham formula de una manera especialmente clara una de las cuestiones que caracterizan al positivismo jurídico como escuela: la idea de que es posible describir el derecho sin necesariamente evaluarlo. Como veremos más adelante, esta tesis presentada de esta manera es demasiado simple, pero es importante antes de comenzar a estudiar las complicaciones del problema detenerse a establecer qué es lo que está en disputa.

La teoría del derecho elaborada por Bentham y Austin se funda sobre la base de unos pocos conceptos, que son parcialmente interdefinibles (es decir, se definen unos por otros). El primero es el de *soberano*: la existencia de una persona o grupo que pueda ser caracterizada como 'soberano' es la condición necesaria y suficiente para la existencia de un sistema jurídico. El soberano es, a su vez, quien es *habitualmente obedecido* en un territorio determinado. A partir de los materiales listados más abajo intentaremos una caracterización del soberano austiniano.

Sobre la base de la noción de soberanía discutida en la sesión anterior, se introducirán los conceptos centrales de la teoría del derecho de Bentham y Austin: mandato, sanción. Estos conceptos son importantes porque de acuerdo a Bentham y Austin todas las reglas jurídicas pueden ser reducidas a mandatos. Los mandatos, a su vez, son expresiones de deseos del soberano respaldados por la amenaza de una sanción. Así, la regla contenida en el artículo 404 del Código Penal ("La provocación a duelo será castigada con reclusión menor en su grado mínimo") puede ser convertida en una orden respaldada por una amenaza: "(Orden del soberano) A todas las personas se les ordena que no provoquen a otra a duelo, y el que incumpla esta orden será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo".

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:

Positivismo, Soberanía, hábito de obediencia, Mandato, sanción

LECTURAS

Finch, Introducción a la Teoría del Derecho, pp. 97-104

Raz, "El Concepto de Sistema Jurídico", pp. 23-45.

Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 23-61, caps. 2-3

EJERCICIO

Las siguientes disposiciones jurídicas no están escritas como si fueran mandatos, es decir, órdenes respaldadas por amenazas. Re-escribálas como mandato, manteniendo el contenido sustantivo inalterado:

Art. 382 Código Penal: El que contrajere matrimonio estando casado válidamente, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo.

Art. 494 N° 6 Código Penal: "Sufrirá la pena de `prisión en sus grados medio a máximo o mulata de uno a cinco sueldos vitales [...] el que corriere carruajes o caballerías con peligro de las personas, haciéndolo en poblado, ya sea de noche o de día cuando haya aglomeración de gente"

Art. 1460 Código Civil: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer". Esta disposición debe ser relacionada con el art. 1681 del mismo código: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato".

Art. 7 Constitución Política del Estado: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas podrá atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

Art. 80 Código de Procedimiento Civil: "Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial".

2 CRÍTICA DE LA TEORÍA IMPERATIVA (1): EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

En esta clase se someterá a un análisis crítico la teoría imperativa del derecho, comenzando con el rol que dentro de ésta juega el concepto de *soberanía*. Las críticas dirigidas por Hart al concepto de soberanía como éste aparece en la teoría de Bentham y Austin que estudiaremos son especialmente dos: (i) en primer lugar, no es capaz de explicar la continuidad del derecho, es decir, el hecho de que las reglas dictadas por un "soberano sigan siendo válidas aunque ese soberano haya dejado de serlo; y (2) no es tampoco capaz de explicar que el soberano puede estar jurídicamente limitado, como por lo demás ocurre hoy normalmente.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:

Continuidad del derecho, limitaciones jurídicas del soberano.

ACTIVIDADES:

Discusión del ejercicio de la clase anterior. Exposición de los puntos principales de los textos indicados.

Discusión general.

LECTURAS

Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 63-98 (cap. 4).

EJERCICIO

Conforme a lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución chilena, ¿quién diría usted que es, de acuerdo a la teoría de Bentham y Austin, el soberano en Chile?

Artículo 5° Constitución Política del Estado: "La soberanía reside esencialmente en la Nación Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

3 CRÍTICA DE LA TEORÍA IMPERATIVA (2): LAS NOCIONES DE MANDATO Y SANCIÓN

Ahora corresponde analizar críticamente las nociones de mandato y sanción. Lo que estudiaremos será si concebir al derecho como un sistema de mandatos respaldados por sanciones es adecuado, o si en realidad desfigura importantes aspectos del derecho en aras de lograr una uniformidad aparente.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:

Nulidad, sanción, reglas jurídicas.

ACTIVIDADES:

Discusión del ejercicio de la clase anterior. Exposición de los puntos principales de los textos indicados. Discusión general.

LECTURAS

Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 33-62 (cap.3).

4 HART (1): EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO

Hart ha sostenido que "la raíz del fracaso [de la teoría imperativa del derecho] es que los elementos con los que se ha construido la teoría [...] no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho" (*Concepto de Derecho*, p. 101). En otras palabras, la teoría imperativa no es capaz de explicar la dimensión *normativa* del derecho. Hart entonces ofrece una sofisticada explicación de la normatividad del derecho, vinculada a la distinción que él introduce entre el punto de vista *interno* y el *externo*. El derecho, dice Hart, es un tipo especial de *práctica social*, y en el contexto de prácticas como la jurídica su normatividad se explica adoptando la perspectiva de los participantes de la práctica, no la de los observadores. La distinción entre el punto de vista externo y el interno, en relación al problema mencionado de la normatividad del derecho, será el tema de esta sesión.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:

Normatividad del derecho, punto de vista interno/externo, práctica social, participante, obligación jurídica.

ACTIVIDADES:

Exposición de los puntos principales de los textos indicados. Discusión general.

LECTURAS:

Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 99-113 (cap. 5).

EJERCICIO:

Discuta las siguientes afirmaciones y decida si ellas expresan un punto de vista externo o interno (o hermenéutico), indicando las razones que justifican su decisión.

"En cuanto a la pregunta por la moralidad del aborto, debo primero dejar en claro que este es un tema sobre el cual no hay verdades. Mi opinión, sin embargo, es que es inmoral"

"Cuando estés en Chile, es mejor que cumplas lo que la ley dice, porque si no pueden sancionarte"

"Como se ha celebrado un contrato de compraventa entre A y B, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil A tiene el deber de entregar la cosa y B de pagar el precio"

"Los fotorradars son inconstitucionales, porque no hay un oficial de carabineros que dé fe de la existencia de la falta"

5 HART (2): EL DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Uno de los aspectos más celebrados de la teoría del derecho de Hart es la introducción de la distinción entre lo que él llamó las reglas *primarias* y las reglas *secundarias*. Esta distinción será discutida en esta sesión del curso. Hart cree que cualquier práctica jurídica que utilice sólo reglas primarias se verá enfrentada a tres problemas, y la solución a esos problemas es posible gracias a la introducción de reglas de un tipo distinto a las reglas primarias: reglas secundarias, que se caracterizan porque, a diferencia de las reglas primarias que regulan directamente la conducta de los súbditos, imponiéndole obligaciones, las reglas secundarias les confieren *poderes* o *facultades*. Hart mismo a veces caracteriza las reglas secundarias de un modo ligeramente distinto: son reglas que, a diferencia de las primarias que se refieren a la conducta de los súbditos, se refieren a *otras reglas*.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:

Reglas primarias, reglas secundarias, poder jurídico, obligación jurídica.

ACTIVIDADES:

Discusión del ejercicio de la clase anterior. Exposición de los puntos principales de los textos indicados. Discusión general.

LECTURAS

Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 113-123 (cap. 6).

EJERCICIOS

(1) Discuta las siguientes reglas e indique si son reglas primarias o secundarias, y en este último caso, si son reglas secundarias de cambio, reconocimiento o adjudicación. Justifique su respuesta.

Art. 1437 Código Civil: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y

cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.

Art. 1545 Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Art. 111 Código Orgánico de Tribunales: “El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan”

Art. 2 Código Civil: “La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella”

Art. 3 Código Civil: “Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Art. 6 Código Civil: “La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen”.

(2) ¿Conoce usted algún tipo de práctica normativa (no necesariamente jurídica) que utilice sólo reglas primarias?

6 HART (3): LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Entre las reglas secundarias estudiadas en la sesión anterior un lugar especialmente relevante es el ocupado por la *regla de reconocimiento*. La regla de reconocimiento se caracteriza porque ella es la que permite reconocer el resto de las reglas jurídicas como tales reglas (jurídicas). Así, las reglas primarias y secundarias de cambio y adjudicación son válidas (es decir, son reglas jurídicas) porque cumplen con los requisitos establecidos para ello por la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento, por su parte, no es validada por otra regla: es *aceptada*, y esa aceptación es una de las bases de todo sistema jurídico.

“Una de las bases”: esto se explica porque Hart sostiene que quienes deben aceptar la regla de reconocimiento son los oficiales de un sistema jurídico, no todos los súbditos: el sistema existe cuando los oficiales “aceptan” la regla de reconocimiento y cuando los súbditos cumplen, por regla general, con lo dispuesto por las reglas reconocidas conforme a la regla de reconocimiento. Este y otros temas relacionados serán estudiados en esta sesión del curso.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES:

Regla de reconocimiento, aceptación de reglas, validez de reglas, conformidad con las reglas.

ACTIVIDADES:

Discusión del ejercicio de la clase anterior. Exposición de los puntos principales de los textos indicados. Discusión general.

LECTURAS:

Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 125-153 (cap. 6).

EJERCICIO:

Hart criticaba a Bentham y Austin que la teoría de éstos no podía distinguir entre la “orden” contenida en una ley y la orden del bandolero que dice a la víctima: “la bolsa o la vida”. ¿Cree usted que Hart puede responder su propia objeción? ¿Cómo?

CAPITULO 3 LA ESTRUCTURA DEL DERECHO

Este capítulo persigue que el estudiante entienda la naturaleza sistémica del derecho, y las diversas consecuencias y explicaciones que se han ofrecido de esa característica. El derecho es entendido primariamente como un sistema de normas, es decir, como un conjunto ordenado de normas. Este carácter sistemático, la ordenación, de las normas jurídicas, se reconstruye a partir del análisis del concepto de “validez” del sistema jurídico y de las normas jurídicas que lo componen, concepto del que derivan una serie de conceptos estrechamente vinculados, como son los de “eficacia”, “existencia”, “vigencia”, “fuentes del derecho”, “jerarquía”, etc., que son centrales para el discurso jurídico.

Este sistema de normas, por otra parte, se traduce en y opera a través de una serie de posiciones jurídicas subjetivas, tanto públicas como privadas. La explicación del sistema de posiciones jurídicas subjetivas permite dar cuenta de otro conjunto de conceptos que dan estructura al discurso jurídico (como son los conceptos de potestad, derecho, libertad, deber) y que son esenciales para la operación del sistema jurídico y para el discurso jurídico. En especial, resulta relevante mostrar que (i) es a través del ejercicio de potestades que se produce (potestades normativas) y se aplica el derecho (potestades adjudicatorias), y que (ii) la aplicación del derecho tiene lugar través de acciones judiciales que someten al conocimiento de quienes detentan potestades adjudicatorias la pretensión de que se sigue la aplicación de una determinada consecuencia jurídica como consecuencia anudada a posiciones jurídicas subjetivas.

Finalmente, se espera que el estudiante sea capaz de aplicar estos conceptos en una descripción del sistema jurídico chileno. Que aprecie la conexión que al nivel de la teoría de las fuentes del derecho existe entre derecho y política y que esta relación tiene también una historia, que a su vez se relaciona con las visiones del derecho que se estudiarán como forma de cumplir el objetivo anterior.

1 EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y LOS CONCEPTOS DERIVADOS.

- i. Las cadenas de validez.
- ii. El fundamento de la validez del sistema.
- iii. El derecho como sistema dinámico: la *Grundnorm*.
- iv. La regla de reconocimiento.
- v. Nacimiento y destrucción de un sistema jurídico.

2 LAS POSICIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS.

- i. Sistema de posiciones jurídicas activas y pasivas.
- ii. La conexión entre el concepto de potestades y el concepto de acto jurídico.
- iii. La conexión entre las posiciones jurídicas subjetivas y las acciones judiciales.

3 EL CONCEPTO DE FUENTE DEL DERECHO

- i. Fuentes del derecho formales y materiales.
- ii. Fuentes formales del derecho y validez procedimental.
- iii. Fuentes formales del derecho y argumentación jurídica.
- iv. Fuentes formales del derecho y la tesis positivista de las fuentes.

4 LOS MODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO CHILENO

LECTURAS OBLIGATORIAS:

- Kelsen, "Teoría Pura del Derecho (1960)", pp. 201-232.
Raz, "El Concepto de Sistema Jurídico", pp. 123-138.
Hart, "El Concepto de Derecho", pp. 125-153.
Aguiló, "Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)", pp. 21-98.
Hohfeld, "Conceptos Jurídicos Fundamentales", pp. 23-87.
Atria, "Mercado y Ciudadanía en la Educación" (cap. 2).

E. BIBLIOGRAFÍA:

- Aguiló, J.: *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y del orden jurídico)* (Barcelona: Ariel, 2000).
Atria, F.: *Mercado y Ciudadanía en la Educación* (Santiago: Flandes Indiano, 2007).
Detmold, M. J.: *Derecho como Razón Práctica* 1985).
García de Enterría, E.: "La democracia y el lugar de la ley", en E. García de Enterría y A. Menéndez Menéndez: *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 18-62.
Guzmán, A.: *Derecho Privado Romano* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996).
Hart, H. L. A.: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963).
Hobbes, T.: *Leviatan* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987).
Hohfeld, W. N.: *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (México: Fontamara, 2001; ed.orig. 1923).
Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho (1960)* (México: Porrúa, 1991; ed.orig. 1960).
Raz, J.: *El Concepto de Sistema Jurídico* (México: UNAM, 1980).
———: *El Concepto de Sistema Jurídico* (México: UNAM, 1986).
Schulz, F.: *Derecho Romano Clásico* (Barcelona: BOSCH, 1960).
Zimmermann, R.: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town: Juta, 1990).