

INTRODUCCIÓN AL DERECHO SISTEMA JURÍDICO

A. METODOLOGÍA

El curso se desarrollará a través de clases en las cuales se discutirá el contenido del curso y de las lecturas que semana a semana se deberán ir leyendo. Las lecturas a leer semana a semana permitirán al alumno adentrarse en los temas más relevantes del curso de forma directa y serán evaluadas a través de la prueba parcial y en el examen final. El profesor guiará la discusión de clases, aclarará dudas y expondrá la materia de este curso, la cual será evaluada a través de los instrumentos ya señalados.

B. OBJETIVOS

El *objetivo general* del curso es que el estudiante entienda el derecho como una práctica social institucionalizada, y que identifique las características centrales de la manera en que esa práctica es comprendido, consciente de que ellas son el resultado de una evolución histórica.

Objetivos específicos son (a) que el estudiante entienda y sea consciente de la importancia de distintos modos de comprender el derecho, y cómo la manera que da por sentada se relaciona con ellos; (b) que conozca las teorías que han intentado dar cuenta del carácter positivado e institucionalizado del derecho moderno; y (c) que entienda el concepto de “institución” y el modo en que él se manifiesta en la estructura y la operación del derecho.

C. ASISTENCIA

No se llevará control de asistencia.

D. EVALUACIONES

Las pruebas y el examen se rendirán en la fecha fijada por la dirección de escuela.

PROGRAMA DEL CURSO

PRIMERA PARTE: COMPRENSIONES DEL DERECHO

En este capítulo se explorarán 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 LA COMPRENSIÓN PRE-MODERNA DEL DERECHO

a. El derecho como parte del mundo: el formalismo del derecho antiguo.

Lecturas:

Génesis 27: 1-40 La bendición de Jacobo

Guzmán Brito, Derecho Privado Romano, pp 9-28; 140-155

Zimmermann, Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition (traducción de la sección “La importancia de la forma y la formalidad”), pp. 82-89

Popper, La Sociedad Abierta y sus Enemigos, pp 67-77.

b. Sujeto natural, derecho natural: el derecho natural medieval

Según una concepción pre-moderna del derecho, entre derecho y razón existe una relación intrínseca. Esto quiere decir que el derecho vale en tanto sea adecuado a la razón. El derecho pretende ser expresión de la razón, de que es lo justo, correcto o razonable en una situación determinada dada la especial relación que tienen las partes. Por ello, no es posible sostener que una norma puede ser válida con independencia de su corrección, porque es justamente de su contenido de donde arranca su fuerza normativa. La validez descansa en la corrección de la decisión, por lo que ley y razón en definitiva se confunden.

Lecturas:

Rawls, Dos conceptos de regla, pp. 210-247

Detmold, Derecho como Razón Práctica (primera parte)

2 LA COMPRENSIÓN MODERNA DEL DERECHO

a. Sujeto natural, derecho artificial: el derecho subjetivo y el derecho liberal

i. El sujeto pre-social (el estado de naturaleza)

Para Hobbes, el estado es artificial (y contingente), una creación humana (de la misma forma que lo es el derecho), de modo que su surgimiento y mantención depende únicamente de la voluntad de los hombres (i.e. su obediencia). En este sentido, se hace la diferencia con la concepción pre-moderna en la que la sociedad civil y el derecho estaban presentes en la naturaleza, eran una condición propia y necesaria de la vida de los hombres

Locke parte como Hobbes, del estado de naturaleza, y en su opinión todos los hombres están naturalmente en ese estado y permanecen en él hasta que por su propia voluntad se convierten en miembros de una sociedad política que ellos mismos crean (la comunidad política es artificial). Sin embargo, su idea de estado de naturaleza es distinta a la de Hobbes y esto lleva importantes consecuencias.

Lecturas:

Hobbes, *Leviatan*, cap. 13, pp 100-105

Locke, *Dos Ensayos sobre el Gobierno*, cap ii, pp 205-218

ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Las fuentes doctrinales del derecho moderno y de su justificación, la democracia están en Locke y Rousseau, y en las dos revoluciones del siglo XVIII: en la revolución americana y en la revolución francesa.

Rousseau, precursor de la revolución francesa, en respuesta a Locke, entiende la libertad como la autonomía del pueblo (Locke entiende libertad como un espacio de no intervención: el objeto del estado es proteger los derechos naturales de las intervenciones de terceros); como participación igual de todos en la práctica de la legislación.

Lecturas

Declaración de Independencia Norteamericana

Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1789)

Rousseau, *El Contrato Social*, cap VII, pp 47-53

iii. El principio democrático y la estructura jurídica del Estado moderno

La idea moderna de derecho lleva al principio democrático. En esta sección caracterizaremos el principio democrático y mostraremos qué consecuencias tiene para la estructura institucional del Estado.

Lecturas:

Atria, *La Forma del Derecho*

García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, pp 102-136

b. Sujeto artificial, derecho artificial: derechos sociales

i. Sujeto artificial

Lo que ocurre después de Hobbes, con la introducción de Marx es la radicalización del paso hobbesiano. Como hemos visto, Hobbes, el liberalismo, el Estado moderno afirma que el derecho no es natural, que el derecho no es ajeno, sino que propio. Pero hay una cosa que sigue siendo natural que es el individuo. El individuo existe naturalmente: el liberalismo naturaliza la subjetividad.

Por consiguiente, el paso siguiente es afirmar que tanto el derecho como el individuo son políticamente constituidas. Lo que significa afirmar que quien vive solo no es un hombre sino que una bestia, hay que tomarse esta idea aristotélica de forma literal. Así, no hay humanos sino que bestias en el Estado de naturaleza, no hay humanidad en el Estado de naturaleza porque la humanidad surge de lo político, al establecer vínculos con otros.

Lecturas:

Rousseau, J.J: *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Primera parte.

Marx, K: Selección de textos.

ii. La ciudadanía y los derechos sociales: el estado de bienestar

El derecho liberal lleva consigo el lenguaje de los derechos subjetivos, una idea radicalmente emancipatoria, porque venció en la lucha contra la monarquía y las instituciones feudales. No obstante, ganada la lucha, los derechos subjetivos se han vuelto contra si mismos, ya que se han convertido en la idea legitimadora del estado mínimo. Frente a esto surge el lenguaje de los derechos sociales que requiere para concretizarse de la creación de instituciones que garanticen el bienestar de ciertos aspectos fundamentales de las personas como ciudadanos.

Lecturas:

Atria, F: Derechos sociales y Educación, selección.

Marshall, Ciudadanía y Clase Social

SEGUNDA PARTE: EL POSITIVISMO JURÍDICO

1 EL PRIMER INTENTO DE DESCRIPCIÓN DEL DERECHO: BENTHAM Y AUSTIN.

a. 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 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. Sobre la base de la noción de soberanía, 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.

Lecturas:

Austin, Lectures on jurisprudence, Primera lección, pp. 178-200

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

Raz, El Concepto de Sistema Jurídico, pp. 24-29

b. Hart y la crítica de la teoría imperativa

La concepción del derecho como órdenes respaldados por amenazas debe enfrentar la objeción de que existen una variedad de normas jurídicas, que no corresponde a esa descripción en tres aspectos principales: primero, existen normas que difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que confieren potestades, no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de deberes jurídicos; en segundo lugar a menudo una norma penal, que es la que más se aproxima al modelo simple, tiene un ámbito de aplicación diferente de las normas dadas a otros, porque tales normas pueden imponer deberes tanto a quienes lo han dictado como a los demás; tercero, algunas normas se originan en la costumbre y no deben su status a un acto deliberado de creación del derecho.

Lecturas:

Hart, El Concepto de Derecho, cap. II y III.

c. El concepto de soberanía

En esta parte se somete 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.

Lecturas:

Hart, El Concepto de Derecho, cap. IV

Atria, Sobre la soberanía y lo político

2 LA PREGUNTA POR LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO.

a. El punto de vista interno

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” (El 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 parte.

Lecturas:

Hart, El Concepto de Derecho, cap. V

b. Sentido subjetivo/sentido objetivo.

Si se analiza uno cualquiera de los acontecimiento fácticos considerados jurídicos (una votación parlamentaria, una sentencia de un juez) cabe distinguir dos elementos: un acto sensiblemente perceptible que acaece en el tiempo y en el espacio; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir, la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho. Se reúnen ciertos hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos otros no; esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho.

Lecturas:

Kelsen, Teoría Pura del Derecho (1960), cap. I: NN° 1, 2, 3

3 EL DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

a. La idea de reglas 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. 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.

Lecturas:

Hart, El Concepto de Derecho, cap. V

b. La regla de reconocimiento y la norma fundante hipotética

Entre las reglas secundarias 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.

Lecturas:

Hart, El Concepto de Derecho, cap. VI

Kelsen, Teoría Pura del Derecho (1960), cap. V

TERCERA PARTE: TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

1 HECHOS INSTITUCIONALES Y REGLAS CONSTITUTIVAS

Lecturas:

Searle, La Construcción Social de la Realidad, capítulo 5.

Rawls, Dos conceptos de regla

2 LA LLAMADA “TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO”

Lecturas:

MacCormick, Instituciones del Derecho, pp. 27-58

3 TEORÍA GENERAL DE LAS INSTITUCIONES

Lecturas:

Atria, La Forma del Derecho, pp. 133-158

Fuller, La Moral del Derecho, pp. 11-41.

4 LA IDEA DE INSTITUCIÓN, EL DERECHO Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Lecturas:

Atria, La Forma del Derecho, pp. 423-466

Böckenförde, La democracia como principio constitucional

E. BIBLIOGRAFÍA

Declaración de Independencia Norteamericana 1776).

Atria, F.: "Sobre la soberanía y lo político", en *12 Revista de Derecho y Humanidades* (2006), pp. 47-93.

- : *La Forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).
- Austin, J.: *Lectures on jurisprudence* 1832).
- Böckenförde, E. W.: "La democracia como principio constitucional", en Böckenförde, W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 47-131.
- Detmold, M. J.: *Derecho como Razón Práctica*, (1985).
- Finch, J.: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Barcelona: Labor, 1977; ed.orig. 1974).
- Fuller, L.: *La Moral del Derecho* (México: Trillás, 1967; ed.orig. 1964).
- García de Enterría, E.: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Civitas, 1994).
- Guzmán Brito, 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).
- Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho* (1960) (México: Porrúa, 1991; ed.orig. 1960).
- Locke, J.: *Dos Ensayos sobre el Gobierno* (Madrid: Espasa-Calpe, 1991).
- MacCormick, N.: *Instituciones del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2011).
- Marshall, T.: *Ciudadanía y Clase Social* (Madrid: Alianza, 1998).
- Popper, K.: *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* (Buenos Aires: Paidós, 1957).
- Rawls, J.: "Dos conceptos de regla", en Foot, P. (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: Fondo de Cultura Económica, 1955), pp. 210-247.
- Raz, J.: *El Concepto de Sistema Jurídico* (México: UNAM, 1986).
- Rousseau, J. J.: *El Contrato Social* (Madrid: Espasa-Calpe, 1975).
- Searle, J.: *La Construcción Social de la Realidad* (Barcelona: Paidós, 1997).
- Zimmermann, R.: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town: Juta, 1990).