

Introducción al derecho I
Teoría del sistema jurídico
Bitácora del curso

En esta bitácora el estudiante encontrará una descripción sucinta de lo discutido clase a clase. De este modo puede saber qué se ha discutido en una clase particular, si (por ejemplo) no ha podido asistir a ella y necesita saber las materias que debe actualizar, o qué se discutirá en la clase siguiente. Nótese en particular que el sentido de esta bitácora no es el de proveer un “resumen” del contenido del curso: el detalle con el que está explicado el contenido de cada clase aquí no pretende más que hacer de este documento una herramienta de referencia y de actualización.

Ir directamente a:

Clase 0 (17/03)	Clase 1(19/03)	Clase 2 (21/03)	Clase 3 (24/3)
Clase 4 (26/03)	Clase 5 (28/03)	Clase 6 (31/03)	Clase 7 (02/04)
Clase 8 (04/04)	Clase 9 (07/04)	Clase 10 (09/04)	Clase 11 (11/04)
Clase 12 (14/04)	Clase 13 (16/04)	Clase 14 (23/04)	Clase 15 (25/04)
Clase 16 (28/04)	Clase 17 (30/04)	Clase 18 (05/05)	Clase 19 (07/05)
Clase 20 (12/05)	Clase 21 (14/05)	Clase 22 (16/05)	Clase 23 (19/05)
Clase 24 (26/05)	Clase 25 (28/05)	Clase 26 (30/05)	Clase 27 (04/06)
Clase 28 (06/06)	Clase 29 (09/06)	Clase 30 (11/06)	Clase 31 (13/06)
Clase 32 (16/06)	Clase 33 (18/06)	Clase 34 (20/06)	Clase 35 (23/06)
Clase 36 (25/06)	Clase 37 (27/06)		

[Clase 0 \(17/3\)](#) ([arriba](#))

Presentación general del curso

Lectura próxima clase: Génesis 27:1-40

[Clase 1 \(19/3\)](#) ([arriba](#))

PRIMERA PARTE: COMPRENSIONES DEL DERECHO

Capítulo 1: La comprensión pre-moderna del derecho

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

La bendición de Jacob – La comprensión antigua del derecho

La clase comienza dando lectura a la historia de la bendición de Isaac a su hijo Jacob, y se pregunta qué de peculiar habría en lo narrado si nos propusiéramos compararlo con el relato de una situación similar ocurrida en la actualidad. En tal comparación destaca lo siguiente: el engaño que sufre Isaac, y que explica su bendición a Jacob, nunca se muestra como razón para entender a esta última como aparente o anulable. Al contrario, el relato insiste en mostrar a la bendición como un “hecho” que, una vez que existe en el mundo, existe con independencia de la voluntad de quien lo generó («Tu hermano ha venido, me ha engañado y se ha tomado tu bendición», «¿Y no me has reservado alguna bendición? [...] ¿Acaso no tienes más bendición que ésta?»). Aquí la forma en que la bendición es producida es análoga a la forma en la que el ingeniero construye los puentes: así como éste debe seguir ciertas leyes de la física para cumplir su cometido (y el puente caerá aunque no lo quiera si no las sigue adecuadamente), la bendición es el producto de la mera pronunciación de ciertas palabras (y no se producirá, por mucho que se quiera, si no son pronunciadas adecuadamente). El engaño que sufre Isaac no juega ningún papel en los efectos de su bendición.

La particularidad de este relato puede hacerse perspicua si atendemos al derecho contemporáneo de contratos. El contrato es la significación que ciertos hechos tienen a la luz de ciertas reglas que especifican qué vale como un contrato. Tales reglas exigen, entre otras cosas, que las voluntades que en él concurren se encuentren libres de vicios (siendo uno de ellos el error o el consentimiento producido mediante engaño). La nulidad es la constatación de que una potestad normativa no ha sido ejercida de acuerdo a las reglas que especifican sus condiciones. En el *Génesis*, la entrega de la bendición no es entendida como el ejercicio de ciertas potestades normativas, sino como la producción de un “hecho” o entidad física, cuestión para la que no se necesita habilitación normativa alguna.

Entonces es a partir de esta concepción moderna que nos resulta problemático que la bendición no sea algo susceptible de ser anulado, es decir, que sea considerada como un “hecho”. Sin embargo, hay una serie de cosas que no podemos considerar como anulables (*i.e.* que son “hechos”), como por ejemplo el homicidio, porque resultaría ridículo pensar en la idea de “Homicidio Nulo”.

A partir de lo anterior, clase termina con la pregunta respecto del criterio que nos serviría para distinguir entre los actos que caben dentro de la categoría de lo no susceptible de ser anulado (como el homicidio, o la bendición en el *Génesis*) y los que sí son susceptibles de ser anulados (como contratos).

Clase 2 (21/03) ([arriba](#))

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

La bendición de Jacob – La comprensión antigua del derecho

Hay ciertas cosas a las que no podemos volver atrás, otras que sí. La nulidad nos permite afirmar esto, entendiendo que un acto declarado nulo es más que uno cuyo acaecimiento cesa: ésta implica volver al momento de su celebración, y quitarle aquel

status que se le había otorgado. Esta posibilidad, es lo que en el derecho conocemos como “retroactividad”.

Pero, ¿por qué esto no puede ocurrir en el ejemplo que estamos tratando, el de la bendición de Jacob?

La nulidad supone la existencia de dos niveles. El primero es material, y se refiere al hecho concreto que tuvo lugar en un espacio tiempo específico (en el caso de un contrato: A y B se comunicaron, y acordaron determinadas condiciones de intercambio). El segundo nivel, por otro lado, tiene que ver con la interpretación que la ley da a aquel acto, y por la que le otorga determinadas consecuencias jurídicas (dicho acuerdo cuenta como un contrato).

La nulidad actúa sobre el segundo nivel. Ella no niega la existencia del hecho bruto (el hecho de que A y B se pusieron de acuerdo), sino que remueve el status jurídico asignado a él, es decir, la significación institucional que se le había otorgado por las condiciones en las que se realizó (ese acuerdo ya no cuenta como un contrato).

Ahora, entonces, es más evidente la diferencia entre nuestra concepción actual del derecho, y la de la bendición: En ella no se atribuyó un status institucional al hecho material, pues éste en sí configuraba la realidad hacia un nuevo escenario.

Es lo mismo que ocurre en el cuento de la cenicienta. La joven no podrá negociar con el hada madrina el horario de su transformación, pues está establecido que los hechizos duran hasta la media noche por leyes naturales. El mundo de Cenicienta es un mundo en que es posible producir ciertos efectos mediante hechizos, hechizos sin embargo que duran solo durante el día en que se realizan. Lo mismo pasa con los ingenieros, que deben aprender a usar las reglas de la naturaleza a su medida, pues de pasar por encima de ellas no se faltaría a un deber, simplemente no sería posible realizar el proyecto.

En la antigüedad el derecho era entendido como parte de la estructura misma del mundo, (tal y como en los ejemplos recién señalados), sobre cuyas regularidades se podía operar para producir ciertos efectos. La historia de la bendición que recibe Jacob muestra esta comprensión, de la cual el *ius civile* romano (como veremos en la próxima clase) es su construcción más perfecta.

Clase 3 (24/03) ([arriba](#))

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

La estipulación romana – Forma efectiva y forma protectora – Procedimiento formulario y excepciones

La clase comienza con la pregunta por el carácter obligatorio de los contratos. El principio para responder la pregunta se encuentra en el hecho de que yo voluntariamente haya decidido formar un acuerdo. ¿Si A y B celebraron un contrato libremente, entonces por qué después A y B no querían cumplir? Nosotros entendemos el derecho de contratos bajo la norma “pacta sunt servanda”(los pactos obligan), contemplada en el art. 1545: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [...]”. La regla general es que si hay acuerdo, hay obligación. La

ley exige que para que haya una obligación, exista un acuerdo sobre los aspectos esenciales; ejemplo de la compraventa: que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, las cuales son condiciones suficientes y necesarias.

Si el derecho es parte de la estructura del mundo, las leyes que sobre él versen no pueden hacer más que describirlo. Ha de tenerse en consideración esto para lo que sigue: el análisis de la estipulación romana y de sus requisitos. La estipulación es en esto muy similar a la bendición que recibe Jacob, y la referencia a sus requisitos no es más que una descripción (y no una decisión) de cómo es el mundo para los romanos.

La estipulación es esencialmente una forma de obligarse (la forma por excelencia en el derecho romano clásico) consistente en (i) una pregunta formulada por el estipulante al promitente y respondida por este último, ambas en forma oral; (ii) estando ambas partes presentes en el acto; (iii) siendo la respuesta entregada inmediatamente después de la pregunta y (iv) siendo ambas formuladas con el mismo verbo. No se necesita más que cumplir estos cuatro requisitos para que se genere para el promitente una obligación cuyo contenido es la pregunta del estipulante.

El punto de partida es el principio romano "*ex nudum pactum non oritur actio*" (de un pacto "desnudo" no surge una acción), entendiendo acción como el mecanismo coactivo que permite el cumplimiento de la obligación. Los romanos llamaban pacto desnudo a un acuerdo cuando sólo había acuerdo, sin que ello generase una obligación. ¿Cómo se transforma un pacto desnudo en un pacto "vestido"? (que genera obligaciones)¹. Mientras el pacto fuera "desnudo" no tenía relevancia jurídica. Una pregunta central, entonces, era por las "vestimentas" de los pactos. Una forma de "vestimenta" era, por ejemplo, el cumplimiento de una de las partes: si A y B han celebrado un pacto en virtud del cual A se obliga a hacer una cosa y B otra, y B cumple su parte, entonces puede exigir el cumplimiento por parte de A. La forma era otra manera de vestir un pacto: si A y B han celebrado un pacto, y luego le han dado la forma de una estipulación (es decir, lo han expresado a través de la forma de la pregunta y respuesta, etc.), entonces ese pacto pasa a ser vestido (por la forma) y obligatorio.

La estipulación cumplía, en el derecho romano de contratos, la función de ser el principal ropaje de los pactos. Nótese que un derecho que no reconoce fuerza obligacional a los pactos desnudos es un derecho con dificultad para acomodarse a las necesidades del tráfico (especialmente cuando esas necesidades varían desde las que tiene una pequeña ciudad a las que tiene la capital del Imperio). La estipulación, con su rigurosidad y simpleza, daba al derecho romano de contratos un mecanismo de adaptación alternativo, porque aunque los pactos desnudos no obligaban, ella estaba siempre disponible para vestir cualquier pacto. Es una forma que carece de contenido, sólo hay forma, no sustancia. Esta falta de sustancia es lo que le permite ser de aplicación universal.

Precisamente a propósito de la estipulación, Zimmermann distingue dos formas de entender los requisitos formales para la existencia de un acto: la primera, coincidente

¹ Los romanos reconocían ciertos pactos desnudos que sí generaban obligaciones, los cuales representan la excepción. Estos eran: 1)compraventa; 2)Sociedad; 3)Mandato; 4)Arrendamiento

con la comprensión antigua del derecho, los entiende como formas *efectivas*; la segunda, propia de la comprensión que hoy tenemos del derecho de contratos, los entiende como formas *protectoras*. Que una forma sea efectiva significa que es la verdadera razón por la cual el acto existe (y así decimos: la estipulación existe porque se cumplen sus cuatro requisitos necesarios y suficientes). Que sea protectora, en cambio, significa que acompaña a la transacción haciendo probable cierta función (probatoria, de certeza, de fiscalización, etc.). Como la forma protectora obedece a cierta función, ella siempre es instrumental a éste, y ante la regla que especifica su formalidad siempre es pertinente la pregunta por la finalidad que persigue². Cuando la forma es efectiva, en cambio, la pregunta por los motivos que la fundamentan es del todo impertinente: de presentarse, la respuesta ha de ser “porque el mundo es así”.

Los requisitos de la estipulación se caracterizan por su simplicidad. Nótese cómo no contienen ninguna referencia al contenido de la obligación que es objeto de la estipulación, de manera tal que ésta puede tener el contenido que sea, con tal que las partes así lo estipulen. Pero esta simplicidad es el reverso de su rigurosidad: aunque – como observa Guzmán Brito – la estipulación supone una negociación concluida entre las partes (que concluye en la forma estipulatoria), sigue siendo posible que sus requisitos se vean satisfechos sin que el promitente tenga la voluntad de obligarse³. Simplicidad y rigurosidad, las dos caras de la moneda del formalismo estricto.

Clase 4 (26/03) (arriba)

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

La prueba de la estipulación y el derecho romano postclásico

La estipulación, así como la bendición, no puede ser nula, pero sí, inexistentes. Se sigue comprendiendo al derecho como algo que no se crea, ni tiene alguna finalidad, simplemente “*está ahí*” (y a su vez se intenta comprender su lógica para así poder aprovecharse de él, como se vio en el caso de la bendición de Jacob). Es necesario colocar atención en los dos ejes que caracterizan a la estipulación, por un lado la rigurosidad de la forma⁴, y por otro su simplicidad.

² En nuestro derecho hay múltiples instancias de formalismo riguroso que no por ello se acercan a una comprensión “efectiva” de la forma. Téngase como ejemplo el requisito de otorgar escritura pública ante el conservador de bienes raíces cuando se pretende perfeccionar la compraventa de un bien inmueble: si se preguntase el porqué de este requisito, es en principio posible responder atendiendo a su función instrumental (*v.g.* otorga tiempo para decidir transar un bien que se considera valioso, exige la asesoría de un abogado, permite llevar un registro de los bienes inmuebles en determinado territorio, da certeza sobre la existencia del contrato y su fecha, etc.)

³ Este análisis es, en cierta medida, anacrónico. Zimmermann destaca cómo para el derecho antiguo las transacciones jurídicas eran entonces enfrentadas «con gravedad y concentración», no habiendo diferencias entre lo que una persona dice y lo que la misma quiere. Sólo en la Roma imperial, habiendo sido abandonado este supuesto, surgen – como veremos – las excepciones del procedimiento formulario.

⁴ En contraste con el derecho contemporáneo, en éste muchas veces se atiende al “acuerdo de voluntades”, antes que a la forma, lo cual se entiende en la configuración del contrato como una conjunción de voluntades, esta idea

La estipulación tiene una estructura bilateral, pero es obligacionalmente unilateral: sólo genera obligaciones para el promitente. ¿Qué sucedía cuando, ante dos intentos de estipulación que constituyen contraprestaciones recíprocas, el primero se perfecciona y el segundo no? Los romanos veían el problema, y lo solucionaron sin por ello afectar su comprensión del derecho, construyendo una distinción fundamental: del hecho de que el estipulante tenga derecho a lo que el promitente se obligó, no se sigue que tenga a su disposición un derecho a *acción* (mecanismo para pedir que el juez haga valer coactivamente el cumplimiento de la obligación, mediante una sanción jurídica): esta última cuestión es contingente, y depende de los edictos pretorios (*i.e.* instrucciones o “fórmulas” que el pretor entrega a los magistrados romanos, indicándoles cómo han de fallar demandas típicas que ante ellos se presenten).

Las fórmulas pretorias instruyen al juez para que, ante la verificación de que el demandante tiene cierto derecho (*intentio*), se condene al demandado (*condemnatio*). Entre el antecedente y el consecuente de estas fórmulas, de a poco fueron introducidas excepciones (*i.e.* hipótesis de hechos no jurídicos, irrelevantes para el *ius civile*, que el pretor no obstante considera dignos de atender, por ejemplo: “a menos que X haya actuado con coacción”) que, de verificarse, generaban para el juez la obligación de absolver al demandado a pesar de ser cierta la *intentio*. Así, si resulta cierto que el promitente debe al estipulante cierta cosa en virtud de una estipulación entre ellos celebrada, el promitente podrá alegar –por ejemplo– el dolo con el que el estipulante operó para perfeccionar la estipulación (*exceptio doli*), y en definitiva no ser obligado a la entrega a pesar de estar obligado, bajo el *ius civile*, a ello.

Derecho Romano comienza a superar la rigidez del *ius civile* (recordemos que en una concepción antigua nada podía cambiar el hecho de estar obligado para con otro), con los comentarios que los juristas hacen sobre los edictos pretorios (preguntándose qué puede oponerse como excepción; qué cuenta como dolo, fuerza, etc.) comenzará a surgir una comprensión ya no antigua, sino pre-moderna, del derecho.

Clase 5 (28/03) ([arriba](#))

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

Adjudicación – Legislación – Racionalidad intrínseca – Racionalidad extrínseca

Es importante distinguir qué quiere decir que el derecho esté intrínsecamente vinculada a la razón (lo que nos da la clave del derecho pre-moderno) y por otro lado, que lo que esta extrínsecamente vinculada a la razón (que nos da la clave del derecho moderno).

Si uno compara la perspectiva del abogado y del juez, la función que cumple el abogado es una función que no es reducible a la determinación de la solución jurídicamente correcta. A esa caracterización de su función le falta una dimensión,

está tipificada en el artículo 1437 del Código Civil (“Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; (...)”)

consistente en la de defender los intereses de su cliente, debido a que el abogado “usa el derecho” para esta finalidad, teniendo el abogado frente al derecho una óptica estratégica; apareciendo el derecho como algo instrumental⁵. La postura del juez es diferente, porque su posición se define por la lealtad al derecho (la sentencia judicial carecen de la dimensión estratégica). Sin embargo, esa lealtad al derecho no quiere decir que el derecho determina como el juez debe decidir el caso concreto, sino que como se deciden en abstracto determinados tipos de casos. El juez debe *aplicar* la ley, pues se define por sujeción a la ley.

Se vieron los cuatro procesos de determinación del derecho, que son aquellos por medio de los cuales el derecho se va especificando: (i) *Consejo profesional* donde el abogado le dice que debe hacer a determinado individuo que le consulta sobre cierta materia, por lo que el abogado transforma reglas abstractas en una indicación sobre qué hacer. (ii) *Interpretación sub-legislativa*: traducción de una regla legal a una regla distinta más específica. Una de sus características es que el que interpreta bajo la ley no pretende cambiar nada, solo aclarar, por lo que si una interpretación es ilegal, es una interpretación defectuosa. (iii) *Sentencia Judicial/ Adjudicación*: Es la decisión de un caso particular, por aplicación a ese caso de la ley (inocente o culpable). Es adjudicación en la medida en que esa decisión es una que aplica el derecho.

Los primeros tres casos nombrados tienen en común el modo de determinación del derecho, el cual no pretende cambiarlo sino solo declarar lo que el derecho era antes del consejo, la interpretación o la sentencia. Detmold dice que son (éstos 3) procesos “*Intrínsecamente*” vinculados a la razón, porque por medio del ejercicio de la razón se puede llegar desde el derecho vigente hasta el final. El cuarto proceso de determinación es: (iv) *La legislación*, que es la dictación de nuevas leyes (la creación consciente de nuevas reglas jurídicas). El legislador que dicta una regla imponiendo en general una determinada obligación; cambia el derecho, y no como consecuencia de una legislación mal dada (como en los otros procesos) sino que como consecuencia del ejercicio propio y adecuado de la función legislativa, por lo que es cualitativamente diferente a los otros 3 procesos. No tiene la pretensión de ser una correcta descripción del derecho anterior, sino que justamente lo contrario puesto que la legislación cambia el derecho pre-existente.

Respecto de esta idea en que el derecho y la razón se relaciona de forma extrínseca, Hobbes dice que: “Es la autoridad y no la verdad la que hace la ley”, ósea la ley no vale porque sea alguno de los 3 procesos de determinación del derecho. Con Hobbes se crea esta idea de que la “la ley es una declaración de la voluntad soberana”.

El derecho se hace independiente de la razón en su validez, pero ¿quiere decir eso que el derecho moderno es celebración de irracionalidad y arbitrariedad? No, por ello este dictum hobbesiano se debe entender de una manera que muestre cual es el sentido emancipador del paso de una comprensión pre-moderna (donde el derecho esta intrínsecamente vinculado a la razón) a una comprensión moderna (donde el derecho se vincula extrínsecamente a la razón). Pero solo podemos apreciar lo que significa ese

⁵ El argumento del abogado en alguna medida es siempre estratégico, instrumental, defiende una interpretación del derecho no porque crea correcta necesariamente aunque pueda serlo sino porque o también porque, es conveniente para la posición que defiende

paso cuando entendamos que significa que el derecho sea entendido como intrínsecamente vinculado a la razón.

Como el derecho moderno es la superación del derecho pre moderno, solo podremos entender el moderno al entender previamente el pre-moderno.

Clase 6 (31/03) (arriba)

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

La clase comienza con el caso de un joven de Osorno, que se viene a Santiago y se le quedan sus libros. Frente a esta situación se plantean las siguientes hipótesis:

1.1 Le pide a un amigo que se la traiga, pero en el camino se quema el bus, pero su amigo se salva, pero se queman los libros.

1.2 Se lo pide al amigo pero al amigo se le olvidan los libros en el bus y los pierde.

1.3 Se los trae el amigo pero se los roban en la estación.

2.1 Se los mandan por encargo por medio de Tur Bus, pero el bus se cae por un puente por causa de un terremoto.

2.2 El chofer iba a exceso de velocidad y choca, perdiéndose los libros.

2.3 Hay una falla técnica en el bus, quemándose y perdiéndose los libros.

Lo que primero que uno tiene que notar, es que en todos los casos hay una característica común, (donde no importa el tipo de cosa, da lo mismo que sea un transporte interurbano), que es que hay algo ajeno en manos de alguien que tiene el cargo de restituirlo, sin embargo, lo pierde en el camino.

¿En cuales soporta la perdida el joven que encarga los libros? ¿Y en cuales el encomendado es quien debe responder por la pérdida?

Hoy, si tomamos el Código Civil art. 1547, vamos a encontrar posibles respuestas a estas interrogantes, pero lo que nos importa es el cómo llegamos a esas respuestas.

En la antigüedad, ¿con qué criterio de corrección contaban los juristas para evaluar estas cuestiones? Detmold dirá que existe cierta racionalidad intrínseca en las relaciones humanas; Ulpiano, uno de los más grandes juristas romanos, sostiene que el derecho es vivir honestamente, no dañar a nadie y *dar a cada uno lo suyo* (Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere). Dicho en breve: el criterio es uno de razonabilidad o justicia (que es *lo suyo* en cada caso). Nos encontramos ante una comprensión pre-moderna del derecho.

Ante casos que se repetían lo suficiente, los juristas lograron tratarlos como “tipos”, enunciando para todos ellos algunas reglas comunes. Estas reglas se entendían como resúmenes (cfr. Rawls) o reportes de un cúmulo de experiencias pasadas y de lo que es razonable respecto de ellas (en el Digesto se dice que una regla es “una breve descripción de cómo son las cosas”). Por ello se dice que estas reglas son transparentes a las máximas que describen: si las describen falsamente,

entonces simplemente se abandonan. Pero en general la deficiencia de esta descripción es notada sólo por el jurista que dedica su vida al estudio del derecho.

Para comprender el Derecho (pre-moderno), hay que conocer las relaciones humanas; la lógica de las relaciones humanas.

Clase 7 (02/04) ([arriba](#))

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

Vinculación extrínseca e intrínseca entre derecho y razón – Definitividad e infalibilidad

El derecho antiguo se caracteriza por ser algo que se encuentra en el mundo físico, que simplemente *es como es*. En el derecho pre-moderno, en cambio, la racionalidad es interna al mundo, a las cosas y a las partes (racionalidad intrínseca). Se diferencian, entonces, puesto que sólo este último busca un sentido de sus decisiones, mientras que al derecho antiguo no le interesa. El derecho moderno por su lado, vale por ser autoridad, y no por buscar un sentido en particular. Es producto de una decisión (racionalidad extrínseca).

Ahora, ¿cuál es el sentido que busca el derecho pre-moderno? El sentido consiste en la razonabilidad de sus decisiones (racionalidad intrínseca). Pero, ¿qué tipo de razón es la que necesita el derecho?

Un antiguo rey de Escocia le preguntó a Puig –un famoso jurista de la época–: “Ustedes los juristas dicen que el derecho es razón, ¿entonces por qué no puedo decidir yo?” A lo que Puig le respondió: “La razón del derecho no es razón natural sino artificial, requiere de largo estudio y comprensión”. El derecho necesita de razón artificial, es decir, una razón que se entrena y en la cual existen pocos o casi nada de desacuerdos. Por el contrario, no es raro que en cuestiones de razón natural existan abundantes controversias. Si el derecho funcionara en base a razón natural, y por lo tanto, si existieran abundantes y permanentes desacuerdos frente al tema, el derecho se vendría abajo. Es por eso que necesita de razón artificial.

El derecho moderno, en cambio, no vale por ser razonable, vale por ser una voluntad institucionalizada. Es por esto que sólo con respecto al derecho moderno podemos hablar de creación, mientras que desde el derecho pre-moderno podemos hablar sólo de perfeccionamiento del derecho. Desde el punto de vista interno del derecho, este “se hace puro a sí mismo” a medida que se acumulan experiencias y se van repitiendo casos. Para el derecho moderno la pregunta no será qué es lo razonable sino qué es lo razonable aplicar. Ya que la pregunta por lo razonable ya habrá sido decidida por el legislador, y el juez la asumirá como respondida.

El derecho está contenido en una idea base, como ‘ama a tu prójimo’ o ‘da a cada uno lo suyo’. La consecuencia de esto es que puede haber reglas prohibitivas pero que vayan a favor de estas ideas (ej. Eutanasia). El objetivo de la regla “no matar” es

hacer una especificación de la regla mayor ama al prójimo, pero si en el caso preciso matar no resulta ser una especificación de esta máxima, ¿tiene sentido prohibirla?

Clase 8 (04/04) ([arriba](#))

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

Utilitarismo de regla – Utilitarismo de acto

En Dos Conceptos de Reglas, Rawls pretende construir una explicación plausible del utilitarismo como fundamento de prácticas determinadas, sobre la base de la distinción entre la justificación de una práctica y la justificación de una acción que recae dentro de una práctica. La pregunta que Rawls se plantea es por la manera en que la acción debe orientarse en un contexto particular; esto es, la pregunta por cómo las normas permiten guiar la conducta. De este modo, se proponen dos formas distintas de mirar el utilitarismo (utilitarismo de acto/utilitarismo de regla) sobre la base de dos conceptos de reglas (reglas como resúmenes/reglas como prácticas).

Bajo una comprensión de utilitarismo de acto, la pregunta que guía la acción ha de ser qué acción contribuye a la obtención del mayor bien. El criterio que fundamenta la acción es, por lo tanto, un criterio de utilidad. Y lo que la búsqueda por esta mayor utilidad demanda es, en todo caso, un ejercicio de ponderación.

Lo que Rawls muestra, entonces, es que un *utilitarismo de acto* sería incapaz de justificar ciertas prácticas, como el castigo y la promesa. En el primer caso, porque un utilitarismo de acto, como fundamento de cada condena tendría que admitir que, eventualmente, conforme al mayor interés de la sociedad, se pudiera castigar a un inocente, dando origen a una práctica ya distinta al castigo (pues el castigo siempre supone culpabilidad), práctica a la que él llama *telishment*. En el segundo caso, porque conforme a un utilitarismo de acto se destruiría todo el punto de la promesa (sujetar al promitente a lo estipulado), dándole la posibilidad de decidir siempre conforme a consideraciones prudenciales respecto de si resulta conveniente cumplir o incumplir.

Entonces, Rawls presenta una comprensión del utilitarismo como *utilitarismo de regla*. Bajo esta comprensión, el criterio de utilidad justificaría la práctica en sí (la institución del castigo; la práctica de la promesa), pero no justificaría en caso alguno cada una de las acciones que caen bajo estas prácticas.

Ante esta reflexión, no se justificaría una institución que apele al utilitarismo desde el utilitarismo, sino que justificamos desde el utilitarismo una institución que no es utilitarista, por lo que se justifica es la práctica en sí (utilitarismo de regla), pero no cada una de las acciones que caen bajo la práctica. Así las cosas, lo que hace Rawls es concebir al utilitarismo como justificación de la práctica del castigo (que no es utilitarista), desvinculando este principio de cada acto.

Clase 9 (07/04) ([arriba](#))

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

Reglas como prácticas – Reglas como resúmenes

La idea de Rawls al crear *veil of ignorance*, consiste en que respecto de las instituciones, el principio utilitarista nos exige que excluyamos la consideración utilitarista en el caso particular, para poder hacer la regla plausible.

¿Puede el Presidente de USA negociar con terroristas?

La pregunta se responde con la regla, que dicta que no conviene negociar con terroristas porque se hace haría la *fama* de ser un negociador con terroristas. Si uno mira el caso particular, puede que convenga negociar, dada las circunstancias particulares. Sin embargo, el atender a las consecuencias en el caso particular distorsiona la aplicación de la regla, volviéndose relevante cuestiones que normativamente son irrelevantes (como lo sería el beneficio de no aplicar la regla en el caso particular), corriendo el riesgo de perder la fidelidad al Derecho producto de esta excepción (la volvería improbable). Este modo de entender el principio utilitarista proviene de la distinción entre utilitarismo de acto y utilitarismo de regla.

Esta distinción nos exige distinguir una visión sumaria de una visión práctica de las reglas, es decir, las reglas como resúmenes, y las reglas como prácticas.

Lo que hay detrás del utilitarismo de acto, es un concepto de reglas como resúmenes [summary conception]. Éstas funcionan como guía para la acción a modo de resumen de experiencias pasadas que hacen posible una aplicación eficiente del principio de utilidad para cada acción (el sujeto ya no tiene que ponderar cada elemento relevante en cada caso; la regla le ofrece una receta de lo que ha funcionado en situaciones similares del pasado). Ahora, siendo estas reglas meras descripciones de cómo el mundo funciona, carecen de fuerza normativas en sí mismas. Su normatividad se basa en el contenido de la regla, por lo que en el momento en que ese contenido deje de describir la mejor forma de actuar posible (deje de llevar al mayor beneficio), puede, simplemente, ser reemplazada por otra.

Las reglas, en el Derecho Natural, consistirían en *reglas como resúmenes*, que en un primer momento consistiría en dar a cada uno lo suyo (lo razonable, que desde una óptica utilitarista, sería lo más conveniente en un caso particular) y, en el segundo, establecer reglas que describen correctamente que es lo suyo de cada cual (lo más beneficioso), a partir de las experiencias anteriores. Por eso, los romanos afirmaban que *el Derecho no fluye de las reglas, sino que las reglas fluyen del Derecho*.⁶

⁶ En oposición a las reglas como resúmenes, Rawls presenta una comprensión del utilitarismo como utilitarismo de regla. Bajo esta comprensión, el criterio de utilidad justificaría la práctica en sí (la institución del castigo; la práctica de la promesa), pero no justificaría en caso alguno cada una de las acciones que caen bajo estas prácticas. Las reglas acá ya no funcionan como meras descripciones del mundo, son reglas como prácticas [practice conception]: constituyen la práctica misma. La normatividad de la regla es, ahora, independiente de su contenido: las reglas tienen fuerza normativa propia, y cada acción bajo la práctica se fundamenta no por apelación directa a un criterio de utilidad, sino que por apelación a las mismas reglas.

Clase 10 (09/04) ([arriba](#))

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

Reglas como prácticas – Reglas como resúmenes

“El Derecho se hace puro a sí mismo bebiendo de la fuente de la justicia”, esta es una cita que ejemplifica con claridad la piedra angular en torno a la cual se construye la noción pre-moderna del Derecho. La idea de que el derecho no es voluntad de nadie en particular, sino que es “razón”, por ello la construcción teórica romana del “*vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo*”, se entiende perfectamente en el marco de la visión en cuestión.

En este mismo sentido, cabe recordar lo tipificado en el Digesto de Justiniano: “Una regla es una breve descripción de como son las cosas. El derecho no fluye de la regla, sino la regla del derecho (...) La regla pierde su fuerza cuando es en alguna medida defectuosa”; en contraste con lo plasmado anteriormente se da la definición de “ley” del artículo N°1 del Código Civil, es cual estipula que “La ley, es un declaración de voluntad (...) que manda, prohíbe o permite” (Derecho fluye de la regla, en oposición al derecho pre-moderno en el que la regla fluye del Derecho)

Caracterización de las *Reglas como resúmenes*:

a) Reglas vienen después de los casos a ser decididos, esto se da tras una reiteración de casos lo suficientemente, los que va constituyendo a éstos como *típicos*.

b) ¿Para qué tenemos estas reglas? En razón de que ellas *nos facilitan el trabajo*. Esta idea tiene sentido sólo en la medida en que sea posible resolver el caso sin la aplicación de estas *reglas como resúmenes*, ergo, en la medida en que podemos llegar al Derecho por el camino difícil (recordemos que la regla emana del Derecho, lo cual no implica *per se* que no se pueda llegar a él sin necesidad de estas reglas, es más, esta posibilidad siempre debe encontrarse latente). La idea central es que acá las reglas juegan el rol de ser un *atajo* para llegar al Derecho, lo cual abre la posibilidad a que estas reglas de experiencia pasadas puedan llegar a ignorar aspectos de suma importancia, ello podría llevar a una respuesta incorrecta a la pregunta del *¿qué es lo suyo de cada uno?*

c) Regla no obliga, porque ella no es una norma. Lo que obliga es aquello que la regla resume, es decir, el Derecho (la regla tiene la pretensión de identificar lo que obliga).

Clase 11 (11/04) ([arriba](#))

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

Reglas como prácticas – Reglas como resúmenes

El common law responde a una concepción pre-moderna del derecho. Es interesante pues hoy las condiciones “histórico-espirituales” ya no responden a una lógica pre-moderna. Los ingleses sostienen que los jueces crean nuevas reglas para casos futuros, lo cual en un sentido es cierto, pero que resulta inadmisibles para un sistema de derecho pre-moderno (ello por la idea de que el derecho no se crea, sólo se descubre). Debe ser

una de las únicas prácticas jurídicas que quedan que tienen como base el derecho pre-moderno. Es problemático en el sentido de su reconstrucción teórica pues corresponde a un sistema pre-moderno que se intenta explicar desde la perspectiva moderna.

El resto del mundo civilizado tuvo la ventaja de la revolución francesa. Con la revolución francesa se hizo el ejercicio por primera vez de vaciar un sistema jurídico y llenarlo de nuevo, se codificó todo, remplazando el derecho existente hasta el momento por una ley escrita con pretensiones de sistematicidad.

Las reglas surgen como acumulación de prácticas de casos pasados donde se debe decidir cómo solucionar un caso, conformando una norma⁷ y en base a ella se aplicarán para casos futuros. La regla no obliga por sí misma, pero si la regla es una buena regla, aquello que indica la regla es obligatorio, porque la regla identifica correctamente qué es lo que el derecho exige y es éste el que sí es obligatorio.

Reglas como práctica⁸: Ejemplo de reglas como práctica es el fútbol. Las reglas del fútbol no pueden ser entendidas como reglas como resúmenes, porque las 4 características de reglas como resumen no son aplicables: 1) es absurdo decir que los casos vienen antes que las reglas porque, por ejemplo, conceptualmente es absurdo decir que se ha marcado un gol antes de que se defina qué es un gol; 2) como los casos no pueden venir antes que las reglas, resulta imposible decir que las reglas son producto de acumulación de experiencias respecto de los casos; 3) el sentido de la regla no es facilitar la identificación de un deber que existe con prescindencia de la regla. La regla misma impone un deber desde el momento en que la regla se dicta, si cambia la regla, cambian los deberes de los jugadores; 4) las reglas del fútbol sólo sirven para jugar fútbol⁹. En la medida en que uno participe de la práctica, esas reglas definen lo que uno debe hacer.

Las reglas como práctica son reglas cuyo sentido es crear la posibilidad de realizar actividades que sin esas reglas no serían posibles (como contratar, por ejemplo). Las reglas son necesarias para poder realizar acciones dentro de la práctica, por ello no pueden ser entendidas como reglas que permiten identificar un deber que existe con independencia de ellas: son la fuente inmediata del deber; definen el modo de participación de la práctica. Hart hace la analogía con el baseball. Si un jugador pregunta ¿puedo tener un 4^o strike?, devela que el jugador no sabe lo que está haciendo.

El árbitro tiene el deber de no hacer ningún cálculo de consideración, solo dar cumplimiento a las reglas. La regla como práctica **no es una descripción** de cómo deben ser las cosas, sino que **establece como deben ser** las cosas para participar de una determinada práctica.

⁷ Cuando el profesor habla de normas, éstas deben ser entendidas como sinónimo de reglas, salvo que se haga la precisión correspondiente. La palabra “norma” presupone la idea de “normatividad”; en las reglas como resumen no hay normatividad ya que no obligan, por eso prefiere palabra regla que norma.

⁸ En esta parte del curso, hablaremos de las reglas como práctica, pero sólo a modo ilustrativo para tener los dos conceptos de reglas y usarlas como contraposición a reglas como resúmenes, que son las que nos serán de utilidad para entender el derecho pre-moderno. El tema se verá en mayor profundidad en clases posteriores, cuando nos sean necesarias.

⁹ Tenemos por ejemplo el rugby como una ruptura de las reglas del fútbol, donde se acaba jugando algo distinto del fútbol.

La regla catoniana describe el derecho: la máxima de acción, justificada por cómo es el mundo; las reglas como práctica no son así, ellas definen como se juega al fútbol.

En algún sentido es posible que una práctica se constituya sobre algo que no era una práctica. Es posible que de un derecho de reglas como resumen, se pase a un sistema de reglas como práctica: “*auctoritas, non veritas facit legem*”, la regla como práctica y no como resumen: es el momento en que las reglas comienzan a valer porque han sido creadas por quien tiene la autoridad para hacerlo, entonces “es la autoridad y no la verdad la que hace la regla”. Las reglas ya no se dan como un resumen de sucesos anteriores, sino porque hay alguien a quien se le reconoce la autoridad para crear nuevas reglas. Es una autoridad distinta a la que tiene Stephen Hawkings al hablar del universo, pues en tal caso es un consejo vinculado directamente a la razón: porque es “un sabio” se le reconoce la autoridad por su conocimiento; en cambio, en el caso de las reglas creadas por el legislador la autoridad crea reglas que obligan, el tipo de autoridad es distinta. Hoy una regla puede resultar obligatoria aun si yo creo que es injusta.

En el caso de las reglas como resumen tenemos un principio (la cuestión sustantiva de que es lo que se debe hacer), tenemos además una regla y una acción. La máxima justifica la regla y la regla justifica la acción ($P \rightarrow R \rightarrow A$). Estos 3 elementos también aparecen en las reglas como práctica, hasta aquí no se diferencian.

Tratándose de reglas como resumen, la justificación de la relación es transitiva¹⁰; tratándose de reglas como práctica, la relación es intransitiva. ¿Qué pasa si el destinatario de la regla entiende que el principio que la justifica puede aplicarse directamente a la acción y mediante ello se hace algo distinto de lo que diría la regla? En la regla como resumen, puede apelarse al principio para justificar la acción; en el caso de las reglas como práctica, tal cosa es inadmisibile, no puede hacerse en ese caso una apelación al principio para justificar la acción. La justificación de la regla del offside para su aplicación en el fútbol resulta enteramente irrelevante para su aplicación, no hay ningún argumento que apele a la justificación de la regla para hacer aplicación de la regla: la regla no es transparente a su justificación porque si en un caso particular la acción recomendada por la regla es distinta de la justificada por el principio, ésta última da igual, es decir, la relación es intransitiva (la relación es extrínseca, a diferencia de las reglas como resumen donde existe una relación intrínseca).

El sentido de la regla como práctica es romper la transitividad. Si hay una regla, la regla hace la diferencia. El derecho fluye de la regla, no del principio, por lo que puede que las razones para la regla estén erradas, pero ello no permite apelar al principio para desatender la regla.

¹⁰ Las relaciones entre elementos pueden tener ciertas propiedades, una de ellas es la transitividad, la cual es una característica de algunas relaciones. Una relación es transitiva cuando $a R b \wedge b R c \rightarrow a R c$; esto quiere decir: “a’ ésta en relación con ‘b’ y ‘b’ está en relación con ‘c’, por lo tanto puede decirse que ‘a’ está en relación con ‘c’”. es importante determinar qué relaciones son transitivas y cuáles no. Ejemplo: $a > b \wedge b > c \rightarrow a > c$; en cambio si decimos “a es padre de b y b es padre de c”, no podemos afirmar que ‘a’ es padre de ‘c’, en tal caso entonces la relación no es transitiva.

Clase 12 (14/04) (arriba)

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

Transitividad – Intransitividad

¿Tiene sentido decir que una regla es transitiva?

La respuesta a esta pregunta no puede ser sí, pues una regla no es el tipo de cosa de la que se pueda predicar la “transitividad”. Una regla no puede ser transitiva, del mismo modo que no puede ser conmutativa. Transitividad, así como conmutatividad, es una propiedad de una relación. Una relación es conmutativa cuando $aRb = bRa$, y es transitiva cuando $aRb \wedge bRc \rightarrow aRc$. Lo transitivo, entonces, es la relación de justificación entre el principio, la regla y la acción: Esto es lo que ocurre en las reglas como resúmenes.

En las reglas como prácticas, por el contrario, lo esencial es su intransitividad, pues tiene relación directa con el sentido del derecho. La regla como práctica, entonces, es opaca a su justificación.

El problema que surge de que el derecho se vuelve resultado de la política, por lo que gran parte del conflicto político se manifiesta en esto. Y el conflicto político es problemático en este contexto pues es divisible ¿Cómo podemos tener decisiones comunes, si todo es partisano?

El derecho debe necesariamente hacerse cargo de esto, dado que reclama imparcialidad. No podemos decir de este que es político y partisano. Una regla más transparente, es más partisana, y se vuelve imposible pensar en imparcialidad. Con una regla opaca, en cambio, no nos interesa cual es la justificación de la regla, sino cuál es ésta.

Llegamos en ese momento, a la cuestión central del derecho moderno: En el pre-moderno, la homogeneidad puede darse por sentada, y en la medida que deja de darse, cuando alguien dice que algo es razonable, lo que dice no es más que su decisión partisana. El derecho moderno toma el concepto de regla, o su comprensión, y lo transforma de un derecho transparente a su justificación, a uno opaco. Una vez dado aquel paso, todo cambia, pues las mismas palabras de antes pasan a tener distintos significados, y lo razonable deja de ser la justificación de imparcialidad, pues lo único que puede salvar al derecho es su opacidad.

Tenemos, por ejemplo, el caso de una prueba de selección múltiple y una de desarrollo libre de un tema. El espacio de reclamo, posterior a los resultados, es evidentemente distinto. En la prueba de alternativas, si hay un problema, será transparente, pero en el segundo caso lo será mucho menos, pues trae consigo la voluntad del profesor, que da a la nota un carácter opaco.

La ley moderna es opaca, como la prueba de desarrollo, y justamente es eso el punto vital de toda esta cuestión. Como es voluntad, se vuelve más resistente a la objeción de ser equívoca, y nos preguntamos entonces cómo podemos ser libres viviendo en un sistema de leyes fundadas en la voluntad. Pues, ¿De quién es esta voluntad? ¿Cuál sería la diferencia con la esclavitud? La manera de rescatar al derecho de esto, y de dar una respuesta compatible con la libertad, es estableciendo que el

hecho de que éste sea voluntad se justifica porque es la voluntad de uno mismo. Éste es el primer paso, y luego vendrá el siguiente cuando nos preguntemos por la representación que éste involucra.

Clase 13 (16/04) ([arriba](#))

Capítulo 2: La comprensión moderna del derecho

2.c. Sujeto natural, derecho artificial: el derecho subjetivo y el derecho liberal

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

Igualdad natural – Estado de naturaleza - Guerra de Todos Contra Todos

Antes de entrar en el contenido de la obra *El Leviatán*, es importante notar el contexto en el que Thomas Hobbes vivió y en el que desarrollo su obra. Nació en momentos en que se acercaba la invasión de la armada española a Inglaterra. A partir de esto es que Hobbes dice que "mi madre dio a luz dos gemelos: yo mismo y el miedo". Más adelante en su vida, mientras vivía en París, se desarrollo la Guerra Civil en Inglaterra. Es a partir del miedo y la inseguridad, entonces, que podemos entender a Hobbes.

Partiremos revisando el *estado de naturaleza* Hobbesiano (es importante notar que acá que lo natural es aquello de lo que no se necesita explicación ni justificación, aquello que podemos obviar). En este estado, los hombres viven en una *igualdad natural* que se funda en el hecho de que nadie es tan fuerte como para no temer el ataque de otro y que nadie es tan débil como para no poder atacar a otro. La consecuencia inmediata de la igualdad natural es la *libertad natural*: nadie tiene deber alguno respecto de otro. De las acciones de cada uno no puede predicarse deber alguno. Y si no existen acciones debidas, cada uno puede hacer lo que vaya en su interés. ¿Por qué no hay deberes? Porque no hay derecho, es decir, una voluntad que los someta a todos a actuar de determinada manera, no hay *Voluntad Soberana*. Del hecho de que no existan deberes para con otros, se sigue que para la prosecución de sus fines, los hombres no encuentran más límites que lo que la racionalidad les dicte. En este estado natural, el otro simplemente no es un otro, es *parte del mundo*, por lo que si es necesario atacarlo y matarlo, para lograr determinados fines, se tendrá que atacarlo y matarlo. Se vive en una constante *guerra de todos contra todos*, donde "la GUERRA no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo donde la voluntad de luchar se manifiesta de manera suficiente". Como cada hombre es enemigo de los demás, y se vive en el constante temor y peligro de la muerte violenta, "*la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve*".¹¹

¹¹ Otra manera de graficar este estado de naturaleza (en el que cada uno busca su interés personal, y dicha búsqueda significa perjudicar a otro y, con en eso, perjudicarse a sí mismo, volviéndose miserable la vida) lo

Hobbes se pregunta porque la condición del hombre es la guerra, siendo que en las Abejas la lógica es la de la cooperación. A esto responde que la razón que explica la guerra es producto de la posibilidad de actuar cada uno en búsqueda de su propio beneficio.

La cooperación (el acuerdo de los individuos de no atacarse, para así poder vivir sin el miedo de ser atacados, evitando que la vida sea "*solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve*") sería el modo de salir del *estado de naturaleza*. Sin embargo, si los individuos actuaran de acuerdo a la cooperación, y existiese la posibilidad de no acatar el acuerdo de cooperación, considerando que los demás individuos cooperarían, pondría en mejor posición a aquel que no coopera, ya que este se aprovecharía del pacto para maximizar su propio beneficio. Un ejemplo de esto es lo que ocurre con el transporte público.

Una manera de proveer la cooperación es por medio del discurso moral (los sacerdotes que predicán la bondad y la cooperación). Lo problemática de esta forma de promoverla consiste en que cuando la cooperación se hace posible, se vuelve automáticamente inestable. Como la cooperación, en este caso, deja abierta la posibilidad de que todos cooperen menos uno, y ese uno sale beneficiado, vuelve improbable que la cooperación perdure.

Hobbes plantea que lo que los hombres necesitan, para poder ser felices es liberarse de su libertad natural. No sirve que se prometan lealtad, debido a que en el minuto en que se encuentren solos van a buscar su propio interés. Por lo que deben hacer es establecer el poder (el *Leviatán*) por sobre todos, que signifique la renuncia de la razonabilidad de cada uno.

Entonces, este poder no solo hace probable la cooperación sino que la hace obvia.

Clase 14 (23/04) ([arriba](#))
(21/04)

Primera Prueba

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

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Igualdad natural – Poder Artificial

(Se proyecta la imagen de portada de la primera edición del *Leviatán*)

Esta imagen fue confeccionada a partir de instrucciones del autor, y contiene parte de la tesis del libro en ella misma.

La tesis de Hobbes no es una tesis que pretenda describir los hechos como ocurrieron en algún momento de la historia antes de la creación del Estado (cuestión

encontramos en el Dilema del Prisionero, donde la alternativa de cooperar es más beneficiosa a que cada uno busque su propio interés, pero si uno coopera y el otro no, el que no coopera se ve mucho más beneficiado. Por esto, nadie coopera.

que a veces se le critica al autor). Esta es una tesis acerca de “cómo es el individuo” y “cómo vive éste cuando vive sin vínculos artificiales (vínculos políticos)”. Como no hay vínculos no hay derecho, no hay una racionalidad política entre los individuos, por ello lo político no es una simple consecuencia de la pluralidad (multitud) de individuos. Cada individuo en la condición natural de la humanidad está solo, y se enfrenta al hecho de que el mundo (todo lo que no es él) se resiste a su voluntad, por lo que cada uno tiene que manipular al mundo para vencer esta resistencia a su voluntad, esto es, adquirir conocimiento del mundo para poder hacer que el mundo reaccione a sus intenciones, “lo que debo hacer es lo que me conviene hacer”. El lenguaje jurídico aquí es enteramente inapropiado, todo es puramente instrumental en la relación con el mundo.

El punto de Hobbes es que esas condiciones de pobreza, soledad y desagrado, se producen debido a que el mundo se resiste a la voluntad de los individuos. La causa de toda esta vida que se presenta miserable es la *igualdad natural* (“nadie es tan fuerte para no poder atacar naturalmente a otro, nadie es tan débil para atacar naturalmente a otro”). La existencia en esas condiciones lleva a una vida pobre, solitaria, bruta y breve. Para Hobbes, lo que necesitan los individuos (para superar la guerra de todos contra todos) es terminar con la igualdad natural por la vía de crear un *poder artificial*, que sea incomparablemente superior a cada uno de ellos, de modo que frente a cada individuo, este sea inmune a sus ataques. En la medida que sea posible crear un poder, mayor que cualquier otro, este podrá protegerlos.

La manera en que los individuos pueden salir de la vida miserable es *renunciando a su libertad natural, rompiendo con la igualdad natural*¹². Cada uno de estos individuos llega a la misma conclusión, surgiendo así el **pacto** que crea el Leviatán, *cuya centralidad es la protección a cambio de obediencia, imponiendo si lo haya necesario normas mediante la fuerza*.

Una pregunta que se podría formular es: ¿Qué le diría Hobbes al que dice que no renuncia a su libertad natural? Lo que indicaría es que simplemente esa persona no es racional, ya que este sujeto no sabría lo que es bueno para él, sería en otras palabras un necio. El necio simplemente se excluye de la sociedad política no renunciando a su libertad natural. Ahora, ¿qué pasa si el Leviatán prohíbe ciertas libertades (como la de prensa o de movimiento)? Nada, en tanto es mejor tener Leviatán que no tenerlo, pero ¿qué pasa si el Leviatán me condena a muerte?, aquí la pregunta relevante es ¿Qué he ganado?, en este caso no hay protección, solamente pierdo. Hobbes indica que el

¹² Aquí, la libertad sólo quiere decir ausencia de reglas, por lo que renunciar a la libertad natural es aceptar que otro puede imponerme deberes

condenado a muerte *vuelve al Estado de la Naturaleza*, esto porque el pacto es la protección por obediencia, en el caso de la condena a muerte no hay protección.

Al Leviatán hay que concebirlo como una composición de individuos (como una multitud), y la acción de un individuo no afecta el al Leviatán. Sin embargo, cuando la acción es de varios individuos, el Leviatán se puede llegar a disolver. Ese sería un *momento de excepción*, ya que el orden se disuelve y la violencia se desata. Lo que puede dar el Leviatán es protección y orden.

Análisis de la imagen: El Leviatán en su imagen tiene en sus manos el báculo y la espada, que representan el poder temporal y el poder espiritual (divino). Tiene, pues, un poder superior, que cuando es superado nos encontramos ante otro Leviatán, otro pacto, y cuando ese Leviatán es igualado se desata la guerra. Bajo estos poderes aparecen estancias, que se corresponde unas a otras de manera horizontal, en la tercera imagen aparece un cañón, un arma creada por los hombres en caso de guerra, y una nube con unos relámpagos, que representan la ira de Dios, el anatema. La siguiente estancia tiene fusiles y arcabuces, correspondiendo de manera horizontal con los cuernos del dilema (elegir entre opciones que parecen igualmente inaceptable) que representan modos de razonamiento, que son distinciones lógicas, *el lenguaje es modo de ejercicio del poder*, lo que sería equivalente a los arcabuces.¹³

En resumen, la idea 'hobbesiana' del Estado (de lo político) consiste en una creación *artificial* del mismo. Es algo que existe porque fue creado, no existe de manera natural. Lo natural (lo que no requiere justificación) son los individuos y su existencia. Tienen deseos que los motivan a actuar de modo instrumental y capacidad de razonar para poder realizar sus fines. Lo político, en cambio, no es natural, puesto que no es natural que entre los individuos existan vínculos políticos.

Clase 15 (25/04) ([arriba](#))

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Independencia estadounidense - Locke

La declaración de independencia de EEUU tiene una impronta lockeana innegable, ya que esta asume que los individuos están dotados de ciertos derechos inalienables, que les son naturales a su condición de persona. Esto, porque Locke entenderá que los

¹³ El lenguaje trata de dar cuenta de un mundo que parece ser objetivo, pero que al parecer no lo es, puesto que los conceptos existentes son hartos, y los conceptos se usan entre unos y entre otros, lo que desata conflictos políticos, no hay pues un lenguaje totalmente común bajo el cual nos entendamos, y por ello los conceptos son armas, creando el problema de cómo comunicamos.

seres humanos son dueños de sus propios cuerpos, y podrán hacer lo que quieran con ellos mientras no perturbe la libertad de otras personas. Para garantizar esto, los individuos se dejarán gobernar, de manera que aquí no sólo hay una artificialidad de lo político sino que también una instrumentalización de las instituciones que lo conforman.

Esta institución de un gobierno instrumental es un acto político realizado sólo por agentes políticos. Pero, ¿quiénes son los agentes políticos en la declaración de independencia? La declaración de independencia estadounidense no está firmada por todos los colonos ingleses que habitaban en ese entonces Norteamérica, ni si quiera por la mayoría de ellos. Sin embargo, tal declaración se arroga representar al pueblo de estados unidos. ¿Cómo es posible hablar de esta representación? Los contextos institucionales funcionan con reglas de imputación de voluntad, en la cual la voluntad de –por ejemplo- una empresa, se rige por un estatuto y leyes que determinaran esa voluntad. Sin embargo estas reglas de imputación sólo se aplican a contextos que ya son institucionales. En el caso de EEUU, el acto de hacerse nacer es un acto propiamente político y de facto, no es un acto institucionalizado.

Estados Unidos es una unidad política que se hizo nacer. Los verbos ‘actuar’ y ‘nacer’ se refieren a una y la misma cosa, de manera que todo nacimiento de unidad política constituye una paradoja. De manera que responder ante las pregunta sobre quién sostiene lo que la declaración sostiene, es una pregunta que lleva necesariamente al conflicto. La acción política por excelencia (aquella que constituye de facto una realidad política) no admite mediación institucional, y no existiendo esta mediación, éste nacimiento –y el respectivo problema de representación- siempre será polémico. Si por el contrario esta asociación política fuera puramente natural, su existencia estaría fuera de conflicto político, pues sería algo que nos ‘es dado’, sin embargo el desarrollo anterior muestra cómo podemos hablar de que lo político es más bien artificial. ¿Qué significa por otro lado que las verdades de la declaración sean ‘auto-evidentes’? Significa que quienes emiten tales verdades no están dispuestos a ofrecer argumentos que avalen su condición de verdades: son declaraciones propiamente existenciales (definen a quienes las sostienen) y quienes las niegan cuestionan la identidad de quienes las declaran. Ha de entenderse que nada de lo que está dicho ha sido dicho a la ligera, de manera que quienes pronuncian estas verdades están dispuestos a llegar a las últimas consecuencias para su defensa. Por otra parte, la declaración crea una vinculación interna entre sus habitantes y serán ellos quienes determinarán quienes son sus amigos y enemigos.

Clase 16 (28/04) ([arriba](#))

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Hobbes vs Locke - Contractualismo

Los derechos políticos son aquellos derechos de participación en una comunidad política. Los derechos sociales, en cambio, son derechos que se siguen del hecho de ser ciudadano. La artificialidad de la ciudadanía genera un quiebre respecto del pensamiento liberal, precisamente porque los derechos sociales no pueden ser entendidos como derechos naturales. Así, el sentido de los derechos sociales es el opuesto al sentido que hay detrás de los derechos naturales. En una comprensión liberal, el sentido de la asociación política está en limitar en alguna medida (y esa medida dependerá de cada tesis contractualista) la posibilidad de cada individuo de actuar conforme a sus derechos naturales: en Hobbes se trata de perder ciertas libertades y recibir a cambio protección frente a los otros individuos; en Locke, la renuncia se producía respecto del derecho natural a adjudicar, manteniendo los demás derechos naturales. La idea siempre es que la libertad se restringe porque sólo así se hace posible la libertad para todos: en el Estado liberal mi contribución con el otro se limita a no agredirlo.

Entonces, si cada uno se reserva el derecho a adjudicar, no es posible impedir la guerra. La manera de solucionar el problema en Locke es, entonces, renunciando al derecho a adjudicar.

Que un terremoto sea en Iquique no puede ser calificado de injusto. En cambio, lo que es artificial requiere un por qué. Una teoría contractualista necesita acabar con ese déficit para eliminar la causa de la guerra. Dada esta, lo racional es hacer justo lo necesario para que desaparezca. ¿Cómo es conceptualmente imposible perder un derecho irrenunciable? Renunciando a él.

Así, en una teoría contractualista, lo que se está diciendo de un derecho que no es renunciable es que los individuos tienen esos derechos porque no pueden perderlos por el contrato, y eso, es parte de lo que ocurre por vivir bajo lo político.

Es importante notar que el contractualismo se funda en la idea de que la legitimidad del estado nace de la elección racional de los individuos, por lo que el que no se quiere sujetar al contrato social es un “imbécil”, cuya decisión no merece ser tomada en cuenta.

Clase 17 (30/04) (arriba)

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Independencia estadounidense - Representación, reglas de imputación y la paradoja de toda constitución

«Sostenemos, como verdades evidentes, que todos los hombres nacen iguales. Que todos son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad, y la búsqueda de la felicidad. Que para garantizar estos derechos los hombres instituyen gobiernos, que derivan sus justos poderes del consentimiento de sus gobernados. Que siempre que una forma de gobierno tienda a destruir estos fines, el pueblo tiene derecho a reformarlo o abolirlo, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y felicidad.»

- Preámbulo de la declaración de independencia de los Estados Unidos (1776)

¿Quién sostiene lo que la declaración sostiene? La clase de hoy pretende mostrar que no hay forma de responder a esta pregunta que mantenga neutralidad respecto del conflicto sobre el que versa, a menos que sea una respuesta que mire al pasado. Un primer intento de respuesta puede ser: la declaración es sostenida por un grupo de colonos ingleses en Norteamérica. La objeción será que tales colonos no se entienden a sí mismos como colonos, sino como representantes de los Estados Unidos (aquí habría un segundo intento de respuesta: la declaración es sostenida por el pueblo estadounidense). Y aquí la objeción será que Estados Unidos es una unidad política que, hasta el momento de la declaración, es inexistente. La primera respuesta es la que la Corona británica dio en su momento; la segunda respuesta es la que dieron los firmantes de la declaración de independencia que ahora analizamos.

Sabemos cómo terminó esta historia. Tuvo que haber una guerra para que Estados Unidos fuera finalmente reconocido como una unidad política independiente de la Corona británica (todo podría haber terminado en la victoria de esta última, que no veía a este respecto otra cosa que colonos rebeldes). Hoy podemos decir que el 4 de julio de 1776 tal unidad política *se hizo nacer*.

La declaración de independencia estadounidense no está firmada por la totalidad de colonos ingleses que en ese entonces habitaban Norteamérica, ni siquiera por la mayoría de ellos. Sin embargo, tal declaración reclama representar al pueblo estadounidense. ¿Cómo es posible esta representación? En contextos institucionales, la representación es una cuestión sujeta a reglas de imputación de voluntad (la “voluntad” de una corporación, por ejemplo, se identifica acudiendo a reglas de imputación determinadas por sus estatutos y por la ley). El problema surge cuando una unidad política se hace nacer, pues aquí no hay institución que pueda ofrecer reglas de imputación de su voluntad (¿cómo imputar al pueblo sus propias reglas de imputación

de voluntad?). Por eso la acción política por excelencia (*i.e.* aquella que constituye una unidad política) no admite mediación institucional. Y al no haber contexto institucional en el que anclar la constitución de una unidad política, ésta siempre será polémica¹⁴.

Si la asociación política fuera natural, su existencia nos sería dada (*i.e.* estaría fuera del conflicto político). La imposibilidad de responder neutralmente a la pregunta con la que ha empezado esta clase es una forma de notar la artificialidad de lo político.

¿Qué significa –por otra parte– que las verdades de esta declaración sean “(auto)evidentes [*self-evident*]”? Significa que quienes las emiten no están dispuestos a ofrecer razones que avalen su condición de verdades: son declaraciones existenciales (*i.e.* definen a quienes las sostienen), y quienes las niegan cuestionan la identidad de quienes las declaran. Ha de entenderse que nada de lo que está en esta declaración está dicho a la ligera. Que se sostenga que todos los hombres son “dotados por su creador de ciertos derechos inalienables” no es pura poesía: lo que aquí está siendo sostenido es que los hombres cuentan con tales derechos desde el principio (*i.e.* desde que han sido creados), y que tales derechos no admiten renuncia (por lo que se tienen antes de y durante el estado civil)¹⁵.

Clase 18 (05/05) (arriba)

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Lo político: arrogación, parcialidad. – Introducción a idea de “voluntad general”

¿A qué alude momento de afirmación política? Normalmente se hace referencia a un acto ilícito, ¿por qué? En razón de que implica un momento de *arrogación*¹⁶ de la vocería del pueblo, ello es comprendido desde la óptica del derecho vigente como un acto irreductiblemente contrario al ordenamiento jurídico, es decir, ilícito.

¹⁴ Un intento –fallido– de solución a este problema es deshacerse de la idea de representación, estableciendo entonces un plebiscito para decidir el nacimiento de una unidad política. Ignorando por un momento el problema de en qué se funda la fuerza vinculadora de tal plebiscito, la pregunta es quién vota en éste, y la respuesta es obvia: sólo los que se entienden a sí mismos como miembros de una nueva unidad política (¡pero es precisamente esto lo que está en juego!). Este no es el único problema de las formas de democracia directa, y se dirá más sobre ellas a medida que el curso se desarrolle.

¹⁵ Es importante notar que George Orwell tenía esta idea de que habían 3 o 4 potencias que cambiaban la historia constante y antojadizamente en función de sus intereses (a modo de crítica). Sin embargo, esta crítica (un tanto inocente), tiene razón en cuanto a que es ingenuo pensar que la historia son solo hechos, sino que en realidad la comprensión de la historia es parte de lo político, es una decisión respecto de cómo nos entendemos hoy en virtud de los hechos pasados, en el plano político (a propósito de esto mismo, Salazar afirma que en Chile tenemos enterrados a los héroes y ensalzados a nuestros villanos).

Es por esto que cuando se dice que el cambio constitucional es la prioridad 85, no atienden a esta comprensión de la historia. Si uno les pudiese preguntar a los que se tomaron la Bastilla, podemos asegurar que no sabían lo que estaban haciendo. Lo que pasa después es lo que ilumina lo que ocurrió antes, el sentido político es la reinterpretación de la historia. El estudio de la historia no es saber más, sino el saber que somos y saber hacia dónde vamos.

Por todo esto, es un error pensar que las verdades autoevidentes son solo fuerza, ya que se tienen que ver como una comprensión política de lo que eran.

¹⁶ Quién actúa reclama estar haciéndolo por otro (“el pueblo”, por ejemplo), y no sólo por él.

Casos como el visto la clase pasada (Independencia de USA) nos ayudan a comprender que la solución al *conflicto político*¹⁷ implicará *per se* la toma de partido, lo cual se traduce en la inexistencia de una posición imparcial¹⁸. Reconocer (o no) el acto de arrogación es un hecho que se caracteriza por ser intrínsecamente partisano. He aquí una diferencia visceral con el derecho, éste existe para hacer los conflictos *adjudicables* (*i.e.* cuando el juez falla no toma partido, mantiene su imparcialidad), la problemática jurídica no es *polémica*, en oposición al conflicto político. En conclusión, ¿Qué normaliza al conflicto político? El derecho.

Recordemos que, según Hobbes, tanto lo político como el derecho resultan artificiales, y el contenido de este último es la voluntad del Leviatán. Según Locke, la artificialidad de lo político encuentra justificación en el déficit de la naturalidad del derecho de adjudicar los demás derechos naturales (en este sentido, Locke es menos moderno que Hobbes). Tanto Hobbes como Locke comparten una comprensión del individuo como una entidad existente con anterioridad al estado civil (por tanto, una entidad natural), en términos tales que el paso al estado civil no cambia nada respecto de su identidad. En este último punto Rousseau se muestra como el más moderno de los tres: el paso al estado civil es un paso humanizador (*i.e.* uno que, de animales estúpidos y limitados, hace hombres), y no de sometimiento a la Hobbes. La humanidad es artificial, se debe a la vida en sociedad. La “moralidad” de la que habla Rousseau es el fin del solipsismo, aquello que permite que el hombre –que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo– reconozca a los demás en una nueva racionalidad¹⁹

¿Cómo opera este paso humanizador? Rousseau lo hace descansar en la idea de *voluntad general*, esta idea va de la mano con el reconocimiento de que entre mí y el *otro* hay un elemento común. El sometimiento del ciudadano a la voluntad general no es sometimiento, sino libertad (civil), pues la voluntad general es su propia voluntad.

¹⁷ La idea de “lo político”, puede ser explicada mediante la distinción realizada por Carl Schmitt entre amigos-enemigos, esta conceptualización es neutralizada por el derecho; el conflicto político podrá siempre llegar a este punto crítico.

¹⁸ Recordemos el caso de la Independencia de USA, la parcialidad se refleja en la conceptualización que tenían las partes de la otras, lo cual se expresa en que los independentistas se debatían entre (al menos) dos calificaciones: la de colonos “terroristas”, por un lado (el de la Corona); la de “padres (o hermanos) fundadores”, por otro.

¹⁹ En este punto debe reconsiderarse la metáfora del contrato, que se complica tanto para Hobbes como para Rousseau. Hobbes debe explicar cómo el contrato es posible entre individuos solipsistas: si mediante el contrato se reconoce el dominio del otro, éste supone reconocimiento recíproco –que es, precisamente, lo que no existe en el momento de la contratación (!)–. Rousseau, por otra parte, debe explicar cómo el ser ‘inteligente y hombre’ que es el individuo en el estado civil puede entender que contrató, si cuando lo hizo era ‘un animal estúpido y limitado’. Como pronto veremos, la explicación de esto último la hallamos en la idea de (anticipación de la) voluntad general.

Pero, ¿Cómo hemos de identificar la voluntad general? Esta, compleja, interrogante será vislumbrada luego.

Clase 19 (07/05) ([arriba](#))

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Voluntad general/voluntad de todos – Interés general/interés particular

La lógica del mundo privado, de los intereses particulares, es justamente la lógica del art. 582 del Código Civil²⁰ (*i.e.* actuar arbitrariamente, mientras no sea contra ley o derecho ajeno). En este ámbito, las decisiones de los particulares no necesitan de justificación, solo basta la voluntad del individuo, mientras esta no sea contraria a la ley²¹. En cambio, como lo plantea Rousseau, la esfera pública, de lo político, opera con una gramática distinta, expresada en ideales de justicia, en el sentido del deber, lo moralmente correcto, es decir, bajo la idea de la *voluntad general* (entendiéndola como distinta de la *voluntad de todos* (*i.e.* la voluntad de la mayoría), acusando que esta última puede estar engañada («El pueblo, de por sí, quiere siempre el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; mas el juicio que la guía no siempre es claro»)).

En la clase pasada quedamos con la pregunta de cómo podemos identificar esta *voluntad general*, pregunta a la cual intentaremos responder.

Si nos detenemos en la discusión respecto a la reforma tributaria (y en realidad en muchas de las discusiones de la política contingente), llama la atención de que “los poderosos de siempre” (los empresarios, en general), cuando se oponen al alza de impuestos (o a cualquier reforma que los afecte), lo hacen apelando a la idea de la *voluntad general*, como cuando dicen que eliminar el FUT va afectar a la clase media, o que el alza de impuestos va a generar más desempleo. Sin embargo, es evidente que detrás de ese lenguaje político, lo que hay son puros intereses particulares que quieren ser defendidos por medio de la apelación a la *voluntad general*.²² Toda voluntad particular se presenta en el campo de lo político como voluntad que va en el interés general (Marx nota esto en relación con la clase burguesa, donde la esfera pública es una superestructura que esconde las relaciones de dominación), porque esta es una esfera

²⁰ Art. 582. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

²¹ A este respecto, Hobbes plantea que la esfera de los intereses particulares se limita por medio de la ley (*i.e.* la voluntad del Leviatán), donde dentro de esos límites se mueven los intereses particulares.

²² Ejemplos de esto hay miles, pero cabe notar lo ocurrido con el acuerdo entre la Democracia Cristiana con Salvador Allende, el llamado “Estatuto de Garantías”, donde el ex presidente, para poder salir electo, lo suscribió con la DC. En una ocasión, un periodista francés le preguntó respecto a este acuerdo, a lo cual Allende respondió que fue una concesión táctica para salir electo. Esto causó mucho revuelo y polémica (marcando el paso de la DC, para algunos, del Oficialismo a la Oposición), pero lo que debe llamarnos la atención es el hecho de haber sido polémico una afirmación que era, a todas luces, evidente. Esto solo se puede entender desde la gramática de la esfera política.

donde el interés particular se vuelve irrelevante, y la única manera de tener éxito en las discusiones, es mostrarse lo más cercano posible a lo que va en el interés de todos. Desenmascarar este engaño es ciertamente una forma de acción política, pero el desenmascaramiento siempre puede, a su vez, esconder otra voluntad particular disfrazada.²³

Para Hobbes, a diferencia de Rousseau, en el contrato social no hay un paso humanizador, los individuos son iguales antes y después de este. Lo que ocurre es que el espacio político es un espacio estructurado en torno a la gramática del interés general. Es evidente que hay intereses particulares involucrados (no podemos ser ingenuos), pero no son relevantes en esta esfera, porque aquellos que manifiesten actuar motivados por estos intereses no van a ser considerados. Aquí no basta el poder fáctico (poder que no necesita justificarse). Es por esto que quien busca prosperar en sus intereses finge actuar motivado por el interés de todos, es decir, se comunica en el lenguaje del interés general. Pero, ¿Qué ocurre si en realidad todos fingen?

Lo público, la *voluntad general* (el interés de todos), solo se hace posible en lo político. Sin embargo, así como Rousseau fue el primero en notar esta idea de voluntad general, también vio las problemáticas antes enunciadas y respondió a la pregunta con la que terminamos la clase pasada:

«Para descubrir las mejores reglas de sociedad que convienen las naciones sería preciso una inteligencia superior, que viese todas las pasiones de los hombres y que no experimentase ninguna; que no tuviese relación con nuestra naturaleza y que la conociese a fondo; que tuviese una felicidad independiente de nosotros y, sin embargo, que quisiese ocuparse de ña nuestra; en fin, que en el progreso de los tiempos, preparándose una gloria lejana, pudiese trabajar en un siglo y gozar en otro. Serían precisos dioses para dar leyes a los hombres.»²⁴

²³ Es interesante nuestra época en la que todos defienden sus intereses pero nadie lo quiere decir. Todos damos por hecho que los diputados y senadores están velando por sus propios intereses, sin embargo, esto es algo que nadie dice. Es una época particularmente hobbesiana.

²⁴ Rousseau, J.J.: Contrato Social, Madrid: Espasa-Calpe, 1975. Cap. VII, pp 68-69

Clase 18 (12/05) (arriba)

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

Instrumentalidad de lo político – Contractualismo rousseauneano – Voluntad general y anticipación

¿Por qué negocia uno? Uno no negocia por un mandato moral, sino que porque lo necesita. Si uno pudiera imponer sus términos al otro, se volvería innecesaria la negociación. Es por esto que la razón es estratégica, yo negocio para obtener mejores términos para mí dado que necesito por alguna razón obtener el acuerdo del otro²⁵. Acá se denota la diferencia entre “negociar” y “discutir”, pues en este último uno no lo hace por cuestiones estratégicas, sino que en pos de encontrar la solución más apropiada para lo que sea que discuten, por ende, intercambian razones.

Terminamos la clase pasada con esta idea de Rousseau de que “*Serían preciso dioses para dar leyes a los hombres*”. ¿Qué sentido tiene hablar de la voluntad general si después dice que la voluntad general no puede ser identificada? Lo que esa frase nos dice es que se necesitan seres que no compartan nuestros intereses (Dios), pero se preocupen por nosotros. Dios no es una afirmación positiva. Rousseau no está hablando de Dios sino que de la “*voluntad general*”. Dios es un concepto negativo; es la perspectiva desde la cual se conoce nuestra naturaleza pero no se comparte. Que la ley entonces sea voluntad general, quiere decir que no es la voluntad humana de los ciudadanos. Por ende uno debe notar la diferencia categorial entre intereses particulares sumados y la voluntad general.

Pero, ¿en qué sentido esta idea de voluntad general tan improbable aparece ahí, tan lejana de lo que es políticamente plausible? Hay una manera de establecer la conexión: ignorando todos los defectos de nuestro mundo y asumiendo que las leyes del congreso cuentan como la voluntad general. Sin embargo, uno no puede decidir conforme a la voluntad general, entendiéndola concretizada en una ley, si uno no se toma en serio lo que está haciendo.²⁶

²⁵ Necesito el consentimiento, porque por ejemplo: yo no me puedo hacer con un pan de un panadero sino mediante un contrato, porque si lo tomo sin contrato, pierdo. No es que yo lo tome sin contrato porque si lo tomo sin contrato actúo inmoralmemente (ósea si, actúo mal, pero ese no es el punto), sino que si lo tomo “sin contrato pierdo”, por ende el contrato social.

²⁶ Problema análogo se desarrolla en el derecho contractual, cuando nos preguntamos por la justicia de los contratos, siguiendo lo que dice Hobbes “las cosas no tienen un valor intrínseco”. La manera en que el derecho soluciona el problema de la identificación del contrato justo, no es mirando a cuales son los términos (cuánto dinero por cuanto pan), sino que el derecho lo que hace (lógica derecho de contratos) es anticipar. Entonces en vez de preguntarnos por el valor intrínseco de la cosa, nos preguntamos, que si ¿el contenido del contrato fue acordado por ambas partes libremente? Si fue así, entonces podemos decir que ambos estuvieron dispuestos y en ese sentido es un “intercambio justo”. La idea de justicia en el intercambio desaparece y solo aparece cuando uno se pregunta ¿por qué son nulos los contratos obtenidos por error, dolo, o amenaza? Son nulos porque las cosas

Entonces, ¿cómo identificar la voluntad general? Acá uno tiene que tomar distancia de las observaciones concretas de Rousseau (acá se equivocó espectacularmente) porque la discusión, para él, hacía más improbable la respuesta (probablemente porque veía que la discusión pública no era discusión sino que negociación). La idea de voluntad general imposible en tanto práctica, lo que nos lleva naturalmente a la pregunta de cómo hacerla menos improbable. Lo probable es que lo que cuenta como voluntad general (lo que llamamos ley) no sea la voluntad general sino que el interés de los poderosos de siempre, pero debemos preguntarnos el cómo organizar la producción de la ley, para aumentar la probabilidad de que cuente como la voluntad general.

La ley se discute en público. Pero esto no es suficiente, ya que no es difícil disfrazar intereses particulares como si fueran intereses generales (por lo que debe ser una discusión con ciertas características). Si uno hiciera la pregunta latamente de ¿qué es lo que nos conviene a todos? uno terminaría diciendo: El Procedimiento de ley (quizás no el que hay en Chile). La idea de voluntad general no tiene una dimensión principal positiva, sino que negativa. Entonces “*es imposible*” por ello la pregunta es ¿cómo poder crear formas institucionales que hagan la voluntad general menos improbable?, pero la idea de voluntad general es irrelevante al momento de identificar las decisiones tomadas como leyes, para saber si algo es ley basta citar el diario oficial, ósea se haya formado por medio del procedimiento. Si uno se pregunta el por qué de ese procedimiento, o porque son problemáticas las condiciones de ese procedimiento, debiese responderse que en vez de hacer más probable la voluntad general la hace más improbable. Por ello su sentido no está en que nos permita identificarla.²⁷ Que no podamos identificar positivamente que es la voluntad general no implica que no identifiquemos condiciones por medio de las cuales podemos hacerla probable (o improbable).

valen lo que las partes están dispuestas a dar por ellas, lo única forma de identificar un contrato justo es cuando las partes sigan a un acuerdo sin vicios en el consentimiento puesto que sino no reflejara lo que realmente las partes creen y quieren.

²⁷ Lo que debe destacar en este punto es cómo la acción política se caracteriza —entre otras cosas— por anticipar un futuro desde el cual será reinterpretada, mientras su interpretación en el presente es polémica. Del mismo modo, la acción política siempre reclama ir en el interés general, pero tal carácter es disputado. Precisamente por esto no hay garantía de anclaje, de identificación no polémica de la voluntad general. La oscilación entre una voluntad general espuria.

Clase 21 (14/05) ([arriba](#))

2.c.ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

2.c.iii. La democracia como la institucionalización de la ley natural

Derecho de contratos - Mediación Institucional

Como veíamos las clases anteriores, es improbable determinar cuando estamos frente a la voluntad general, distinguiéndola de las voluntades particulares. Sin embargo, es necesario hacer probable la identificación de esta voluntad para dejar de actuar como individuos, en Estado de Naturaleza, y comenzar a actuar como ciudadanos, reconociendo al otro. Es por esto que la idea del Contrato Social es la creación de condiciones en las cuales ya no se vea al otro como parte del mundo, sino que se lo vea como una persona distinta a uno, quien puede apoyarme en la persecución de mis intereses (y viceversa). Por medio del establecimiento de la sociedad civil, los individuos interactúan por medio de acuerdos de voluntades, llamadas contratos.²⁸ Sin embargo, ¿cómo podemos hacer posible que los contratos sean en realidad un acuerdo de voluntades y no la voluntad del más fuerte? ¿Cómo podemos saber cuando estamos ante un contrato "justo"?

La manera en que el Derecho soluciona este problema, es precisamente no mirando cuales son los términos de dicho intercambio. El Derecho se anticipa, determinando una serie de requisitos respecto al contenido y forma en la que se celebran estos acuerdos, como, por ejemplo, que el contrato haya sido acordado libremente, sin amenazas, sin error, sin Dolo. Lo que hace es responder de una manera negativa: determina lo que no es un contrato justo (válidamente acordado). Entonces, la idea de justicia en el intercambio desaparece (parcialmente), ya que no nos preguntamos si es justo, sino que nos preguntamos si hubo error, fuerza, Dolo. Desaparece parcialmente porque el Derecho entiende que la injusticia de un contrato está dada por el incumplimiento de alguno de los requisitos de validez del contrato, pero no existe una relación directa entre la justicia y el contrato, sino que la relación esta mediada por el Derecho de Contratos, que busca hacer menos improbable la posibilidad de que se den acuerdos justos. Esto lo hace por medio del reconocimiento de la validez del contrato, estableciendo la estructura jurídica de "contrato válido", obligando a las partes a cumplir lo acordado.

El Derecho de Contratos nos permite entender que, aún siendo improbable en la práctica determinar la voluntad general, podemos hacerla menos improbable por medio de la mediación institucional. Esta mediación consiste en el establecimiento de la Ley,

²⁸ "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas." (Artículo 1468 del Código Civil)

por medio de un procedimiento que haga menos improbable la identificación de lo que va en el interés de todos.

La única manera de entender la ley (y el Derecho) es por medio de comprender que es un conjunto de estructuras que median ideas, como la de la justicia en el intercambio, la última voluntad del causante²⁹ o la voluntad general. La idea por el hecho de ser mediada, desaparece al momento de aplicar la Ley, dado que la relación de justificación es intransitiva. Para saber que cuenta como ley (o Derecho), tenemos que poner atención a los procedimientos que se siguieron, y no en la verificación con la idea mediada.

La identificación de la voluntad general, en la gran mayoría de los países, se desarrolla en asamblea elegida por la sociedad (el procedimiento legislativo). Dicho procedimiento crea condiciones bajo las cuales uno puede decir que lo que se produce en él probablemente puede ser la voluntad general, contando como ella.

Las instituciones (la ley, el contrato, el testamento, etc.), aprobadas de acuerdo a determinados procedimientos, en el Derecho Moderno, vuelve probable la identificación de lo que va en interés de todos.

Clase 22 (16/05) ([arriba](#))

2.d. Sujeto artificial, derecho artificial: materialismo, estado de bienestar y derecho sociales

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

Derechos Subjetivos - Derechos Sociales - Derechos Individuales

¿Qué significa decir: tengo derecho a “x”? La idea de *derechos* apunta a un interés personal que es suficiente para justificar un deber de otro de dar, hacer o no hacer algo (*i.e.* una obligación). La idea de *derechos subjetivos* alude a que aquel “derecho” es de alguien, o como diría Ronald Dworkin, son cartas de triunfo frente a consideraciones personales.

El contractualismo tiene un fin explicativo, es decir, el consentimiento por el cual se lleva a la conformación del Estado político no es una aceptación con asidero socio-histórico, sino que es una presuposición de la racionalidad del individuo. En el fondo el consentimiento vale porque el individuo en las condiciones precarias en las cuales se situaba debió decir que sí. En base a esta situación, ¿Cómo responde el Leviatán a aquel que vive bajo su dominio, pero siente que ha perdido con el paso al Estado Civil? ¿Cómo leemos los *derechos sociales*?

a) Visión liberal: Levantándolo un poco de su situación actual, creando una red de protección mínima, la cual tiene por fin garantizar que nadie caiga por debajo de la línea

²⁹ En el caso del testamento, que contienen la determinación de la distribución de sus bienes entre sus herederos antes de morir. Dicha determinación, cumpliendo las formalidades exigidas por la ley, cuenta como la última voluntad del causante, aun cuando en los hechos no lo sea.

teórica del Estado de la Naturaleza. Ello en razón de que todos queremos que el sujeto también se atenga al dominio de la ley, con esto en vista, subimos su nivel al mínimo deseable más allá de lo que sería una vida “pobre, solitaria, desagradable, bruta y breve”.

b) Marshall: Los *derechos individuales* son aquellos que reconocen el status de cada uno frente al otro (por ejemplo: igual derecho al acceso a la justicia). Por otro lado, *derechos políticos* son aquellos derechos de participación en una comunidad política. Los *derechos sociales*, en cambio, son derechos que se siguen del hecho de ser ciudadano, son la realización de la idea de ciudadanía. Entre estos tres derechos aludidos hay una interconexión fuerte, en la medida en que los primeros (propios del S. XVIII) terminaron desbordando y generando la entrada de los *derechos políticos* en el S. XIX, y así con los *derechos sociales* en el S. XX. De lo anterior podemos inferir la racionalidad en el desarrollo político de los últimos tres siglos³⁰

La artificialidad de la ciudadanía genera un quiebre respecto del pensamiento liberal, precisamente porque los derechos sociales no pueden ser entendidos como derechos naturales. Así, el sentido de los derechos sociales es el opuesto al sentido que hay detrás de los derechos naturales. En una comprensión liberal, el sentido de la asociación política está en limitar en alguna medida (y esa medida dependerá de cada tesis contractualista) la posibilidad de cada individuo de actuar conforme a sus derechos naturales: en Hobbes se trata de perder ciertas libertades y recibir a cambio protección frente a los otros individuos. La idea siempre es que la libertad se restringe porque sólo así se hace posible la libertad para todos: en el Estado liberal mi contribución con el otro se limita a no agredirlo. Sin embargo, los derechos sociales –en su máxima expresión– suponen que la realización de uno depende de la realización de todos (en su mínima expresión se trata de ciertas dimensiones en la libertad de cada uno, que son responsabilidad de todos).³¹

Aquí hay una ironía notoria. Los derechos sociales descansan sobre una comprensión incompatible con el liberalismo, pero tienen que surgir desde sociedades burguesas. Introducir un cuerpo con lógica contraria al cuerpo en que descansa produce inestabilidad. En el largo proceso, o el injerto transforma al cuerpo receptor, o el cuerpo receptor transforma al injerto. Por eso es paradójico que quienes más defiendan los derechos sociales sean, precisamente, los que niegan la distinción entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, cuando –en realidad– eso supone una *liberalización de los derechos sociales*, toda vez que el hecho de que los derechos sociales descansen en un sentido de “comunidad política”, es decir, descansan en intereses comunes, mi interés no puede ser entendido independientemente del resto.

³⁰ Es necesario entender que los derechos tienen historia y se desarrollan en la historia. Al fin y al cabo, los derechos tienen determinadas condiciones de posibilidad sociológica.

³¹ No es raro que el Estado de Bienestar se haya desarrollado en Europa y no en Estados Unidos: mientras el primero era más cercano a una comprensión rousseauniana del Estado, el segundo lo era a una comprensión lockeana.

Clase 23 (19/05) (arriba)

SEGUNDA PARTE: EL POSITIVISMO JURÍDICO

Capítulo 1: El primer intento de descripción del derecho: Bentham y Austin

1.a. El surgimiento del positivismo jurídico

Teoría imperativa, facticidad y normatividad

¿Por qué podemos hablar de un superior?

El sistema, en términos desmitificados, se configura así porque sí, al contrario de uno mitificado, que busca una explicación para ello.

Un soberano que puede dar órdenes es soberano porque el resto lo obedece, siendo soberano entonces, quien es obedecido por ser el con poder para exigir esto.

Se vuelve utópico creer que es obedecido por una razón, y realista entender que el derecho es un conjunto de órdenes dadas por el soberano, que es quien es habitualmente obedecido.

Tras esto, la segunda parte nos lleva a preguntarnos ¿Qué son las ordenes? Y la respuesta no es más que “un deseo respaldado por amenazas”. Por lo tanto, el derecho es para ellos la expresión de un deseo respaldado por amenazas de quien es habitualmente obedecido.

Este nuevo lenguaje parece abandonar todo lo mitificado, pero lo cierto es que no debemos dejarlo todo, sino pasarlo por el filtro de la desmitificación.

Preguntémosnos: Si los “hombres de verde” atrapan a gente vestida de verde que va a exceso de velocidad ¿Qué pasa? ¿Por qué pueden hacerlo?

La razón es que hay normas que dan facultades a los carabineros, que nacen de una orden respaldada por amenaza para todos los súbditos. Bentham y Austin plantean esto, que todas las normas jurídicas solo imponen deberes, y las facultades son algo que se deriva de ello (esto es central en la posterior crítica que les hace Hart).

Así, el carabinero ejerce una potestad dada por una norma que no tienen los hombres de verde cualquiera que van por la calle, esto es, una ley que los autoriza y legitima para llevar a cabo dicha acción. Y esa ley, como sabemos, es la voluntad del soberano porque está hecha a partir de un procedimiento sistemático, que termina radicando en la CPR. Finalmente la pregunta recae en el fundamento de validez de la Constitución, y llegamos con la respuesta irremediamente al golpe de Estado, y a un bombardeo sobre La Moneda. Con ello, se hace patente que lo dictado por el bando n°5 no es autorizado por una norma, sino por la cantidad de fusiles y tanques: Dicta quien tiene más capacidad para matar, y lo que funda nuestro sistema de Derecho es una cadena cuyo final no es nada más que facticidad.

El Carabinero, no es normativo, es la utilización de una pistola. Un delincuente, por tanto, es homologable a los sujetos de verde, y así con todo lo que entendíamos

como normativo en el derecho, que finalmente no es más que un mito: La verdad es que toda noción jurídica es fáctica.

Clase 24 (26/05) ([arriba](#))

1.a. El surgimiento del positivismo jurídico

1.b. Hart y la crítica de la teoría imperativa

Teoría simple – Críticas de Hart

Hay una diferencia entre decir: (1) la Junta de Gobierno es habitualmente obedecida, y (2) decir que la Junta de Gobierno debe ser obedecida. En otras palabras, no es lo mismo decir “Los chilenos obedecen a la Junta de Gobierno” que “Los Chilenos deben obedecer a la Junta de Gobierno”; la primera es una afirmación del tipo fáctica; la segunda, en cambio, no es una observación de hecho, sino que normativa. Los conceptos en la Teoría Simple se reduce a algo que sucede o que no sucede, lo que importa es la facticidad (“El soberano deja de ser soberano cuando deja de ser habitualmente obedecido”). Las normas son manifestaciones de deseo que están acompañadas de una amenaza. Bentham y Austin desmitifican el lenguaje normativo llevándolo a pura facticidad.

Supongamos que nos preguntamos por el status fáctico-normativo del actuar de un carabinero. Lo fundamental en este punto es notar que la respuesta a tal pregunta depende de la respuesta a la misma pregunta formulada en atención a la Constitución de 1980. ¿Por qué habría normatividad en la Constitución de 1980? Por referencia al Decreto Ley 728, en el cual la Junta de Gobierno asume el poder constituyente, Decreto Ley que, a su vez, reconduce al DL 125, que vuelve, a su vez, al Bando N° 5. Ahora, parece difícil evitar la conclusión de que detrás del Bando N° 5 no hay más que un conjunto de aviones bombardeando el palacio presidencial. Y el status fáctico-normativo del Bando N° 5 vale para el status fáctico-normativo del actuar del carabinero. Si este status fáctico-normativo es pura facticidad, entonces hay pura facticidad en el resto de la cadena, y el carabinero que me detiene ya no es un carabinero en el ejercicio de sus atribuciones conferidas por una norma legal, sino que es simplemente una persona que se opone a mi voluntad.

La consecuencia de este ejercicio es entender que la normatividad es el producto de algo similar al flogistón de los alquimistas, algo que normativiza el derecho pero, en realidad, es un mito. Para rescatar la idea de normatividad, habría que decir que quienes actuaron el 11 de septiembre actuaron autorizados por una norma. Y en última instancia, necesitaríamos una norma que no valga por haber sido una creada (porque en ese caso el problema se plantearía evidentemente respecto de esa norma): necesitaríamos recurrir al derecho natural.

Lo anterior explica que en el siglo XVIII las opciones eran dos: fundar la normatividad del derecho en el derecho natural, o renunciar a la idea de normatividad en el derecho. La razón por la cual se explica el derecho como pura facticidad está en que la normatividad volvía al lenguaje sospechoso (del derecho natural) que debía evitarse. La manera en que Bentham explicaría esto sería mediante la contraposición de dos figuras: la del expositor del derecho (que responde la pregunta por qué es el derecho) con la del censor del derecho (que se pregunta por la justicia del derecho). Lo que a nosotros nos interesa aquí es la primera pregunta. En la lógica pre-moderna, la idea de lo que es el derecho va de la mano con la de lo que es justo. Pero en el derecho moderno, ambas ideas pueden ser separadas y se puede decir que para que algo sea derecho no es necesario que sea justo o injusto.

Esta es la forma de pensar un derecho vinculado extrínsecamente a la razón; meramente fáctico. Y el precio del paso al derecho moderno (que busca cortar su vinculación al derecho pre-moderno), es el de renunciar al derecho natural y, con ello, renunciar a la idea de normatividad.

Frente a esta teoría (teoría simple), Hart indica que esta reducción es demasiado simple e inaceptable³². Es por esto que formula una serie de críticas.

Primero, critica que esta teoría no reconoce la diferencia entre normas que imponen sanciones y normas que confieren facultades, debido a que la entiende como una diferencia irrelevante, otorgándole a estas últimas un estatus particular. Esto, a juicio del autor, un error, dado que las normas que confieren facultades no operan bajo la misma lógica que las que imponen sanciones, dado que mientras las segundas restringen libertades, las primeras las amplían. Esta doble faceta del Derecho no es recogida por la teoría simple, planteando Hart su insuficiencia teórica³³.

³² Es necesario precisar dos cosas:

- Hart escribe en la segunda mitad del siglo XX, donde lo que caracteriza a este siglo es que la idea moderna de derecho era evidente, era parte del sentido común, entonces, no es la misma posición que ocupan Bentham y Austin (que se enfrentaban a la idea pre-moderna del Derecho).

- En "Del rigor de la ciencia", Borges relata cómo el Mapa de cierto Imperio realizado por cartógrafos en extremo dedicados termina siendo del tamaño del Imperio y coincidiendo punto a punto con él. El breve relato continúa mencionando que poco después este mapa se consideró "inútil" y fue, por ende, abandonado. Cuando algo requiere ser explicado, ciertas diferencias perceptibles han de ser declaradas irrelevantes para efectos de posibilitar la explicación y su adecuada comprensión. Una buena teoría es capaz de notar adecuadamente los elementos y diferencias relevantes al interior de lo explicado, y distinguirlos de los irrelevantes. Si esta última distinción no se produce, la simplificación de la teoría pasa de ser virtud de ella a un problema. Y es importante notar que una objeción contra una teoría que simplifica demasiado no puede acudir a un criterio externo (como la evidencia empírica) para fundamentarse, sino que ha de mostrar cómo tal teoría tiene un déficit de rendimiento explicativo que hace que ella confunda más que lo que aclara, declarando irrelevantes diferencias que son importantes. El problema es uno de rendimiento, no de verdad o falsedad de la teoría.

³³ Asimismo, Hart plantea otras críticas, que se desarrollaran con mayor detención, pero que es necesario enunciarlas:

- En cuanto al ámbito de aplicación de las órdenes respaldadas por amenazas, Hart sostiene que la legislación bien puede tener fuerza auto-obligatoria (= obligar al legislador), lo que requeriría un desdoblamiento de este, cuestión incomprensible desde la teoría simple.

Clase 25 (28/05) ([arriba](#))

1.b. Hart y la crítica de la teoría imperativa

Normas que confieren potestades y que imponen deberes - Nulidad y sanción

La teoría que es planteada como simple, no tiene un sistema propio. Es decir, no existe relación sistemática entre las normas contenidas en el sistema. Si es que no existe una conexión entre estas normas, ¿qué es lo que existe entonces? Meros deseos del soberano. Estos deseos del soberano que se expresan como normas, serán habitualmente obedecidos por ser respaldados por amenazas de sanciones. Hart por el contrario, dirá que esta teoría simplifica demasiado. De manera que simplificará diferencias en extremo, cuya esencia son en realidad relevantes. Lo que pretende la teoría simple es mostrar al derecho en términos puramente fácticos. Una de las objeciones relevantes en torno a esta teoría, es la distinción entre normas que confieren poderes y aquellas normas que imponen deberes. Las primeras, se referirán a conferir potestades de actuación -en términos jurídicos- a individuos de una sociedad. Las segundas, por el contrario, se referirán a la posición de determinadas conductas, por ende serán normas que por ser obligatorias estarán respaldadas por amenazas.

Para quienes están de acuerdo con la teoría simple, se considerará que la nulidad es propiamente una sanción. Hart por el contrario, dirá que esta idea es incorrecta, ya que la nulidad dentro de sus propios términos no podrá ser entendida como sanción. La declaración de nulidad en este sentido, será una mera declaración de que cierto ejercicio de potestades ha fallado en sí misma. De manera que el no contrato y el contrato nulo, serán en esencia, lo mismo. La nulidad será en el fondo, la declaración de que algo que pretendía ser legal, no lo es por la falta de requisitos sustanciales. Siendo la nulidad la contravención de estas normas, entonces esta no será más que una expresión negativa de los requisitos establecidos por ley para la celebración de determinados actos. Por lo que no podremos separar a la nulidad de las facultades conferidas por ley, la nulidad solo existe porque hay de hecho una contravención de estas normas. La nulidad entonces, no deberá ser entendida como una sanción, sino como el simple reconocimiento de que puede haber ejercicios de potestades que son simplemente aparentes, pero que no constituyen efectos propiamente tales en el ordenamiento jurídico.

-
- Existen normas cuyo surgimiento no parece compatible con la idea de orden respaldada por amenazas. Entre ellas se encuentran las normas consuetudinarias.
 - La consideración de irrelevante la distinción entre normas como ordenes acompañadas con amenaza y (a) Normas potestativas; y (b) Nulidad, resulta muy problemática.

Clase 26 (30/05) ([arriba](#))

1.c. El concepto de Soberanía

Soberanía continua y Derecho persiste – Conducta habitual y Regla Social

Dentro de las críticas a la teoría simple que hace Hart, encontramos una sobre la noción de la soberanía.

La soberanía en la teoría simple es un concepto factico; soberano es aquel que es habitualmente obedecido y no obedece a nadie. El derecho, por ende, sería el conjunto de los deseos del soberano acompañados con la amenaza de una sanción. El soberano es jurídicamente ilimitado, el derecho no puede limitar al soberano, puesto que el derecho es la voluntad del soberano. Si el soberano actúa contra el derecho, no está actuando ilícitamente, sino que nos está comunicando que su voluntad ha cambiado. Hart cree que esta noción de soberanía no puede dar cuenta de características fundamentales del derecho, a saber: (i) la **soberanía es continua**; y (ii) el **derecho persiste**.

Si uno parte del sistema simple, y toma a REX 1, como soberano, ¿qué pasa cuando REX 1 muere? Lo reemplaza su hijo REX 2. ¿Esa historia de sucesión puede ser explicada en términos de la teoría simple? Esta teoría diría que: si es obedecido será soberano y, si no lo es, no lo será. Pero hasta entonces no ha tenido la oportunidad de ser obedecido, ¿cómo será soberano antes de la primera orden? REX 1 dice que su voluntad es que todos los súbditos obedezcan a REX 2, bajo amenaza de una sanción. Entonces después de muerto, ¿puede decirse que la voluntad de REX 1 es que REX 2 sea rey? No podríamos decir que ES eso, sino que ERA eso. Esto apunta a la persistencia del derecho y a su vez la continuidad de la soberanía (de rex 1 a rex 2).

REX 2 podría decir que adopta todas las leyes de su padre, significando una adopción general de la voluntad anterior. Pero el derecho persiste aunque REX 2 no diga eso. Por el solo hecho de que REX 2 no deroga las normas de su padre, las adopta.³⁴

¿Qué rol juega la idea de adopción? ¿Por qué decir que esas normas valen porque han sido adoptadas por el soberano? La adopción, en este sentido, solo es una manera de mantener la integridad de la teoría (vemos que esas normas persisten, nos vemos forzados a decir que el soberano las adopta porque no las deroga), pero lo que está ocurriendo es que nos hemos enfrentado a una característica del derecho (las normas son persistentes). El hecho de que el soberano no las derogue, significa que las hace suya ¿pero en qué sentido puede ser su voluntad sin si quiera saber que la tiene?

³⁴ Es decir no es necesario hoy que el legislador luego de cada elección, dicte una ley declarando que hace suya todas las leyes no derogadas dictadas en el Código Civil. Entonces la adopción por el soberano de mandatos de soberanos anteriores, es tacita, no necesita ser expresa y la adopción consiste en el solo hecho de no derogarlos.

Estas dos observaciones, sobre la continuidad de la soberanía y persistencia del derecho, apuntan a la idea de que “la soberanía no puede ser entendida fácticamente”. Nuestra pregunta no busca descubrir cómo hay continuidad de la soberanía, sino cómo explicar teóricamente eso dado el contexto de la teoría simple, pero justamente desde esa óptica no se puede. Lo mismo ocurre con la persistencia del derecho. El soberano es quien es facultado por una regla, eso muestra la regla de sucesión.

El soberano debe ser entendido institucionalmente, no como un hecho bruto (como que soberano sea solo el que es habitualmente obedecido). Y para explicar esta diferencia y explicar la noción de soberanía, Hart introduce una distinción que será fundamental en lo que sigue, entre “**hábitos y reglas**”.

La teoría simple dice que el soberano es habitualmente obedecido, es decir, hay un hábito de obediencia, pero lo que necesitamos para explicar la continuidad de la soberanía es una regla que verifique las condiciones de acceso a la soberanía y no un hábito.

“En la cultura local de pio-nono en un día invernal: todos los estudiantes en el recreo se ponen como lagartija en la escalera”, ¿qué estamos diciendo cuando decimos que es habitual? Que es una conducta observable en el sentido de que uno puede ver que normalmente en esos días fríos invernales que, sin embargo son soleados, la gente se instala en la escalera a tomar sol. Eso es COMÚN que ocurra, pero podría dejar de ser habitual, y uno lo notaría observándolo y ver que ya no pasa. Hay entre los miembros del grupo respectivo (puesto que los hábitos son de alguien de un grupo o persona) una determinada convergencia en la conducta (es un HECHO común).

Por otro lado, en la misma cultura de pio nono es una conducta habitual que profesores y estudiantes no se tutean.

En ninguno de los dos casos, estamos diciendo que sea tal acción de todos y cada uno al mismo tiempo, sino que es una conducta mayoritaria. Pero, ¿hay alguna diferencia entre tomar sol en los días invernales en las escalares como conducta prevalente y no tutearse entre alumnos y profesores?

La primera diferencia que podemos notar consiste en que “la desviación” en el caso de la segunda conducta habitual, es criticada (es considerado en algún sentido inapropiado), en cambio no hay nada inapropiado en el caso del que no tomar sol. Por otro lado, es interesante porque una conducta puramente habitual, es una que se explica en términos individuales: ¿por qué hay una convergencia en la conducta entre el tomar sol los días fríos en la escalera? porque en la escalera llega el sol y en los días de invierno hace frío. Cada uno, por razones independientes, puede llegar a la misma conclusión: “conviene hacer eso”, por eso el que uno se desvíe no es razón para que yo me desvíe. En el caso de la segunda conducta habitual, parte de lo que hace habitual a la conducta,

es el hecho de lo que los demás lo hagan. El primero es un mero hábito y el segundo es una **regla social**.

Las Reglas Sociales son prácticas que pueden existir o no existir. Son hechos, porque comparten esta característica de los hechos. Pero, a diferencia de las meras conductas habituales, tienen una dimensión prescriptiva (no es solo la convergencia de la conducta, sino que los participantes de esas prácticas entienden que son una guía para la conducta). Funcionan como estándares de evaluación, la conducta puede ser apropiada/inapropiada, Justa/injusta etc., según si la conducta se guió o no por la regla. Y a su vez, es un estándar de crítica, ya que, por referencia a ésta puedo criticarla.

Entonces tenemos que las Reglas Sociales tienen un aspecto externo (reglas que son vividas, las cuales suponen una convergencia en la conducta) y un aspecto interno (las reglas para los participantes son entendidas como normativas, como estándares que guían la conducta, la evalúan y la critican). Mientras que los hábitos solo poseen el aspecto externo, careciendo del interno (pues no tratan a la práctica como si fuera una regla).

Clase 27 (04/06) ([arriba](#))

(02/06: Segunda Prueba)

Capítulo 2: La pregunta por la normatividad del Derecho

a. El Punto de vista interno

Regla social y punto de vista interno

La teoría simple no responde a la idea del cómo se puede dar continuidad a la soberanía. Es por esto que Hart introduce la distinción entre hábitos y reglas. Lo que tiene el hábito de obediencia es una situación en que de hecho alguien es obedecido. Sin embargo, acá hay algo distinto del hábito, que es la regla.

Hart nota que si hay una conexión entre REX 2 y REX 1, debe haber algo que los une, distinto de la habitualidad de la obediencia, es decir, no puede ser puramente factico. Debe haber, en vez de hábito de obediencia, reglas sociales.

Las reglas sociales existen de hecho. Lo que las asemeja con las conductas habituales es la idea de uniformidad de la conducta en un grupo determinado.³⁵

Sin embargo, en el caso de la regla social, la uniformidad de la conducta es, en algún sentido, exigida. Es decir, esa uniformidad responde a que esa conducta convergente y generalizada, es una guía para la conducta de todos nosotros que sirve como criterio de evaluación y de comportamiento.

³⁵ A los europeos les sorprende la hora en la que comemos, ya que opinan que es muy tarde. Esa es una conducta habitual en Chile, mientras en Europa es un hábito comer más temprano. Esto es un mero hábito, que es distinto dependiendo del lugar. No habría hábito si no hay uniformidad en la conducta.

Pero, ¿cuándo hay regla social? Hart enuncia que no es suficiente la idea de hábito. Las reglas sociales son reglas que tienen un aspecto interno, tienen un **punto de vista interno**.

Detengámonos en el ejemplo del Fútbol. Si uno ve los partidos, sin conocer las reglas, diría que es un montón de prácticas irregulares. Notaría que casi ninguno toma la pelota con la mano; que los jugadores se mantienen en un determinado lugar del campo, y que cuando se salen de él, vuelven después de una jugada. Vería que cuando alguien mete la pelota dentro de los 3 postes un grupo celebra y el otro se lamenta, deteniéndose el juego.

Si uno nota, hay reglas que justifican el actuar de ese modo. Hay una regla que dice que no pueden tomar las pelotas con la mano, menos uno por cada equipo. Pero el hecho de que se mantengan en una posición no es una regla, sino un hábito. ¿Qué diferencia una regla y un hábito?

Como diría Hart, desde un punto de vista externo, ambas cosas serían lo mismo, un hábito. En cambio, desde la perspectiva de los jugadores, para ellos es distinto tocar la pelota con la mano que adoptar posiciones. Desde acá hay una perspectiva distinta, para ellos algo está prohibido, mientras que en el caso de las posiciones, hay una conveniencia, que se vuelve habitual.³⁶

Estas reglas sociales son entendidas desde el punto de vista interno, que guían las conductas de los participantes, donde si alguien no la sigue, se vuelve criticable por los participantes.

Las reglas sociales nacen por la habitualidad y mueren por lo mismo. Pero están dotadas de un aspecto interno que consiste en que los participantes la entienden como estándares de conducta que sirven para evaluar la conducta y criticarla.

La obediencia que en Bentham y Austin, según Hart, no es producto de la habitualidad, sino que es producto de una regla social. En este sentido se vuelve relevante el hecho de que el positivismo de Bentham y Austin fue la primera formulación del Positivismo Jurídico y lo que buscaban era responder desde donde se crea el derecho, donde nace la normatividad. Ellos eligen entre la idea de que están creadas con anterioridad, o son pura facticidad, adoptando la segunda posición.³⁷ En cambio, para Hart, tampoco vienen dadas con anterioridad, sino que son creadas, pero lo que las dota de normatividad es este punto de vista interno. Con esto, lo que hace

³⁶ Otro ejemplo podría ser la situación de los paraderos. Cuando hay muchos usuarios y no llega la micro, se ordenan en fila. Cuando llueve, se ponen debajo del paradero. En el primer caso va haber una crítica si alguien de desvía de esta conducta. En cambio en el segundo caso, no.

³⁷ En este sentido, se vuelve relevante notar que lo que buscan es una explicación distinta del Derecho Natural, dado el contexto histórico en el que se enmarcan. El punto de Bentham y Austin es pasar de un derecho mítico a un derecho puramente factico.

Hart es la posibilidad de volver a entender al derecho como algo normativo, sin que se vuelva a mitificarse.

Sin embargo, en cuanto a las reglas sociales, puede haber reglas que se transforman en hábito y hábitos que se transforman en regla. Esto dado que no hay un sistema de reglas sociales, son indiferenciadas.

Finch, al respecto, dice que la teoría simple es una teoría atomizada del derecho. No existe un sistema en el derecho, sino que cada regla se para en sus propios pies. Esta lógica sigue existiendo en las reglas sociales. Pueden desaparecer algunas y mantenerse las otras independientemente. No dependen unas de las otras reglas, sino que en cada regla se encuentra su manera de entenderla. El derecho, como lo desarrollara Hart, parece ser distinto, dado que las reglas se interrelacionan.

¿Esta noción de regla social nos permite justificar todo el derecho? ¿Cómo sería si uno explicara el derecho desde esta idea de regla social, de reglas atomistas, como la teoría simple, pero con un aspecto interno? Hart respondería que tendríamos puras reglas primarias de comportamiento (de obligación).

Sería un régimen de reglas que podría descansar solo en las reacciones críticas, donde cada individuo debe identificarse la regla social y la crítica para los que no la siguen. Se confundirían entre estas reglas con las de cortesía. Por lo que hay que revisar como el derecho construye la noción de sistema jurídico, solucionando estos problemas

Clase 28 (06/06) ([arriba](#))

2. a. El Punto de vista interno

Capítulo 3: El Derecho como unión de Reglas Primarias y Secundarias

a. La idea de Reglas Secundarias

b. La Regla de Reconocimiento

Problemas de las reglas sociales – Respuesta de Reglas Secundarias – Regla de Reconocimiento

Es obvio que sólo un grupo humano constitutivo de una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco (o similares) y ubicada en circunstancias estables podría vivir bajo un régimen de reglas primarias de obligación. Cualquier otra forma de organización se encontraría pronto con los siguientes problemas:

(i) Como las reglas que el grupo observa no forman un sistema sino un mero agregado de normas, surgirán dudas sobre cuáles son estas y sobre cómo distinguir los comportamientos adecuados a ellas de regularidades de comportamiento que constituyen meras convergencias. Se trata de un problema de **falta de certeza**.

(ii) El segundo problema es uno que ya veíamos en algún sentido cuando hablábamos del estado de naturaleza en Locke. Se trata de un problema relativo a la **ineficiencia** de la presión social difusa, única forma de presión posible en una

comunidad que vive bajo un régimen de reglas primarias. ¿Cómo determinar que alguien ha infringido una regla y que entonces merece una reacción crítica? ¿Cuál ha de ser esta reacción crítica? Por hipótesis, no hay órganos dotados de potestades para realizar tales determinaciones. A este respecto lo único que hay es el juicio, crítica o reproche que cada miembro del grupo realiza, cuestiones sobre las que habrá desacuerdo conforme esta comunidad crezca y tenga un nivel ya no tan alto de identificación intersubjetiva y enfrente situaciones ya no tan estables.

(iii) El último problema que Hart tematiza a este respecto es que las reglas primarias de obligación resultan **estáticas o inmutables** (en el sentido sociológico de que no hay cómo cambiarlas, salvo el lento devenir en la evolución de las costumbres). La modificación de la forma de vida de los miembros del grupo pueden hacer que cosas que antes parecían obligatorias dejen de serlo, y viceversa. Las reglas pueden devenir hábitos (y muchos hábitos de hoy pueden ser cadáveres de reglas pasadas). Pero la pregunta por la conveniencia del cambio de estas reglas es una que, en este contexto, no puede ser formulada.

Una sociedad que vive bajo un régimen de reglas primarias (o reglas como práctica) pone en cada uno de sus participantes un peso enorme. Tal peso puede sobrellevarse sólo en la medida en que cada uno de ellos cuente con un carácter de partícipe denso, vale decir, en la medida en que su ser miembro de la práctica sea una cuestión que defina intensamente sus vidas. En la medida en que tal carácter se hace mucho menos denso (cuestión que pasa, precisamente, en sociedades modernas), entonces la idea de que la práctica puede descansar tan pesadamente en la exigencia de compromiso hecha a cada participante es una que no se hace sostenible. La **práctica se hace entonces inestable**. Ante la presión de la complejidad, la práctica se diferencia (cuando no simplemente desaparece) de tres maneras:

(i) Surgen **órganos de aplicación de estas reglas primarias**, con competencia para determinar con autoridad que una regla ha sido infringida y que como consecuencia de tal infracción cierta sanción debe ser aplicada. Nótese que la opinión de este órgano es cualitativamente distinta de la opinión de cualquier otro individuo: vale con independencia de su corrección, tiene autoridad.

Tales órganos son identificados, y los procedimientos que han de seguir son definidos, por **reglas secundarias de adjudicación**.

(ii) El problema de la inmutabilidad de las reglas se soluciona con lo que Hart llama **reglas secundarias de cambio**, que otorgan a ciertos órganos potestades para modificar o crear las reglas del sistema jurídico.

(iii) El problema de la falta de certeza es resuelto por una solución que no es análoga a las dos soluciones previas. Se trata de una regla secundaria que especifica

cuáles son las características que toda regla debe poseer para contar como una regla del sistema.³⁸ Esta tercera regla es lo que Hart llama una **regla de reconocimiento**.

¿No es la regla del reconocimiento una distinta a las demás, en tanto no da potestad a órgano alguno? ¿De dónde sale la regla de reconocimiento, qué tipo de regla es? Hart sostiene que la regla de reconocimiento es una práctica social de tipo particular: una que **funda a todos los sistemas jurídicos modernos**. Sin regla de reconocimiento, las reglas existen porque cada participante reconoce y se compromete con cada una de ellas. Con regla de reconocimiento, lo único que hay es esa regla (que es una práctica) en términos tales que para hablar de otra regla X (que no sea la de reconocimiento) la pregunta ya no será ¿define esa regla una práctica social?, sino ¿es identificable esa regla en atención a la regla de reconocimiento? Es en este punto en donde podemos hablar ya no sólo de un régimen de reglas, sino además de un sistema de relaciones entre reglas. Una vez que han surgido las reglas secundarias podemos decir que existe un sistema jurídico suficientemente complejo. Por eso Hart dice que el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias. La aparición de las reglas secundarias permite que hablemos de un sistema de reglas que están interrelacionadas. La validez y la aplicación de una regla dependen ahora de otra regla.

Pero si la regla de reconocimiento es una práctica social, ¿cómo ésta no se ve afectada por aquellos problemas de falta de certeza, inmutabilidad y presión social difusa? La respuesta es que hay una diferencia entre hacer descansar la existencia de cada regla de lo que hoy llamamos sistema jurídico chileno en el aspecto interno de cada participante, por un lado, y hacer descansar la existencia del derecho chileno sobre la conciencia de cada participante por referencia a una regla de reconocimiento, por otro. Es más, Hart sostiene que hay un soporte más fuerte sobre el cual puede descansar la regla de reconocimiento, a saber: los funcionarios del derecho. Hart, en algún sentido, fractura las condiciones de existencia de una regla de derecho, porque mientras la convergencia en el comportamiento es una cuestión que vale para todos, el hecho de que tal convergencia se funde en la regla de reconocimiento vale principalmente para los funcionarios (que, para ser más estrictos, uno podría llamar “jueces”). La regla de reconocimiento, en tanto práctica social, puede cambiar a través de la conducta de los funcionarios.

Ahora, es posible que existan reglas que valen no porque sean prácticas sociales, es decir, ya no miramos su aspecto interno y externo, sino que vemos que la regla exista de conformidad con los criterios de reconocimiento de esa regla. Esta nueva manera de tener reglas es a lo que Hart llama “validez”. La validez de una norma es el hecho de que esa norma existe como norma porque ha sido creada conforme a otra norma que

³⁸ El ejemplo que da Hart, en el caso del Reino Unido, es el consentimiento real (=toda ley dictada por el Parlamento tiene que ser aprobada por la Reina), cuyo equivalente chileno es el decreto promulgatorio.

crea un poder para ello. Al referirse a la regla de reconocimiento, no puede hablarse de su validez, sino que ella está determinada, en cuanto práctica social, por los aspectos interno (al menos en los funcionarios) y externo (presente en los participantes), que son los que determinan su existencia, pero no podemos referirnos a su validez porque ello implicaría la existencia de una regla de reconocimiento previa a ésta, con la cual encontraríamos el mismo problema hasta el infinito. Por ello, respecto de la regla de reconocimiento no podemos hablar de su validez, sino de su existencia.

Clase 29 (09/06) ([arriba](#))

3. b. La Regla de Reconocimiento

Construcción desde abajo – Continuidad de la forma

Uno puede reconstruir el derecho desde arriba o desde abajo. Una teoría construida desde arriba es la teoría simple, en donde lo que unifica el derecho es algo que está arriba, el soberano.

La teoría de Hart no es una construida desde arriba, sino que desde abajo. Lo que da unidad al Derecho es la Regla de Reconocimiento (*i.e.* práctica social diferenciada, que mira en cuanto a su aspecto externo a los súbditos y al interno a los funcionarios). Una consecuencia de construir desde abajo es que es perfectamente posible que la regla de reconocimiento cambie, y la autoridad máxima cambie, sin que haya cambio del sistema.³⁹

Veamos un caso de independencia: hay una guerra de independencia que es ganada por la colonia, que por tanto deja de ser tal. Lo que tiene el hecho de que la independencia se obtendría mediante una guerra de independencia, es que hay una conexión interna entre independencia obtenida, guerra de independencia, y un sistema nuevo que se entiende radicalmente desvinculado al antiguo. Esta desvinculación completa normalmente tiene consecuencias reales, no es pura teoría. Los funcionarios de la metrópolis después de la regla de independencia, no continuarán siendo funcionarios, hay una cierta discontinuidad. Mientras más discontinuidad en este sentido hay, más probable es que la descripción correcta no sea decir “la regla de

³⁹ Ejemplo de ello es el 11 de Septiembre, ahí cambio el origen por así decirlo, cambio el órgano que tenía la facultad legislativa o constitucional suprema. Si uno mirará al derecho desde el punto de vista del origen, tendrá que decir que el sistema jurídico cambió y desde esa explicación sería un problema ¿Por qué el código civil sigue siendo ley si aún no ha sido incorporado al nuevo sistema jurídico? Y lo que dice “la legislación anterior es apropiada por el nuevo sistema”, no es que haya un problema in-solucionable de la teoría desde arriba, sino que un problema que hay que responder, porque si la teoría es construida desde arriba y el criterio suprema cambia, se plantea la pregunta ¿Cómo explicamos que norma del sistema jurídico que ha desaparecido continúan siendo vigentes? Para una teoría como la de Hart no hay problema alguno: puesto que hay continuidad en la regla de reconocimiento, pues aunque cambia su contenido (las reglas sociales pueden modificarse) entonces no es que sea un sistema jurídico distinto, sino que incorporar un criterio de reconocimiento nuevo y ha dejado otro.

reconocimiento se mantuvo, pero cambio su contenido”, sino que sea que “cambio la regla de reconocimiento.”

Otro caso de independencia: aquella que se logra mediante una transición pactada. En algún momento el poder central decide crear un parlamento escocés y darle cierta autonomía, entonces resulta que en ese parlamento pueden decidir sobre una amplia gama de cuestiones autónomamente. Pareciera que aún son parte del sistema jurídico del reino unido. ¿Por qué uno diría que eso no fue independencia? Hasta cierto punto, porque la competencia que tiene el parlamento escocés depende del parlamento de reino unido, si este último eliminara el escocés, todo volvería a como era antes. Es decir, la competencia autónoma que tiene Escocia hoy, es una que depende de la decisión británica y, por consiguiente, esa competencia es una distribución interna de competencia, y no la emergencia de un nuevo sistema jurídico o uno independiente.⁴⁰

La teoría que se construye desde abajo, tiene una característica para explicar este tipo de procesos. Es perfectamente posible que un proceso de este tipo pase por un periodo donde la cuestión es incierta, es decir, aún se haga referencia a las leyes de la metrópoli para validar las leyes coloniales, pero en un sentido en el cual esa referencia ha devenido puramente formal, porque ya a ella ya no corresponde ningún poder político real. Una razón para decir que es el mismo sistema jurídico aunque la regla de reconocimiento cambió parte de su contenido, consiste en decir que “los funcionarios, siguieron siendo los mismos y, salvo probablemente en la estructura más explícitamente política, en el resto del sistema jurídico hubo continuidad”⁴¹. Si uno se preguntara ¿Por qué una norma jurídica del 12 de septiembre es parte válida del derecho chileno? La respuesta aun haría referencia al derecho chileno previo al 11 de septiembre. El derecho vale en la medida en que nosotros queremos que siga valiendo. Una característica del derecho es que lo que está pasando en la superficie jurídica no tiene por qué corresponder a lo que está pasando políticamente por debajo, en la superficie jurídica se puede ver un proceso relativamente normal, si uno acepta la mutación de la regla de reconocimiento.

⁴⁰ ¿Qué pasaría si el día de mañana el parlamento británico dictara la “ley de validez de las leyes soviéticas” (que establece que las leyes dictadas por el poder legislativo en la unión soviética, serán leyes validas en la unión soviética)? ¿Quiere decir entonces que ahora el derecho soviético es parte del derecho británico? Evidentemente no, pues la ley británica pretendería validar las leyes soviéticas, pero que haya una relación de pretensión de validación de una ley y otra. Entonces si los funcionarios soviéticos, entienden que valen por ser validadas por el parlamento británico, entonces la unión soviética es un protectorado británico, pero ese no es el caso, porque ante la pregunta ¿Por qué valen las leyes soviéticas? No se llega a esa respuesta. Lo mismo pasa con la independencia, donde la cuestión decisiva es “cuál es la práctica de los funcionarios de la colonia”. Si los funcionarios de la colonia entienden que las leyes de la colonia valen porque han sido validadas por las leyes metropolitanas, entonces no son dos sistemas jurídicos. Si los funcionarios de la colonia entienden que las leyes de la colonia valen sin hacer referencia a las leyes de la metrópoli entonces es un sistema jurídico independiente.

⁴¹ Esto queda ejemplificado con que los contratos celebrados antes del 11 de septiembre siguieron siendo válidos después, el derecho previo al 11 de septiembre siguió siendo aplicado excepto a las facultades legislativas, del presidente, etc.

Una teoría de la regla de reconocimiento está bien posicionada, cuando lo que se ve es que la relación entre la forma jurídica y la sustancia política no es directa e inmediata. En la superficie jurídica no ve nada excepcional, pero en el fondo político uno ve un momento decisivo, pero que no deja registros en la forma jurídica. Frente a esto, la primera posición que uno debe evitar, es la de afirmar que si la forma jurídica no registra nada rupturista, entonces no ha pasado nada. La segunda consiste en llegar a la conclusión de que, en oposición a la postura anterior, “lo que importa es lo que está políticamente ocurriendo y no la forma jurídica”.

La forma contiene sustancia, la caracterización formal implica ciertas cosas que se pueden hacer y ciertas cosas que no se pueden hacer. La forma esta para hacer ese resultado políticamente imposible, posible, por eso el punto de Kelsen no es puramente formal.

El hecho de que la forma no sea totalmente irrelevante no debe llevarlo a uno a decir que todo lo que es importante ocurre en la superficie jurídica o en la profundidad de la política, uno debe mantener una posición intermedia, y esa posición intermedia pasa por entender esta dimensión sustantiva de la forma, el contenido de la forma.

Clase 30 (11/06) ([arriba](#))

2.b. Sentido subjetivo/sentido objetivo

3.b La Regla de Reconocimiento y la Norma Fundante Hipotética

Abismo insalvable – Relación de fundamentación – Sentido objetivo/ subjetivo – Cadena de validez

Para hablar de Kelsen, primero debemos notar algunos puntos iniciales:

(i) Kelsen parte de la observación de que hay una diferencia categorial (un **abismo insalvable**) entre el “mundo del ser” y el “mundo del deber ser”, es decir, entre hechos y normas, entre facticidad y normatividad. Que haya un abismo insalvable, implica que una norma no se puede fundar en hechos (ese es el transito prohibido) y el hecho de que algo sea conforme a una norma, no se sigue que sea el caso. Por lo tanto, que una norma exista en tanto norma, no puede fundarse solo en hechos, sino que lo que debe ser, según Kelsen una “norma válida”.

Hart decía que la validez de una norma se debía al hecho de ser creada conforme a la regla de reconocimiento y, también decía, que de esta regla de reconocimiento no se podía decir que era válida, porque su estatus normativo no se lo debía al hecho de ser creada conforme a la regla de reconocimiento, por lo que la regla de reconocimiento “es”, en cuanto práctica social. ¿Cómo se salva Hart de esta observación de que no se puede fundar la normatividad en la facticidad? Hart diría que las reglas sociales, no son puramente descriptivas y tienen esta noción de normatividad que viene dado por el aspecto interno.

Kelsen no recurre a la idea de reconocimiento, pero no es completamente separado, porque para Kelsen, que una norma sea válida, significa que existe en tanto norma, o sea en el mundo del deber ser tiene estatus normativo. Dada esta definición de validez, esta última es el modo específico de existencia de las normas (decir que existe es lo mismo que decir que es válida). En relación con la teoría simple, para Bentham y Austin el derecho está en el mundo del ser, mientras que en Kelsen en el mundo del deber ser.

(ii) Como hay un abismo insalvable entre el ser y el deber ser y como las normas están en el deber ser, de esto se sigue que una norma jurídica existe en tanto norma, solamente en la medida en que su validez se funde en otra norma, no se puede fundar en hechos, porque eso sería saltar este abismo insalvable. La manera en que una norma se funda en otra, es mediante una **relación de fundamentación o validación** (la norma A valida la norma B) y la manera en que la norma A fundamenta la validez de la norma B, es que la norma A establece un procedimiento y un órgano autorizado para dictar la norma B (la CPR establece un órgano legislativo que diga un procedimiento para la dictación de las normas legales, o sea estas últimas fundamentan su validez en la constitución y las leyes el fundamento de validez de las sentencias judiciales). La creación de una norma es el ejercicio de potestades conferidas por una norma, de modo tal que la norma creada en virtud de ese acto de creación fundamenta su validez, en su norma que autoriza la creación de la norma. Entonces Kelsen también dice, una norma es el sentido que tiene un acto de creación de normas, que es autorizado por una norma superior. Aquí es importante, introducir la distinción de lo que Kelsen llama:

(iii) el **sentido objetivo y subjetivo de un acto**. El sentido subjetivo de un acto es el sentido que quien lo realiza le da, mientras que el objetivo es el sentido que ese acto tiene de acuerdo a normas genéricamente hablando (en este caso, normas jurídicas).

Una norma es el sentido que tiene un acto de creación de normas de acuerdo a normas ya existente, entonces ahora diríamos “una norma es el sentido objetivo de un acto de creación de normas”. Puede haber actos cuyo sentido subjetivo sea la creación de normas, pero no tenga el sentido objetivo de creación de tales.

(iv) Por último, tenemos la **distinción entre sistemas normativos “dinámicos” y sistemas “estáticos”**. Los sistemas estáticos, son sistemas cuya primera norma incluye a todas las demás. Entonces dada la primera norma, la manera en que otra norma se muestra como parte de ese sistema, es por especificación de su contenido. Si nos encontramos con la norma 1545 del código civil, y la pregunta es ¿es parte la norma contenida en el artículo 1545 del código civil del sistema jurídico definido por la primera norma ulpianiana? ¿Cómo uno muestra que es parte, mostrando que la exigencia de cumplir los contratos válidamente celebrados es una concreción de

la idea genérica ulpianiana? La norma particular (1545) está comprendida en la primera norma de Ulpiano, la cual está debidamente especificada.

En un sistema estático tenemos que el contenido se puede ir desplegándose a medida que las distintas aplicaciones de la primera máxima van siendo especificadas, o sea en ese sentido puede cambiar, pero no cambia el contenido del sistema, sino que su especificación, por ello es estático, las demás normas del sistema son válidas, en tanto que la primera norma fundamenta la validez de las otras normas, y eso lo hace por la vía de que las normas fundamentadas lo son porque son especificaciones del contenido de la norma primera. Un sistema es dinámico, en cambio, cuando la primera norma autoriza la creación de otras normas, porque cuando esto ocurre, en vez de ser la primera norma “*el derecho es vivir honestamente no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo*” la primera norma dice “es derecho todo lo que sea aprobado por REX 1”, en ese caso la manera de fundamentar la validez de una norma, en este segundo caso no es mirando a su contenido, no nos preguntamos si el contenido de la norma de REX 1 está ya comprendido en el contenido más genérico de la norma primera, sino que nos preguntamos si la norma creada por REX 1, es creada por un ejercicio válido de sus potestades, si tiene el sentido objetivo para ser tal. Entonces un sistema dinámico es uno en el cual, la primera norma valida la creación de otras norma. La idea moderna de derecho, se construye a partir de la idea de que el derecho como un sistema dinámico, a diferencia de la pre-moderna, donde el derecho es comprendido como un sistema estático (se especifica, pero no cambia; “reglas como resúmenes”).

Un carabinero le dice a un peatón: “deténgase”, ¿qué distingue esa orden del carabinero, de la orden de un asaltante “la bolsa o la vida”?, lo que lo distingue está en el sentido objetivo (en una es un delito, y en otro es crear una obligación para el individuo para el que la orden se dirige)⁴². La orden del carabinero es una “orden válida”, existe como norma, porque fundamenta su validez en la ley del tránsito que autoriza al carabinero para darla. La pregunta para la validez de una norma, no mira a lo sensato, a la justicia, etc., sino que solo al procedimiento formal.

Así se va construyendo una cadena de validez, una relación entre un conjunto de normas que tiene una dirección, que va de arriba hacia abajo, una norma valida una creación y así la siguiente. La **cadena de validez** ya nos permite hablar de relaciones jerárquicas; hay normas que son jerárquicamente superiores a otra. La idea kelseniana de jerarquía del sistema jurídico se construye sobre esta dimensión de la cadena de validez. Esta idea nos da un criterio de **identidad** (¿Cuál es el criterio que nos permite decir de una norma que es parte del sistema jurídico chileno?) y de **unidad** (¿Qué nos permite decir que el sistema jurídico chileno es un sistema?).

⁴² En alguna descripción el sentido subjetivo puede ser el mismo (el que actual quiere lograr algo del otro).

Clase 31 (13/06) (arriba)

3.b La Regla de Reconocimiento y la Norma Fundante Hipotética

Norma Fundante Hipotética

Hart cree que no es necesario tener una regla anterior a la regla de reconocimiento. Esta regla sería positiva, lo que quiere decir que es una regla que existe y que puede dejar de existir. El problema está en determinar por qué esa regla vale, a lo que Hart respondería que, justamente, no vale, porque la validez es el estatus de una regla cuando ella debe su existencia normativa a haber sido dictada conforme a reglas anteriores (y la regla de reconocimiento es un hecho). Pero esto no soluciona el problema, porque entonces la pregunta es cómo las reglas reconocidas pueden obtener su validez de la regla de reconocimiento, si ésta es un hecho. A la pregunta por cómo un hecho puede tener consecuencias normativas, lo que Hart diría es que la práctica social es una práctica constitutiva de su propia normatividad (hay normatividad en la práctica aunque no la haya fuera de ella).

En este punto es útil discutir la manera en que Kelsen enfrenta el problema. Para entender la respuesta de Kelsen hay que volver al problema de la cadena de validez de normas (problema al que nos hemos referido como the sound of inevitability). El formato de la respuesta de por qué la regla X es válida es siempre el mismo: porque la regla ha sido dictada conforme a un procedimiento autorizado por esta otra norma. Pero en este camino uno siempre va a llegar a una primera regla. Entonces la pregunta es: si la validez de una norma siempre consiste en que ha sido dictada conforme a una norma anterior ¿cómo se explica la validez de la primera norma? Hart diría que por eso mismo la primera norma no es válida, sino que existe. Pero Kelsen diría que si la primera no es válida, entonces ninguna posterior puede serlo. La respuesta que Kelsen entrega es que esa norma vale porque ha sido autorizada por una norma hipotética anterior (por la Norma Fundante Hipotética), norma no positiva sino supuesta cuya única función es autorizar la validez de la primera norma.

La tesis de la Norma Fundante Hipotética tiene que ser leída al revés. Leída al derecho parece hablar sobre la Norma Fundante Hipotética y sus funciones. Leyéndola así, pareciera que Kelsen soluciona el problema mediante un invento. Pero leída al revés, en realidad es una afirmación sobre la primera norma, no sobre la Norma Fundante Hipotética. La pregunta para Kelsen es cómo se puede afirmar que la primera norma es una norma. Y el punto de partida es que vivimos en un contexto normativo (hay derecho). Entonces lo que Kelsen está tratando de hacer es ver cómo podemos dar cuenta de cuáles son las condiciones bajo las cuales podemos explicar el hecho de que vivamos en un contexto normativo. En ese contexto es que uno se pregunta de dónde viene esta normatividad, y empieza entonces a escalar en esta cadena de normas que se

autorizan, hasta llegar a la primera norma que no tiene una norma anterior que la autorice. Si llegamos a la primera norma y constatamos que antes de ella no hay una norma que la autorice, entonces la primera norma no es una norma. Y si la primera norma no es una norma, entonces no es capaz de autorizar a la segunda norma. Y de ahí para abajo no hay normatividad. Eso choca con el hecho de que vivimos en un mundo normativo. Si funcionamos como si el derecho fuera normativo nuestra práctica jurídica descansa en la idea de que no es verdad que la primera norma no sea una norma. De lo contrario nuestra práctica no es normativa, sino pura facticidad. Así, lo que sea que sea necesario para entender la primera norma como una norma, es lo que creemos cada vez que hablamos normativamente. Ahora, ¿qué es necesario para que la primera norma sea una norma?

Ya hemos visto la forma genérica de esta respuesta: que su creación haya sido autorizada por otra norma. Por consiguiente, todo el que entiende la práctica jurídica como una práctica normativa, entiende que la primera norma es una norma, y todo el que entiende que la primera norma es una norma entiende que ella ha sido autorizada por otra norma. Esta “otra norma” es la Norma Fundante Hipotética. No es Kelsen el que la inventa, es la práctica la que la supone. Kelsen sólo pretende haber hecho explícito un supuesto de la práctica misma.

Clase 32 (16/06) ([arriba](#))

3.b La Regla de Reconocimiento y la Norma Fundante Hipotética

Pirámide invertida – Cadena de legitimación

Como veíamos en la clase anterior, Kelsen explicita lo que está en el supuesto tácito en el derecho para otorgar validez al mismo. Le pone un nombre para que podamos hablar de ella, pero no inventa nada, sólo permite **darle sentido a la cadena de validez**.

La idea de cadena de validez supone un orden en el derecho. La norma fundante no es una norma positiva, todas las cadenas de validez de normas positivas convergen en la norma fundante.

Las normas en Chile se presumen conocidas por haber sido dictadas de conformidad con los procedimientos establecidos que son reconducibles a través de sus cadenas de validez a la Norma Fundante Hipotética. Por el contrario, las normas del derecho alemán no son tratadas como derecho en Chile, sino como hechos, pues no pueden ser reconocidas como parte integrante de nuestro derecho al no estar legitimadas por una cadena de validez, hechos que serán admisibles en la medida que se compruebe su correcta realización y siempre y cuando sea algo permitido en nuestro derecho, en caso contrario no se acepta como válido un acto realizado conforme a ese derecho.

La idea de la cadena de validez incluye a su vez la de jerarquía de normas. La regla inferior se encuentra validada por la norma superior, pero la superior no está validada por la inferior. Kelsen lo grafica como una **pirámide invertida**, donde en la parte superior y por fuera de esta pirámide se encuentra la Norma Fundante Hipotética. La que se encuentra en la parte superior dentro de la pirámide es la constitución, luego viene la ley, luego reglamentos y decretos, sentencia judicial y finalmente los actos de ejecución.⁴³

La Norma Fundante Hipotética es una norma supuesta, porque decir que una norma de derecho chileno es válida, es lo mismo que decir que la primera norma es válida. Ello en virtud de sus cadenas de validez. Si se entiende que la primera norma es válida, podemos justificar la validez del resto del ordenamiento. La Norma Fundante Hipotética no tiene un contenido determinado, pues no es una norma positiva; el contenido que tenga sólo debe suponer que permite dar validez a la primera norma positiva y así validar las normas subsecuentes en la cadena. Entonces, quien afirma que una norma de derecho chileno es válida está asumiendo la validez de la cadena y con ello suponiendo la validez de la primera norma, cuya validez sólo puede ser justificada si entendemos que la validez de esta primera norma está dada por una norma que no es positiva que le da validez. Esto lo observamos en el caso de Chile. Si entendemos que el bando N° 5 es la primera norma del ordenamiento jurídico chileno, quien lo afirma está asumiendo que el bando N° 5 tiene su validez fundada en la Norma Fundante Hipotética. La justificación en el derecho respecto de la validez no puede estar dada por hechos (bombardeo a la moneda), sino por la validez de una norma anterior, esta es la Norma Fundante Hipotética.

La estructura de las cadenas de validez puede organizarse gráficamente como un árbol genealógico que se va ramificando, donde la jerarquía de una norma va a estar determinada por su cercanía o lejanía con la primera norma. La forma de producción de una norma inferior, está dada por una norma superior. La norma fundante crea condiciones para el reconocimiento de la norma fundada, es decir, la norma superior establece las condiciones para la creación de una norma inferior, dotando así de validez a aquellas normas que han sido creadas de conformidad a lo que la norma superior establece.

Siguiendo con el caso de Chile, la primera norma es pura forma: el bando N° 5 autoriza a la Junta de gobierno a ejercer los poderes, no pone condiciones sustantivas,

⁴³ El hecho de que exista una jerarquía intuitivamente nos genera la idea de que la jerarquía está dada por la importancia de la norma superior frente a la inferior, pero en la práctica tenemos que no necesariamente se da de ese modo pues hay normas sustantivamente más importantes como la que determina las potestades contractuales, que se encuentran en un rango inferior a otras que parecen ser no tan relevantes en el ordenamiento, como la norma de titulación de los abogados, pero que sin embargo, la norma que pareciera ser menos relevante, se encuentra contenida en la Constitución, mientras que la otra norma no. Entonces, tenemos que esta jerarquía no se da necesariamente por su relevancia, sino sólo por el lugar que ocupa la norma dentro de su cadena de validez.

no hay ningún contenido que sea permisible o impermisible. En la medida que se van dictando normas intermedias, el contenido se va especificando. Así la constitución del 80 tiene un contenido más preciso que el bando N° 5. La potestad del juez está sujeta en cuanto a forma y contenido por lo que determina el legislador, es decir, que el juez deberá ejercer sus potestades en base a un procedimiento previamente determinado en la ley y sus sentencias ser dictadas conforme a los requisitos que la ley establece para ello. La determinación del contenido de la sentencia judicial se encuentra mucho más determinada que el contenido de la ley. A medida que nos alejamos de la norma inicial, la determinación del contenido se hace cada vez más intensa.

El modelo de Kelsen, al ser dinámico es intransitivo, pues la norma (a) valida la norma (b) y esta a su vez valida la norma (c), pero la norma (a) no puede explicar la validez de la norma (c). Son intransitivas porque son normas formales y no sustantivas, si fueran sustantivas, serían transitivas.

Clase 33 (18/06) ([arriba](#))

3.b La Regla de Reconocimiento y la Norma Fundante Hipotética

Validez - Invalidación

Ante la pregunta de qué fundamenta la validez de una norma solo podemos hallar como respuesta una cosa: Otra norma.

Sabemos que un decreto es una norma, porque obliga, pero también sabemos que puede ser dictado contra la constitución. Entonces la constitución no podría ser la norma que la valida, pues no fue hecha conforme a ella, sino contrariamente a lo que dicta.

¿La validez de esta norma de adonde vendría, si es inconstitucional, y la validez de una norma solo puede venir de una norma anterior? Necesitamos, entonces, otra norma.

Recordemos el caso del no gol. Pueden haber dos jugadas que no satisfagan los requisitos suficientes para ser gol, pero que sean tomadas distintas: Un tiro afuera del arco y un gol hecho con la mano (no gol).

Hay un criterio de reconocimiento y uno de validez del gol. El criterio de reconocimiento es mucho más ostensible, y dice que hay gol cuando la pelota entra al arco. El problema surge cuando no satisface el segundo criterio, como en el gol de Maradona. Lo mismo pasa en el derecho: Cuando se satisface el criterio de reconocimiento el orden jurídico se reconoce la validez de esa norma, sin perjuicio de que da la posibilidad a algunos órganos de alegar que no se satisfizo el segundo criterio, y entonces al orden jurídico le corresponde ahora decidir cuando se le negará reconocimiento a aquello que se le había dado.

En el gol de Maradona, ¿qué fundamenta su validez? Kelsen dice que si las reglas del futbol dicen que cualquier cosa que satisfaga el criterio de reconocimiento de gol vale como gol mientras no lo invalide el árbitro, entonces esa regla está diciendo implícitamente que cuando haya una jugada que satisface el criterio de reconocimiento y no es declarada inválida, ese gol es válido. Eso está implícito en la facultad del árbitro de declarar inválida una jugada. Y esta sería la cláusula alternativa tácita.

En el futbol hay dos maneras entonces de hacer goles, una de acuerdo a la regla de validez y reconocimiento, y otra solo de acuerdo a la que acabo de mencionar como clausula alternativa tacita.

Respecto al llamado de plebiscito la CPR dice si el presidente convoca y cuenta con el respaldo de ambas cámaras nadie puede convocar la nulidad de ambas cámaras, y en ese caso entonces, el criterio de reconocimiento se identifica con el de validez. ¿Qué pasa con el art.15? Éste artículo y el art. 93 n°3 se refieren también al plebiscito. Una es expresa y otra es implícita, siendo la segunda la cláusula alternativa tacita.

Si el legislador dicta una ley inconstitucional, y no hay un Tribunal Constitucional (lo que pasaba hasta el 2005) ¿esa ley obliga? Como satisface el criterio de reconocimiento obliga hasta que sea declarada nula, pero nadie puede declararla nula, es decir, es válida. Sin embargo, es un poco absurdo creer que hasta el 2005 la constitución disponía que las leyes inconstitucionales fueran válidas tácitamente.

Aquí resulta imposible no pensar en Hart, quien nos hablaba de reglas primarias y secundarias, volviendo las segundas autorreferente al derecho. Entonces la pregunta por la constitucionalidad de la ley es una pregunta que no apunta a una regla de reconocimiento, sino a su forma.

Todo esto es interesante porque muestra algo: la convocatoria a plebiscito puede ser evidentemente ilícita, pero esa inconstitucionalidad es ilícita porque va contra el contenido, no contra la forma, y el derecho lo que ve finalmente es eso, la forma.

Las reglas que hablan de competencia entonces son de la primera importancia porque definen las potestades, y las que las fiscalizan, re definen las potestades. Las que dicen que alguien puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una convocatoria a plebiscito re definen los casos en los cuales es lícita la convocatoria a plebiscito.

¿Qué pasa si el TC dicta una sentencia contraria a la constitución? Nada. Esa sentencia será válida, porque no hay órgano que pueda declarar inválida.

El derecho en Hart cambia porque el derecho se hace cerrado sobre sí mismo, ya no trata sobre conductas, sino sobre derecho. Lo que cuenta es solo lo producido a través de las normas jurídicas.

El sentido de esto es que las condiciones de impugnación de las normas son cruciales. La forma tiene contenido: que haya una forma capaz de impugnar un plebiscito, que el derecho regule las formas, tiene contenido en sí mismo.

Cuando se establecen condiciones para declarar algo inconstitucional o ilícito, lo que hace es dar la importancia a los órganos que pueden impugnarlo. El contenido es la forma, finalmente, y esto es esencial.

Clase 34 (20/06) ([arriba](#)) (María Ignacia Besomi)

TERCERA PARTE: TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO

Capítulo 5: Modos de creación de normas en el derecho chileno

Fuentes del Derecho – Razonamiento práctico general/jurídico - Normas del Estado, de particulares y de la comunidad

Fuentes del Derecho:

- Constitución Política de la República
- Ley
- Reglamento
- Costumbre
- Sentencia
- Doctrina
- Situación económica

¿Qué tienen en común los elementos anteriores? ¿Porque estas normas son válidas?
¿Por qué obligan?

Esta pregunta es fundamental para el razonamiento jurídico, para la práctica de los jueces. Pero primero, partamos por observar el razonamiento práctico general. Tenemos el enunciado de “Ama a tu prójimo como a ti mismo”. Luego, en la calle un mendigo nos pide limosna. Bajo este tipo de razonamiento, deberíamos llegar a la conclusión de: Ayudar

Si nos detenemos en esta forma de razonamiento, deberíamos estructurarlo así:

- Premisa mayor (Ama a tu prójimo como a ti mismo)
- Premisa menor (Mendigo pide limosna)
- Conclusión (Ayudar)

Esta estructura es idéntica en el razonamiento jurídico. El elemento diferenciador entre un razonamiento práctico general y uno jurídico, radica en la premisa mayor o premisa normativa, donde en el razonamiento jurídico, consistiría en una norma jurídica. Pero esto nos lleva a la pregunta respecto de cual norma debe

utilizar el juez para resolver y la respuesta nos remite a “las Fuentes del Derecho.”⁴⁴ La idea de fuentes del derecho está lejos de ser pacífica, dado que la palabra “fuente” es ambigua, teniendo muchos significados, sean materiales o formales. Las fuentes del derecho, las entenderemos como los criterios procedimentales de validez de una norma jurídica, que fija los modos de creación de otras reglas, en el contexto de la justificación externa del razonamiento jurídico, es decir, de la premisa mayor.

Dentro de las diversas explicaciones de la teoría de las fuentes del derecho, encontramos:

- **Explicación Chilena:** Esta explicación nos lleva a distinguir entre fuentes materiales y fuentes formales, donde las fuentes formales serían las 4 primeras del listado del inicio y las materiales son las 3 últimas. Las formales son cauces del derecho, es decir, el modo de expresión que tiene el Derecho. Las fuentes materiales del derecho, en cambio, son motivos, razones, etc., que explican el contenido del derecho, es decir, son causas. Sin embargo, esta explicación no satisface la pregunta de saber porque la ley tiene prioridad por sobre la doctrina.

- La otra forma en que se intenta salvar la teoría de las fuentes del derecho, es lo que intenta explicar **Ross**. El dice que hay 3 tipos de fuentes: (i) carentes de objetivación, (ii) con objetivación completa, o (iii) con objetivación parcial.

(i) Cuando Ross habla de fuentes carentes de objetivación, lo que afirma es que no hay vínculos intersubjetivos que permitan remitirnos a algo que todos entendemos. Un ejemplo de esto es la equidad natural. El problema de una fuente carente de objetivación, consiste en que carece de procedimientos para determinarla.

(ii) Ross dice que la ley es una fuente con objetivación (completa). Para saber si la ley es aplicable, primero hay que ver si se cumple con los procedimientos que justifican la creación de normas. Luego ver si ese procedimiento está legitimado por medio de leyes constitucionales sobre creación de ley (que son las reglas secundarias de cambio en Hart), siendo estos los criterios que el juez utilizará para el fallo. Ahora debemos preguntarnos si esas leyes constitucionales están legitimadas, llevándonos a la Constitución. Si así seguimos vamos a llegar a un punto donde no hay más regla. Ahí entraría la Norma Fundante Hipotética de Kelsen, la regla de reconocimiento en Hart, la fuerza en sociología.

En algún sentido, la pregunta es evidentemente una que no corresponde hacerse en un razonamiento jurídico. La pregunta jurídica deviene en una pregunta filosófica, lo que para estos efectos no nos interesa. Lo que nosotros necesitamos es saber si la norma que aplica el juez es una norma de derecho vigente, y para saber eso, necesitamos saber si esa norma se ajusta a los procedimientos establecidos en una

⁴⁴ Sin embargo, el problema de las fuentes del derecho es que no nos permite justificar la aplicación de una norma como premisa normativa, sino que muchas veces hasta complica la justificación.

norma superior, así como si esa norma se encuentra justificada. Esos criterios procedimentales de validez son lo que le entregan el carácter de fuente del derecho.

Sin embargo, el concepto de Fuentes del Derecho diluye la diferencia entre diversos estándares que sirven como premisa al razonamiento jurídico. Si la teoría del razonamiento jurídico tiene como base una especial relación con el derecho vigente, es indispensable distinguir las reglas creadas por los modos previstos en el mismo sistema, del resto de las premisas normativas (no siendo las del derecho vigente las únicas), las cuales requieren de una justificación distinta de la satisfacción de ciertos criterios procedimentales de validez, criterios no respondidos por las Fuentes del Derecho.

Modos de creación del Derecho

El modo podría ser entendido como uno solo, consistente en las normas secundarias o el conjunto de normas secundarias que permiten la creación de otras reglas. Bascañán habla de que tenemos 3 principales modos de creación:

- **Estado:** Nuestro derecho tiene reglas que permiten al Estado crear reglas. Esta es una potestad pública, que necesita estar fundamentada en la ley, que obligan a todos. Estas serían las reglas procedimentales para la creación de leyes y reglamentos.

- **Comunidad:** Nuestro derecho tiene reglas que permiten a la comunidad crear reglas.

- **Particulares:** Nuestro derecho tiene reglas que permiten a los particulares crear reglas. Estas son potestades privadas, donde ellas se obligan conscientemente, siendo fundamental el consentimiento; es decir, en atención a los criterios de validez, de procedimiento de la creación de los contratos.

Clase 35 (23/06) ([arriba](#))

Capítulo 5: Modos de creación de normas en el derecho chileno

Potestad constituyente originaria y la potestad constituyente constituida

La **potestad constituyente** consiste en la potestad para crear normas constitucionales. Como veíamos en las clases anteriores, toda potestad es conferida por una norma. Dicha norma: (i) identifica el órgano que tiene la potestad; (ii) establece los límites de competencia; y (iii) determina los límites del ejercicio de esta potestad.

Cuando se habla de la potestad constituyente es necesario hacer referencia a la distinción entre lo que tradicionalmente se denomina potestad constituyente originaria

y potestad constituyente derivada.⁴⁵ Esta distinción dice relación con que la potestad para crear una constitución de la nada debe ser distinta de la para modificar la ya vigente.⁴⁶ Entre estas dos potestades, la diferencia radica en el órgano, la competencia y el ejercicio de esta potestad.

Como hemos dicho anteriormente, **poder constituyente originaria** tienen que ver con la Norma Fundante Hipotética. Lo que quiere decir esto es que la creación de una constitución no requiere de una norma que le de validez, normatividad. Esta idea nos puede llevar al equívoco de pensar que la potestad constituyente es pura facticidad, puros hechos. Es por esto necesario entender esta idea de Norma Fundante Hipotética *al revés*, y no al derecho. Esto quiere decir que la Norma Fundante Hipotética se entiende desde la creación de la primera norma (en este caso la Constitución) y no que la creación de la primera norma (Constitución) se entiende desde la Norma Fundante Hipotética. Solo podemos entender la Norma Fundante Hipotética retrospectivamente, *ex post* (*i.e.* después de la creación de la primera norma), nunca *ex ante* (*i.e.* antes de crearla, autorizando su creación). Es por esto que para saber si hay ejercicio de la potestad constituyente, necesitamos encontrarnos en un momento posterior al acto constituyente, para saber si ese acto logró constituir.

Al igual que en la Norma Fundante Hipotética, es necesario entender que el leguaje (sobre el poder constituyente) es utilizado al revés, en un sentido negativo. Cuando hablamos de la primera constitución del pueblo, lo que estamos haciendo es hablar del derecho. Lo que decimos es que no es una decisión de la naturaleza.⁴⁷

Para poder entender la idea de poder constituyente, es útil notar como fue el proceso constituyente chileno. Podemos entenderlo superficialmente, por medio de lo establecido en los artículos de los decretos y los artículos transitorios, donde se establece una diferencia entre el 10 de marzo de 1980 y el 11 de marzo del mismo año, donde en el primero no existía una constitución, pero en el segundo sí. Sin embargo, esto pretendía esconder que estábamos viviendo bajo una dictadura. Para esconder la tiranía de hecho, se pretendió constituir, por medio de la constitución, limitaciones al poder, para poder afirmarse que se estaba ejerciendo el poder conforme a derecho.⁴⁸

⁴⁵ Esta distinción no es del todo feliz porque nos lleva a pensar de que estamos hablando de dos cosas que son del mismo género, cuando en realidad no es así. Por lo que otra manera diferenciarlas es entre potestad constituyente y potestad constituida.

⁴⁶ Esta segunda sería una manera de potestad legislativa, que se ejerce por medio de la modificación de normas llamadas “leyes constitucionales”, contenidas en el último capítulo de la constitución.

⁴⁷ Esta es la misma comprensión que aparecía antes, en el contrato social, donde cuando uno decía que uno era dueño de su cuerpo, no debía ser entendido en sentido positivo, sino que en su sentido político, que es una idea acerca de quien no es el dueño de mi cuerpo.

⁴⁸ De ahí la idea de nombrar a Pinochet como “Presidente de la república”.

Pero si uno ve los artículos transitorios, uno puede observar que Pinochet en realidad tenía un poder ilimitado.

Lo que ocurre posteriormente, con el plebiscito, pareciera ser que significa que Pinochet se vio obligado a dejar el poder. Él se juntó el 6 de octubre de 1988 en la madrugada con la junta de gobierno, esperando que se sincerara que todo fue un montaje y que se decretaran facultades especiales para “pacificar” Santiago. Sin embargo, eso no ocurrió, porque la junta no quiso. Este hecho, del 6 de octubre de 1988 es el que le da significado a lo ocurrido en marzo de 1980. El hecho de que se constituyó, y que se impidió ignorar una derrota, es decir, el reconocer las normas que regulaban la situación del plebiscito como válidas, es lo que nos permiten afirmar que lo que ocurrió en 1980 fue el ejercicio del poder constituyente.

El poder originario debe ser entendido, por lo tanto, como creador de normas desde el minuto en que entendemos que las normas creadas son válidas. Es un poder normativo al revés y no al derecho. Es por esto que la pregunta sobre cuáles son las competencias, los límites de su ejercicio, quien lo autoriza, no vale, ya que el poder constituyente no es un poder normativo como todos los demás, sino que lo que hace es decirnos que las normas fueron constituidas, ya que tienen normatividad

Respecto del **poder constituido**, podemos decir que es el poder constituido para dictar normas constitucionales, en virtud de los art. 127 y 128 de la Constitución Política de la República (sobre reforma constitucional). El órgano competente, desde 2005, es el congreso, actuando en cámaras.⁴⁹ Respecto al procedimiento, es uno similar al de las leyes, que tiene la cualidad de tener un quórum de aprobación más alto de 3/5 o 2/3 según la materia.⁵⁰

La competencia, en principio, no tendría límites, ya que se puede dictar cualquier cosa con cualquier contenido, solo contando con los quórums exigidos. Sin embargo, estos términos formales no nos sirven de mucho, son insuficientes. Lo que subyace a esto es la idea de que la constitución es una ley particularmente difícil de modificar. Esto nos llevaría a igualar la norma que establece que los fiscales deben ser abogados, con la idea de que Chile es una república democrática. A partir de esto podríamos decir que “los fiscales deben ser abogados, salvo que 3/5 de los senadores y diputados considere lo contrario” como también que “Chile es una república democrática, salvo que 2/3 de los diputados y senadores establezcan lo contrario”.

No hay duda que en términos estrictamente formales, estas afirmaciones son correctas. Pero, ¿sí, por medio de una reforma constitucional, cambiamos la regla del

⁴⁹ Antes el órgano competente era el “Congreso pleno”.

⁵⁰ Ver Procedimiento y quórums de leyes en Clase 36

art. 88⁵¹ sobre los fiscales, debiese ser equiparable a que si, por medio de una reforma constitucional, cambiamos el art. 4⁵², pasando de una república democrática a una monarquía?

Debiésemos poder afirmar que hay una diferencia significativa entre la reforma al art. 88 y la reforma al art. 4. No podemos quedarnos solo con la forma, por lo que debemos realizar la distinción entre Leyes Constitucionales y Constitución. La reforma (y por ende el ejercicio del poder constituyente derivado o poder constituido) solo puede recaer sobre las leyes constitucionales, y no en la Constitución, ya que si así fuese, estaríamos hablando de una nueva Constitución (*i.e.* ejercicio de poder constituido).

Lo que hay en realidad detrás de los quórum de 2/3, es una promesa de que no va a cambiar el contenido esencial de la frase,⁵³ donde el proceso agravado de cambio se vuelve irrelevante.⁵⁴

Es a partir de la distinción entre Leyes Constitucionales y Constitución que podemos decir que lo que ocurrió el 2005 no fue el origen de una nueva constitución (ejercicio de poder constituyente originario) sino que una reforma a la de constitución de 1980 (ejercicio de poder constituyente derivado).

Clase 36 (25/06) ([arriba](#))

Capítulo 5: Modos de creación de normas en el derecho chileno

Potestad Legislativa

La definición legal de 'ley' que nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 1° del Código Civil es una de tipo abierta o incompleta, pues remite a reglas constitucionales la identificación de aquello que cuenta como declaración de voluntad soberana. Ha de notarse, en esta definición, que la ley es *una* declaración de voluntad soberana (pueden existir otras declaraciones del mismo tipo), que en tanto *declaración* excluye la posibilidad de leyes tácitas o implícitas, y que exige un ejercicio de la potestad

⁵¹ Art. 88 Existirán fiscales adjuntos que serán designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna del fiscal regional respectivo, la que deberá formarse previo concurso público, en conformidad a la ley orgánica constitucional. Deberán tener el título de abogado y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

⁵² Art. 4 Chile es una república democrática.

⁵³ Podrán cambiar las palabras, como de hombres a personas, pero no su contenido esencial.

⁵⁴ Cabe preguntarse si nuestro sistema de quórum es realmente útil, porque hay que notar que si 2/3 de los parlamentarios ya no creen que Chile ha de ser una República democrática constitucional, el menor de los problemas será el quórum por cumplir. Nos encontramos entonces con que los quórum contra-mayoritarios son opresivos (pues habilitan la posibilidad de que minorías impidan reformas) y cuando podrían funcionar ya son inútiles. En ese sentido, las cláusulas pétreas (que prohíben de plano cualquier modificación) son más sinceras: la reforma de una de estas cláusulas significa la creación de una nueva Constitución, no una reforma.

legislativa que mire a los órganos competentes, al procedimiento específico y al ámbito material de competencia correspondiente.

Bascuñán realiza la distinción entre cuatro tipos distintos de leyes (en tanto disposiciones jurídicas):

1. *Leyes interpretativas de la Constitución*: tienen como objeto declarar una determinada interpretación de ciertos preceptos constitucionales como obligatoria. Lo extraño de estas leyes es que refieren a disposiciones de rango jerárquico superior, y buscan interpretar otras normas (en vez de regular comportamientos). Por su especial carácter, se encuentran sujetas a dos reglas: (i) un quórum de aprobación especial de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio; (ii) un trámite previo de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

2. *Leyes orgánicas constitucionales*: leyes que, al regular ciertas materias, se entiende que complementan una regulación constitucional. Nuevamente, estas leyes se encuentran sujetas a dos requisitos: (i) un quórum de aprobación especial de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio; (ii) un trámite previo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Los mandatos de regulación que la Constitución establece para ciertas materias mediante leyes orgánicas son diversos, y sin embargo no delimitan con precisión el ámbito de competencia material de cada regulación (sólo entregan fórmulas genéricas). De este modo, el TC ha sostenido que es materia de ley orgánica no sólo el “contenido imprescindible” de la materia indicada en la Constitución, sino que además los “elementos complementarios indispensables” de la misma, sin llegar a un exceso que prive al sistema jurídico de una equilibrada y conveniente flexibilidad.

3. *Leyes de quórum calificado*: su aprobación por ambas cámaras requiere de la satisfacción de un quórum especial correspondiente a la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio.

4. *Leyes ordinarias*: su aprobación la mayoría de los miembros presentes en la sesión.

El ámbito de competencia de la potestad legislativa se encuentra determinado en el artículo 63 de la Constitución, que regula la llamada “reserva de ley”, esto es, un listado de materias cuya regulación queda entregada a los órganos que ejercen potestad legislativa. Las normas del artículo 63 además sirven como límite para el ejercicio de la potestad legislativa en tanto establecen un *dominio legal máximo* según el cual, fuera del ámbito de competencia señalado, la potestad legislativa no es válida. Con todo, esta delimitación constitucional es imprecisa y tiene como consecuencia la inoperancia de la distribución de competencias entre la potestad legislativa y la potestad reglamentaria autónoma del Presidente.

Bascuñán distingue seis etapas que constituyen el procedimiento de formación de la ley: *iniciativa*, etapa que va desde que el proyecto de ley es ingresado ante alguna

cámara (por *mensaje* o por *moción*) hasta que éste se admite a tramitación; etapa de *discusión*, en la cual es posible introducir enmiendas al texto original en la forma de indicaciones; etapa de *aprobación*; etapa de *sanción*, acto mediante el cual el Presidente expresa su conformidad con el proyecto de ley aprobado por el Congreso o establece un veto (parcial o total); etapa de *promulgación* y, finalmente, etapa de *publicación* de la ley promulgada (junto con su respectivo decreto supremo promulgatorio) en el Diario Oficial.

La potestad legislativa puede ser ejercida exclusivamente por el Presidente de la República mediante un acto normativo que conocemos como *decreto con fuerza de ley*. Éste supone una previa habilitación por delegación en la forma de “ley delegatoria”, que delimita específicamente la materia objeto de la delegación (que en todo caso siempre se somete al dominio máximo legal). Lo que debe destacarse aquí es que el decreto con fuerza de ley constituye una excepción al principio general de *indelegabilidad de las potestades públicas*.

Clase 37 (27/06) ([arriba](#))

Conclusión del curso

La primera parte de este curso consistió en observar como la idea de derecho se desarrolla a través de la historia. Vimos al derecho como parte del mundo físico, al derecho como razón y por último, al derecho moderno: un derecho entendido como una creación artificial. Estas etapas no debemos entenderlas como independientes entre sí, sino que como un desarrollo histórico. En el cual cada etapa es una superación y no una negación de la etapa anterior. Esta superación se observa en la revelación de ‘deficiencias’ de la etapa previa, que sin embargo ya estaban en cierto sentido en la comprensión del derecho anterior. El derecho moderno vendrá a radicaliza ese paso, entendiendo que el sentido del derecho existe porque existe el ser humano, el sentido no existe por si solo en el mundo.

Marx una vez dijo que la democracia es la verdad de la monarquía, pero que la monarquía no es la verdad de la democracia. Así, el derecho moderno es la verdad del derecho pre-moderno, pero el derecho pre-moderno no es la verdad del derecho moderno.

La segunda parte del curso consistió en referirse a que cuando hablamos de derecho moderno, en cierta medida también hablamos de derecho pre-moderno. También nos referimos a las reglas que existen sobre otras reglas, como aquellas que especifican poderes, o determinan procedimientos.

Por último, la tercera parte del curso consistió en una reflexión acerca del concepto de institución. Observando los modos de creación de normas, y las distintas potestades que conviven dentro del Estado. Esta idea central de que el derecho moderno es algo creado, es una idea vista cada vez con menos sentido. La idea de una razón existente previa a la configuración política ha vuelto, no como derecho natural pero sí como Derechos Humanos, o de Derechos Fundamentales.

¿Qué relevancia jurídica tiene que el derecho sea un sistema institucionalizado? Que sea un sistema institucionalizado, es que existe una pregunta adicional a la pregunta por la justicia en el derecho, una pregunta que se cuestiona quien y como decide. El derecho entonces, no es una cuestión sobre qué es lo justo, la institución hace transparente que 'lo justo' no es la única pregunta relevante en el derecho. De manera que tan importante como el contenido del derecho, lo es su forma. Como el derecho es forma, la discusión acerca de qué es conforme a derecho es una pregunta distinta a qué es lo justo, y como no es la misma pregunta, es posible decidir una disputa conforme a derecho sin tomar partido. Aquí encontramos la pretensión de imparcialidad del derecho.

Ahora bien, ¿es esta pretensión de imparcialidad verdadera o falsa? Frente a esta pregunta existen dos opciones posibles: la opción de aquellos que creen que hay razones suficientes para considerar al derecho como una cuestión imparcial, y la opción de aquellos que son escépticos, es decir, quienes asumen que la pretensión de imparcialidad no es más que un disfraz para una decisión partisana, no habiendo ninguna diferencia –según ellos- entre derecho y política. La segunda parte del curso girará en torno a esta pregunta, nuestro desafío será llegar al fondo del escepticismo para poner a prueba esta afirmación.
