

INTRODUCCIÓN AL DERECHO SISTEMA JURÍDICO

A. METODOLOGÍA

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

OBJETIVOS

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

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

B. ASISTENCIA

No se llevará control de asistencia.

C. EVALUACIONES

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

PROGRAMA DEL CURSO

INTRODUCCIÓN

En la introducción se explicará el sentido de este curso: proveer una comprensión sofisticada del derecho, y de su función fundamental, que será explicada como: trivializar el conflicto polémico, y así crear espacios de imparcialidad.

Lectura:

Atria, *La Constitución Tramposa*, pp. 20-24

PRIMERA PARTE: COMPRESIONES DEL DERECHO

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

1. LA COMPRESIÓN PRE-MODERNA DEL DERECHO

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

Lecturas:

Génesis 27: 1-40 La bendición de Jacobo

Guzmán, *Derecho Privado Romano*, pp. 9-28, 140-155

Zimmermann, *Law of Obligations*, pp. 82-89 (traducción)

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

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

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

Lecturas:

Rawls, "Regla", pp. 210-247

Detmold, *Derecho como Razón Práctica* (primera parte)

2. LA COMPRESIÓN MODERNA DEL DERECHO

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

Para Hobbes, el estado es artificial (y contingente), una creación humana (de la misma forma que lo es el derecho), de modo que su surgimiento y mantención depende únicamente de la voluntad de los hombres (i.e. su obediencia). En este sentido, se hace la diferencia con la concepción pre-moderna en la que la sociedad civil y el derecho estaban presentes en la naturaleza, eran una condición propia y necesaria de la vida de los hombres. Locke parte como Hobbes, del estado de naturaleza, y en su opinión todos los hombres están naturalmente en ese estado y permanecen en él hasta que por su propia voluntad se convierten en miembros de una sociedad política que ellos mismos crean (la comunidad política es artificial). Sin embargo, su idea de estado de naturaleza es distinta a la de Hobbes y esto lleva importantes consecuencias.

Lecturas:

Hobbes, *Leviatan*, selecciones

Locke, *Dos Ensayos*, cap ii, pp 205-218

ii. La idea moderna: el derecho como orden artificial

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

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

Lecturas

Declaración de Independencia Norteamericana

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

iii. El principio democrático y la ordenación de lo político

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

Lecturas:

Declaración de derechos del hombre y del ciudadano

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

Böckenförde, "*La democracia como principio constitucional*"

SEGUNDA PARTE: EL POSITIVISMO JURÍDICO

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

a. Lo descriptivo y lo normativo: el surgimiento del positivismo jurídico

El tema a ser estudiado será el de la caracterización del positivismo jurídico como escuela, a partir de la formulación inicial de Bentham y Austin. La teoría del derecho elaborada por Bentham y Austin se funda sobre la base de unos pocos conceptos, que son parcialmente interdefinibles (es decir, se definen unos por otros). El primero es el de soberano: la existencia de una persona o grupo que pueda ser caracterizada como 'soberano' es la condición necesaria y suficiente para la existencia de un sistema jurídico. El soberano es, a su vez, quien es habitualmente obedecido en un territorio determinado. Sobre la base de

la noción de soberanía, se introducirán los conceptos centrales de la teoría del derecho de Bentham y Austin: mandato, sanción. Estos conceptos son importantes porque de acuerdo a Bentham y Austin todas las reglas jurídicas pueden ser reducidas a mandatos. Los mandatos, a su vez, son expresiones de deseos del soberano respaldados por la amenaza de una sanción.

Lecturas:

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

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

b. Hart y la crítica de la teoría imperativa

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

Lecturas:

Hart, *Concepto de Derecho*, caps. II, III y IV.

2. EL DERECHO COMO PRÁCTICA SOCIAL

a. El punto de vista interno

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

Lecturas:

Ibid, cap. V

b. Variedades de normas: la idea de reglas secundarias

Uno de los aspectos más celebrados de la teoría del derecho de Hart es la introducción de la distinción entre lo que él llamó las reglas primarias y las reglas secundarias. Hart cree que cualquier práctica jurídica que utilice sólo reglas primarias se verá enfrentada a tres problemas, y la solución a esos problemas es posible gracias a la introducción de reglas de un tipo distinto a las reglas primarias: reglas secundarias, que se caracterizan porque, a diferencia de las reglas primarias que regulan directamente la conducta de los súbditos,

imponiéndole obligaciones, las reglas secundarias les confieren poderes o facultades. Hart mismo a veces caracteriza las reglas secundarias de un modo ligeramente distinto: son reglas que, a diferencia de las primarias que se refieren a la conducta de los súbditos, se refieren a otras reglas.

Lecturas:

Ibid, caps. V, VI

TERCERA PARTE: CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

1. PERSONA, COSA: LA DICOTOMÍA FUNDAMENTAL

Lecturas

Atria, "Personas, cosas, derechos"

2. DERECHO SUBJETIVO, PODERES NORMATIVOS, NULIDAD; EL ANÁLISIS DE W. N. HOHFELD

Lecturas

Hohfeld, *Conceptos Jurídicos*

Atria, "La noción de poder normativo"

3. DERECHOS REALES Y PERSONALES, PROPIEDAD Y CONTRATO

CUARTA PARTE: SISTEMAS JURÍDICOS Y MODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO

Este capítulo persigue que el estudiante entienda la naturaleza sistémica del derecho, y su característica fundamental: que el derecho regula su propia creación. Luego, discutiremos los modos de creación de normas en el derecho chileno.

1. EL SISTEMA JURÍDICO

a. Sistemas dinámicos de normas.

b. Las cadenas de validez.

c. El fundamento de la validez del sistema.

d. El derecho como sistema dinámico: la *Grundnorm*.

e. El sistema jurídico como orden jerárquico.

f. Relaciones de jerarquía entre normas: el caso de la constitución y la ley. La ley inconstitucional. La "cláusula alternativa táctica" (Kelsen)

Lecturas:

Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 201-232

Raz, *El Concepto de Sistema Jurídico*, pp. 123-138

Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 201-232

2. MODOS DE CREACIÓN DE NORMAS EN EL DERECHO CHILENO

a. La Constitución y poder constituyente; el poder de dictar leyes constitucionales

Lecturas

Schmitt, *Teoría de la Constitución*, pp. 115-134

Atria, "Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente"

b. La ley y el poder legislativo. Reglas de cambio y regla de reconocimiento

Lecturas
Bascañán, *Modos de Creación de Normas*

SYLLABUS

	Fecha	Tema	Lectura
1.	13/3	Presentación general del curso	Atria, La Constitución Tramposa, pp. 20-24
PRIMERA PARTE, COMPRENSIONES DEL DERECHO			
LA COMPRENSIÓN ANTIGUA DEL DERECHO			
2.	15/3	La bendición de Jacobo	Genesis 27: 1-40
3.	18/3	El formalismo del derecho romano antiguo	Guzmán, <i>Derecho Privado Romano</i> , pp. 9-28, 140-155 Zimmermann, <i>Law of Obligations</i> , pp. 82-89 (traducción)
4.	20/3	Superación del formalismo del derecho antiguo	Popper, <i>La Sociedad Abierta y sus Enemigos</i> , pp. 67-77
SUJETO NATURAL, DERECHO NATURAL: EL DERECHO NATURAL MEDIEVAL			
5.	22/3	El derecho como razón, como lo razonable	
6.	25/3	Racionalidad intrínseca, racionalidad extrínseca. Modos de determinación el derecho	Detmold, "Derecho como Razón Práctica" (primera parte)
7.	27/3		
8.	1/4	Reglas como prácticas y reglas como resúmenes	Rawls, "Regla", pp. 210-247
9.	5/4		
SUJETO NATURAL, DERECHO ARTIFICIAL: EL DERECHO MODERNO			
10.	8/4	Hobbes: artificialidad de lo político, condición natural de la humanidad, dilema del prisionero, Leviathan	Hobbes, <i>Leviatan</i> , selecciones
11.	10/4		
12.	12/4	Locke: el estado de naturaleza, el sentido del contractualismo	Locke, <i>Dos Ensayos</i> , cap ii, pp 205-218 Declaración de independencia de USA (1776)
13.	15/4		
14.	17/4	Rousseau: la voluntad general y su improbabilidad	Rousseau, <i>El Contrato Social</i> , cap VII, pp 47-53
15.	10/4		
16.	22/4	La democracia y la invención de la ley	García de Enterría, "La democracia y el lugar de la ley" Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1789)
17.	24/4	El principio democrático y su contenido	Böckenförde, "La democracia como principio constitucional"
SEGUNDA PARTE, EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORÍA DEL DERECHO MODERNO			
18.	26/4	La primera versión: la teoría imperativa de Bentham y Austin	Finch, <i>Introducción a la Teoría del Derecho</i> , pp. 97-104 Raz, <i>El Concepto de Sistema Jurídico</i> , pp. 24-29
19.	29/4	Evaluación parcial	

20.	3/5	La crítica de Hart a la teoría imperativa, en general	Hart, <i>Concepto de Derecho</i> , caps. II, III y IV.
21.	6/5	La teoría de Hart: (1) La noción de regla social y el punto de vista interno	<i>Ibid.</i> cap. V
22.	10/5	(2) Reglas primarias y secundarias	<i>Ibid.</i> cap. V
23.	13/5	(3) La regla de reconocimiento	<i>Ibid.</i> caps. V, VI
TERCERA PARTE CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES			
24.	15/5	Persona y cosa	Atria, "Personas, cosas, derechos"
25.	17/5	Derecho subjetivo, poderes normativos, nulidad	Hohfeld, <i>Conceptos Jurídicos</i> Atria, "La noción de poder normativo"
26.	20/5		
27.	22/5		
CUARTA PARTE SISTEMAS JURÍDICOS Y MODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO			
28.	24/5	Sistemas dinámicos, cadenas de validez, fundamento de validez. El sistema jurídico como sistema jerárquico	Kelsen, <i>Teoría Pura del Derecho</i> , pp. 201-232 Raz, <i>El Concepto de Sistema Jurídico</i> , pp. 123-138
29.	27/5	Constitución, poder constituyente, poder legislativo constitucional	Schmitt, <i>Teoría de la Constitución</i> , pp. 115-134 Atria, "Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente" Atria (2024), La Constitución y su negación (borrador)
30.	29/5		
31.	31/5	La ley y el poder legislativo	Bascañán, <i>Modos de Creación de Normas</i> , §3
32.	3/6		
33.	5/6	Cierre del curso	
34.	7/6	Repaso (a cargo de ayudantes)	

BIBLIOGRAFÍA

- Atria, F.: "La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos", en 36 *Revista de Derecho de la Universidad Austral (Valdivia)* (2023), pp. 27-48.
- : "Personas, cosas, derechos", en 54 *Revista de Derecho del Estado* (2022), pp. 163-200.
- : "Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente" en C. Fuentes y A. Joignant (eds): *La Solución Constitucional* (Santiago: Catalonia, 2015), pp. 41-69.
- Bascuñán, A.: *Modos de Creación de Normas* (Santiago: Facultad de derecho, Universidad de Chile, 1998).
- Böckenförde, E. W.: "La democracia como principio constitucional" en W. Böckenförde: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), pp. 47-131.
- Detmold, M. J.: *Derecho como Razón Práctica*, (1985).
- Finch, J.: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Barcelona: Labor, 1977; ed.orig. 1974).
- García de Enterría, E.: "La democracia y el lugar de la ley" en E. García de Enterría y A. Menéndez Menéndez: *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 18-62.
- Guzmán, A.: *Derecho Privado Romano*, t. ii (Santiago: Thomson Reuters, 2013).
- Hart, H. L. A.: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963).
- Hobbes, T.: *Leviatan* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987).
- Hohfeld, W. N.: *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (México: Fontamara, 2001; ed.orig. 1923).
- Kelsen, H.: *Teoría Pura del Derecho* (México: Porrúa, 1991; ed.orig. 1960).
- Locke, J.: *Dos Ensayos sobre el Gobierno* (Madrid: Espasa-Calpe, 1991).
- Popper, K.: *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* (Buenos Aires: Paidós, 1957).
- Rawls, J.: "Dos conceptos de regla" en P. Foot (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: Fondo de Cultura Económica, 1955), pp. 210-247.
- Raz, J.: *El Concepto de Sistema Jurídico* (México: UNAM, 1980).
- Rousseau, J. J.: *El Contrato Social* (Madrid: Espasa-Calpe, 1975).
- Schmitt, C.: *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992; ed.orig. 1928).
- Zimmermann, R.: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town: Juta, 1990).