

## INTRODUCCIÓN AL DERECHO II

### *El advenimiento del derecho moderno*

*Martes 26 de enero i*      **PRESENTACIÓN SEGUNDA PARTE DEL CURSO**

El derecho, las formas jurídicas, surgen en la modernidad a fin de conferir legitimidad y hacer posible el autogobierno por la vía de excluir las ideas controversiales y sustantivas que les sirven de antecedente. Pero esas ideas, sin embargo, están condenadas a reaparecer cuando el juez interpreta y aplica la ley. La pregunta, entonces, será ¿cómo asegurar la autonomía del razonamiento jurídico (y, derivativamente, el autogobierno), en circunstancias que el juez debe inevitablemente volver sobre las cuestiones que la forma jurídica busca dejar atrás?

*Martes 26 de enero ii*      **PREMODERNIDAD Y TRANSICIÓN HACIA LA IDEA MODERNA DE DERECHO**

Durante largos siglos los miembros de las sociedades tradicionales compartieron una consciencia moral común y el derecho era entendido como parte de la estructura misma de un mundo provisto de cierto *telos*. El derecho moderno, en cambio, es la respuesta a la pregunta sobre cómo articular la convivencia social en un contexto de enorme diferenciación de la vida y fragmentación del valor. Las sociedades modernas, en que cunde el desacuerdo, logran integrar las acciones de sus miembros y comprometerlos en un proyecto común por la vía de regular simples procedimientos deliberativos. Esos procedimientos permiten el debate a partir de concepciones divergentes sobre el bien y hacen posible el autogobierno a través de reglas. De manera que una ley es legítima en el mundo contemporáneo no por los grados de justicia material que ella reviste, sino por la manera en que ha sido producida. Leer Popper, “Naturaleza y convención” y Fuller, “El caso de los exploradores de cavernas”.

*Miércoles 27 de enero i*      **LA EMERGENCIA DE LA CUESTIÓN SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL PODER**

Con el advenimiento de la modernidad surge la pregunta por la legitimación del ejercicio coactivo del poder estatal. Esta cuestión no admite ser respondida en términos históricos, solo puede serlo en términos hipotéticos. A fin de ensayar una respuesta imaginamos un barco que nos dirige hacia una isla cuyos lotes debemos distribuir del modo más equitativo (cuestión que es muy

difícil por su loca geografía). Cualquiera de nosotros enfrentados a la eventualidad de resultar desfavorecidos en el sorteo de los lotes de la isla, abogaríamos por un acuerdo que compense a quienes efectivamente resulten desfavorecidos, una vez sorteados los lotes e inaugurada la vida en la isla. La idea que está detrás de esta imagen es la de imparcialidad, es decir, las instituciones de una sociedad —sus mecanismos de legitimación procedimental— son justos en la medida en que traten a todas las personas con igual respeto y dignidad, y ello implica, entre otras cosas, concebir mecanismos deliberativos que aspiren a ser representativos e instituciones que corrijan aquellas desigualdades que son fruto del azar y no del mérito individual.

*Miércoles 27 de enero ii* EL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS

Lon Fuller (1902-1978) nos presenta el caso ficticio de unos desafortunados espeleólogos que quedan atrapados en una caverna y se ven obligados a practicar canibalismo. Cinco jueces distintos ofrecen opiniones divergentes. Estas opiniones dependen de la visión que cada uno de ellos abriga sobre la *naturaleza* del derecho. Truepenny asume que la aplicación del derecho en este caso es sencilla, mientras Foster y Tatting creen que es más bien compleja. Foster considera que la excepcionalidad del caso justifica resolverlo sobre la base de consideraciones morales, mientras que Tatting discrepa, observando quirúrgicamente las falacias de este razonamiento, aunque sin embargo se declara incapaz de arribar a una opinión propia. Keen es un férreo defensor de lo que él considera un genuino y puro razonamiento legal, mientras que Handy parece ser escéptico respecto de la sujeción del juez a las reglas y prefiere favorecer una argumentación de corte utilitarista. Leer Hart, “El positivismo y la separación del derecho y la moral”.

*La (in)separabilidad entre el derecho y la moral*

*Jueves 28 de enero* EL SENTIDO DESCRIPTIVO DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El positivismo jurídico es la tradición según la cual la validez de las normas depende de la forma en que han sido creadas y no de los grados de justicia material que ellas revistan. Una ley injusta, producida conforme a procedimientos preestablecidos, no deja por ello de ser ley. Los positivistas entienden la teoría del derecho como una ciencia cuyo objeto es describir el conjunto de relaciones normativas existentes al interior de un sistema jurídico, manteniendo al margen del análisis las preguntas relativas a la corrección sustantiva de las normas de ese sistema. H.L.A. Hart (1907-1992) emprende la

tarea de hacer frente a las críticas que usualmente se le han dirigido en contra del positivismo, desarrollando su propia teoría. Conforme a ella, el derecho no es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas sino un sistema de reglas, y los jueces no aplican mecánicamente la ley sino cuando los hechos del caso se subsumen claramente en el núcleo de certeza de los términos generales de la norma. En el resto de los casos, cuando estemos en la penumbra de incertidumbre de la norma, el juez tendrá discreción. Leer Kelsen, "Dinámica jurídica".