

TEORÍA
DEL DERECHO:
IDENTIDAD Y
TRANSFORMACIONES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO



EDICIONES UC

Las transformaciones operadas en las fuentes del derecho en las últimas cuatro décadas, y que han dado lugar a la era del derecho neomoderno, están en la base de los contenidos de esta publicación. Ellas se han dado a la par de una dinámica de afianzamiento de los principios democráticos y de renovación constante del concepto de ley, y han tenido claras implicancias en las fuentes del derecho: las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, así como en los usos y costumbres de la sociedad devenidos en nuevos principios que moldean tales fuentes. A este fenómeno apunta este libro, el quinto de una serie sobre la identidad y las transformaciones del derecho.

En estas páginas, mediante breves artículos de doctrina o comentarios a decisiones legales o jurisprudenciales, el autor expone el perfil del derecho neomoderno y sus expresiones. En ese marco, destaca el rol del jurista, como observador social y también como generador de ciencia jurídica, en la discusión de muy diversas materias de relevancia pública. Se sitúan allí –entre muchas otras materias– la debida atención a las fuentes del derecho democrático, el resguardo de la corrección en los procesos legislativos, la atención a la jurisprudencia y a los principios que ésta crea, la conducta de los juristas en una sociedad democrática y el fomento a una sana circulación de ideas en los debates jurídicos. En ese marco, este libro se inscribe como un aporte relevante a la comprensión de los nuevos paradigmas jurídicos.



TEORÍA DEL DERECHO:
IDENTIDAD Y
TRANSFORMACIONES

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones
Av. Libertador Bernardo O'Higgins 390, Santiago, Chile

editorialedicionesuc@uc.cl
www.ediciones.uc.cl

TEORÍA DEL DERECHO: IDENTIDAD Y TRANSFORMACIONES.

Alejandro Vergara Blanco

© Inscripción N° 302.067
Derechos reservados
Abril 2019
ISBN 978-956-14-2398-5

Diseño:
Salvador E. Verdejo Vicencio
versión | producciones gráficas Ltda.

Impresor:
Salesianos Impresores S.A.

CIP - Pontificia Universidad Católica de Chile

Vergara Blanco, Alejandro, autor.
Teoría del derecho : identidad y transformaciones / Alejandro Vergara Blanco.
Incluye notas bibliográficas.

1. Teoría del derecho.
I. t.

2019

340.1 + 23

RDA

TEORÍA DEL DERECHO: IDENTIDAD Y TRANSFORMACIONES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO



EDICIONES UC

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	XI
INTRODUCCIÓN.	
FUENTES DEL DERECHO DEMOCRÁTICO Y NEOMODERNIDAD	
§ 1. Dimensiones del derecho y neomodernidad	3
I. Las cuatro dimensiones del derecho	3
II. Ley natural, reglas o principios jurídicos: ¿dónde está el derecho?	6
III. La era del derecho neomoderno	8
IV. El espacio jurídico neomoderno	12
PRIMERA PARTE.	
LA LEY COMO FUENTE DEL DERECHO DEMOCRÁTICO	
§ 2. No solo de reglas vive la democracia... sino también de principios	21
I. El legislador crea reglas y no principios	21
II. Dos son las fuentes democráticas del derecho: leyes y principios	24
III. ¿Jueces politizados o creadores de principios jurídicos?	28
IV. Verdadera y falsa supletoriedad normativa	32
§ 3. Técnica legislativa y edición de reglas o leyes	39
I. Técnica legislativa. Memorandum	39
II. La técnica legislativa. Explicada a los legisladores	44
III. La paradoja de una regla costumbrista en la fábrica de las leyes	73
IV. Publicación oficial de las fuentes del derecho: la cultura del <i>Diario Oficial</i>	86

V. Fuentes del derecho: su necesaria y adecuada publicidad	89
VI. <i>Diario Oficial</i> vía Internet	92

SEGUNDA PARTE.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO DEMOCRÁTICO

§4. Conductas judiciales democráticas y antidemocráticas	97
I. Activismo judicial, pero con razonabilidad y principios	97
II. Invasión judicial a funciones de gobierno	100
III. Sentencia epistolar y cumplimiento <i>per saltum</i>	102
IV. Dos conductas judiciales antisistema: por exceso o por abdicación	104
V. Separación de poderes y Tribunal Constitucional	107
§5. Jueces y juristas: necesaria simbiosis	109
I. Revitalizar el comentario de jurisprudencia	109
II. Los juristas y el escrutinio jurisprudencial	113
III. Modelo y rol de jueces y juristas. ¿Activistas? ¿Independientes?	116
IV. Doctrina y jurisprudencia: asociación y beneficio mutuo. ¿Simbiosis entre juristas eruditos y jueces?	119
§6. Vacilaciones o zigzagueos de la jurisprudencia	123
I. Una reflexión sobre la conducta judicial vacilante	123
II. Vacilaciones jurisprudenciales	126
III. "Hay una especie de anarquía jurisprudencial"	128

TERCERA PARTE.

LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO DEMOCRÁTICO

§7. Rol de los juristas eruditos	137
I. Tareas esenciales e identidad de la doctrina	137
II. Crítica bibliográfica en materia jurídica	151
III. La estructura de la comunidad jurídica y sus revoluciones científicas	153
IV. Códigos chilenos comentados	156
V. La doctrina jurídica y el intento fallido de confiscar la expresión "código"	157
VI. Uso doctrinario de la expresión "código"	160

VII. La ciencia de llenar los vacíos legales	172
§8. Conducta de los juristas en una sociedad democrática	175
I. Ciencia del derecho y juristas eruditos	175
II. El voto de los juristas: tolerancia al sistema y distancia político partidista	177
III. Utilidad de la doctrina y prevaricación de los juristas	180
IV. Doctrina científica y política jurídica: el ser o no ser de todo jurista	183
V. Conducta verbal antidemocrática de un senador	186
VI. ¿Una república sin juristas eruditos e independientes?	187
§9. En el taller del jurista: la circulación de las ideas jurídicas	189
I. Actualidad de la teoría de la interpretación de Betti	189
II. Los temas de la teoría del derecho y la interpretación rigurosa. En el sendero de Betti y Larenz	192
III. La doble conexión entre Savigny y Dworkin: hermenéutica y democrática	199
IV. Ronald Dworkin en "Cartas al Director"	207
§10. Enseñanza de la Teoría del derecho y el Doctorado	213
I. El olvido de la Teoría del derecho en la actual enseñanza jurí- dica	213
II. Investigación, Ciencia del derecho y metodología	217
III. Resurgimiento del grado de Doctor en derecho	221
IV. Acreditación y calidad científica de los programas de Doctorado en derecho	227

CUARTA PARTE.

CRÍTICA DOCTRINARIA Y PAPELES VARIOS

§11. Crítica doctrinaria: reseñaciones	233
I. Recensión a: <i>Visión crítica de la Teoría pura del derecho</i> , de Hans Kelsen, de Carlos José Errázuriz Mackenna	233
II. Recensión a: <i>Estudios de derecho romano en honor a Álvaro D'ors</i> , varios autores	239
III. Recensión a: <i>Lecciones de teoría constitucional</i> , de Antonio Carlos Pereira Menaut	241

IV. Recensión a: <i>Digesto. Quarta edizione. Trattato enciclopedico specialistico</i> , varios autores	248
V. Recensión a: <i>La forma de las leyes, 10 estudios de técnica legislativa</i>	250
VI. Recensión a: <i>Introducción crítica al derecho natural</i> , de Javier Hervada	255
VII. Recensión a: <i>Carl Schmitt theorist for the Reich</i> , de Joseph W. Bendersky; y a: <i>On the three types of juristic thought</i> , de Carl Schmitt	261
§ 12. Derecho y literatura, derecho y música	269
I. Defensa del Código de Hammurabbi por un jurista	269
II. Derecho y literatura	271
III. Derecho y música	292
Índice de nombres citados	295
Índice de materias	299

PRÓLOGO

La actual identidad de la disciplina de la Teoría del derecho (dedicada esencialmente a las fuentes del derecho) es el resultado de dos series de transformaciones: primero, de las operadas en el derecho contemporáneo desde inicios del siglo XIX, cuando nacen las democracias occidentales y el concepto moderno de ley; y, segundo, de las operadas en la era del derecho neomoderno desde hace cuarenta años casi. Este libro, una selección de doctrinas, comentarios y opiniones de su autor, intenta mostrar algunas de esas manifestaciones.

I. LA ERA DEL DERECHO NEOMODERNO

El espacio jurídico que hoy habitamos es neomoderno. La actual identidad de la disciplina es fruto de esa transformación, que mutó el derecho de moderno a neomoderno.

Desde la perspectiva puramente jurídica, se han venido desarrollando hace casi cuarenta años, desde el inicio mismo de la década de 1980, cambios que alteraron profundamente lo que antes existía. Ya nada fue lo mismo. Desde esa década se abrió un nuevo espacio jurídico, un nuevo *ethos*, el que se ha desarrollado hasta hoy con bríos y salud renovada, dados los perceptibles signos de cambio que es posible percibir por doquier, en las fuentes del derecho, en toda relación jurídica, en cada disciplina jurídica. De ahí que cabe un calificativo que distinga esta era de la inmediatamente anterior.

La condición neomoderna del derecho actual es el reflejo de esos cambios. Es el estado en que ha quedado la cultura jurídica tras las transformaciones que afectaron a nuestra sociedad, con los cambios producidos desde 1980, primero, en el nivel de las reglas (de las leyes, de las normas) y después, a partir de lo anterior (como es inevitable en toda sociedad democrática), en las otras tres

fuentes del derecho que conforman las dimensiones y la cultura jurídica de un país: en los usos y costumbres de ese pueblo (de donde fluyen los principios), en la jurisprudencia y en la doctrina de los autores. Como esas cuatro fuentes del derecho (leyes, usos, jurisprudencia y doctrina) natural y necesariamente siempre son relativas a determinados sectores de la vida en sociedad, y son necesariamente especializadas en alguna materia o disciplina jurídica, el fenómeno de lo neomoderno debe revisarse de ese mismo modo: en cada disciplina jurídica. De ahí que entonces existe, por ejemplo, un derecho administrativo neomoderno, un derecho de aguas neomoderno, un derecho minero neomoderno, un derecho de energía neomoderno, en fin, una teoría del derecho neomoderna, que cada jurista puede observar con precisión en el modo en que se manifiesta en la disciplina que cultiva. Pero el fenómeno es amplio y pareciera cubrir todas las disciplinas jurídicas.

II. EL JURISTA COMO BARÓMETRO SOCIAL

A la vez, este libro muestra también el perfil de un autor. Todo jurista suele (incluso, *debe*) opinar sobre temas de su especialidad que se conectan con relevantes decisiones en la sociedad de su tiempo. Pareciera que es una obligación del oficio de juristas, pues es un modo de divulgación de su conocimiento.

Las doctrinas, críticas y opiniones que todo jurista suele ofrecer a la legislación, a las decisiones de la jurisprudencia y a las doctrinas de otros autores, no solo se publican en sedes especializadas (revistas jurídicas), sino también se suelen entregar en pequeñas dosis a través de ensayos, columnas de opinión o comentarios publicados en sedes de difusión más amplios, como diarios o revistas de divulgación. Esas son sedes de edición en que cada jurista puede intentar conectarse con los demás integrantes de la sociedad en que vive.

Esas opiniones, que eventualmente se alternan con las de otros juristas o intelectuales, pueden ser útiles para el debate público, pero eso no convierte al jurista en un activista político o social: es simplemente un *opinólogo* especializado. Sería un activista si, desde una militancia política específica, entrara en la arena del poder. Si opina desde sus convicciones, es simplemente un intelectual más que alza su voz para ser escuchado por sus conciudadanos.

Cada jurista, por natural gusto, vocación o necesidad, especifica el saber y, naturalmente, se especializa en una o varias materias, y los textos que publica en tales sedes contienen planteamientos que conforman las ideas del autor aplicadas a las materias en que ha especializado su conocimiento. De ahí que, al mismo

tiempo, los escritos de divulgación más útiles de los juristas son aquellos que, a la vez, son relativos a la disciplina que cultiva y están conectados con las discusiones de la sociedad de su tiempo. Así, puede convertirse en una especie de barómetro y captar las pulsaciones sociales en conexión con su ciencia.

III. ¿UNA TEORÍA DEL DERECHO NEOMODERNA?

En este libro recopilatorio, republico una selección de escritos breves, propios del oficio de jurista, que he ido publicando por aquí y por allá en los últimos casi treinta años, relativos a Teoría del derecho. Todo el periodo de tiempo en que he cultivado esta disciplina jurídica ha coincidido con la era del derecho neomoderno. Quizás estos trozos de doctrina (en una materia bien específica), caídos poco a poco, sean a la vez crónica de algunas de las más relevantes transformaciones y observatorio concreto del desarrollo y asentamiento de ese espacio de la cultura jurídica.

Esta recopilación de escritos no abarca todas las materias de la Teoría del derecho sino un perfil de la disciplina: algunos trazos, costados o partes. Acaso con ello pueda mostrar la conexión de una disciplina jurídica con la neomodernidad y prestar alguna utilidad conceptual en el actual debate sobre sus temas.

Estos textos, que marcan la evolución del pensamiento y las preocupaciones temáticas de un autor, acaso sigan teniendo conexión con la actualidad y sirvan para comprender el espacio de la cultura jurídica neomoderna. Este fenómeno se comenzaba a manifestar poco antes, y en el mismo momento en que yo mismo comenzaba a escribir textos jurídicos y ha seguido manifestándose (profundizándose, asentándose) hasta ahora mismo.

Hay aquí entonces algunas de las razones de los neomodernos, la voz de un jurista neomoderno en una materia específica; pero el fenómeno es más amplio y pareciera cubrir todas y cada una de las disciplinas jurídicas. Ofrezco así algunos trazos de ese nuevo paradigma jurídico aplicado a una materia y disciplina jurídica específica, en que esas transformaciones son bien notorias. Acaso pudiese observarse en cada uno de los textos recopilados la manifestación concreta de esas transformaciones.

Abrigo la esperanza de que en este libro, en su conjunto, con sus aciertos y errores, en mis opiniones y aun en las de aquellos legisladores, jueces y juristas que someto a crítica estricta, el lector pudiese comprobar que la cultura jurídica es hoy, y desde hace cuarenta años casi, diferente a todo lo anterior; de ahí que la califico de neomoderna.

IV. EL TEMA DE ESTE LIBRO: ¡AHÍ ESTÁ EL DERECHO!

Recopilo en este libro diversos trabajos relativos al método y otros temas conexos, nacidos en distintas circunstancias y publicados en diversas sedes. Buena parte de ellos, no todos, son columnas y breves cartas publicadas en diarios de circulación nacional y en otras diversas sedes (en cada caso, indico su lugar y fecha). En todos ellos es posible seguir una labor de *opinología*, paralela a mi carrera académica y científica. Si bien se trata de un mero conjunto misceláneo de breves trabajos, estos son el reflejo e inevitable consecuencia de un sentimiento y mirada de jurista: considero al derecho como una parte integrante y vital de la cultura de una sociedad. Todos esos papeles intentan, entonces, mostrar dónde está el derecho.

Una de las cualidades más reconocidas del derecho es su amplitud y gran multiplicidad de temas con los que se relaciona. Si abandonamos la anquilosada identificación del derecho con la mera norma positiva, encontraremos que en verdad este se halla vivo en las relaciones cotidianas del pueblo del que formamos parte y su ámbito de influencia se expande hacia confines que para muchos pasan inadvertidos. Delimitando una disciplina, formulando los principios o investigando constantemente una especialidad, es como el jurista contribuye al desarrollo del derecho. Su afán ha de ser enriquecerlo cada día para lograr su perfección; descubrir principios e influir para que se vean plasmados como fuentes, sea para apoyar la tarea de los legisladores, de los formuladores de políticas públicas, de los jueces, de los abogados o para el estudio de los alumnos.

Comprender este fenómeno complejo en todas sus dimensiones, y no quedar prendados en una pura de sus manifestaciones (usualmente, en la ley), es una de las tareas más desafiantes para todos los juristas. El derecho tiene también una faz doctrinaria, aquella que diseñan en conjunto los juristas. Esta faz implica necesariamente el estudio y comprensión del método jurídico, el cual actúa como una eficaz herramienta para dar forma a cada disciplina. En esta actividad, el jurista es un hacedor de ciencia jurídica. Acaso estas páginas pueden mostrar el modo en que un jurista intenta aportar, desde su ciencia, a la cultura jurídica y a la discusión pública, a la vez.

Existe la extendida respuesta según la cual el derecho sería equivalente a la ley, y eso no solo se escucha en boca de filósofos del derecho protopositivistas, cuyo normativismo extremo puede oscurecer su mirada a otras fuentes del derecho, sino que lamentablemente también se observa en la praxis, esa que desarrollan cada día algunos jueces y juristas, quienes suelen quedar únicamente apegados a las leyes; aunque hay otra conducta tan negativa y antidemocrática como la anterior: dar una respuesta jurídica basada únicamente en las propias convicciones

no jurídicas (filosóficas, sociológicas, económicas, teológicas o políticas), olvidando que la respuesta jurídica es común y evolutiva, según el derrotero de cada sociedad; que es una respuesta compartida, más compleja y tolerante que esas dos unilaterales respuestas anteriores.

El tema del libro son entonces las fuentes del derecho y su método (incluso este podría haber sido también su título). De ahí que antes que nada trato de explicar la génesis de sus cuatro fuentes: reglas (leyes), costumbre, jurisprudencia y doctrina; las técnicas de la interpretación y de los principios jurídicos; del método jurídico, enseñanza del derecho y variedades, como literatura y derecho. Hay énfasis sobre el rol de jueces y juristas en la era del derecho democrático y sobre la conducta de estos; en especial de la tolerancia y apoliticismo de jueces y juristas. Me parece que estos son temas esenciales de la Teoría del derecho y del método jurídico, todos los cuales he intentado desarrollar de un modo llano, directo y muchas veces inevitablemente polémico. Varios de ellos han surgido al hilo de críticas directas a conductas de jueces y juristas de nuestro tiempo.

Ante la pregunta ¿qué es el derecho? he aquí una respuesta: es aquella norma de conducta que fluye de las fuentes democráticas. La cuestión pudo haber sido formulada en el título del libro de manera personificada o *antropologizada*, referida a los "autores" de cada fuente del derecho, así: legisladores, pueblo, juristas y jueces (en lugar de, respectivamente: reglas (leyes), costumbres (principios), doctrina y jurisprudencia). En ambos casos se trata de lo mismo, pues ahí, en esos cuatro pares de fenómenos, cada fuente con sus "autores", se encuentran las cuatro dimensiones del derecho en nuestra sociedad: de los legisladores fluyen las leyes; del pueblo, las costumbres y principios; de los juristas, la doctrina; y de los jueces, la jurisprudencia. Ahí están las cuatro fuentes del derecho y en sus resultados está el derecho, entonces.

De ahí que este libro bien pudo haberse llamado (como fue mi intención inicial): las cuatro dimensiones del derecho: reglas, principios, doctrina y jurisprudencia. Esas son las fuentes del derecho. Por lo tanto, la respuesta a la pregunta ¿dónde está el derecho?, es: ¡Ahí está el derecho!, en las reglas, principios, doctrina y jurisprudencia; en todos a la vez, pues el derecho es reglas, principios, doctrina y jurisprudencia; nada menos, nada más.

* * *

Los textos que recopiló son editados prácticamente sin modificaciones, para mantener así su tonalidad original acorde a la época en que fueron escritos y publicados por vez primera; salvo errores menores que han sido corregidos.

Algunos textos corresponden a versiones resumidas de escritos de más larga extensión, ajustados al espacio de columnas de divulgación. Si nada se dice en nota al pie, el texto respectivo es editado en su versión original con el mismo título enunciado en cada caso. Los escritos se ofrecen ordenados por materia, pero con la indicación cronológica precisa.

Esta recopilación, que es el quinto libro de la serie *Identidad y transformaciones* (los anteriores cuatro son dedicados al Derecho de aguas, Derecho administrativo, Derecho minero y Derecho de energía) ha visto la luz gracias a la dedicación de diversas personas, en especial de mis ayudantes tanto del curso de Teoría y Fuentes del Derecho como de aquellos que año a año se forman al interior del Programa de Derecho Administrativo Económico UC; ellos han venido realizando en diversas épocas el dedicado y delicado trabajo de reunión, transcripción y orden de la primera versión de todos y cada uno de los textos aquí recopilados, los que se encontraban en diversas sedes de edición. También ellos han realizado los índices finales. Les estoy muy agradecido. No debo omitir mi agradecimiento a Ediciones UC, tanto a su directora María Angélica Zegers como a su coordinadora editorial Patricia Corona, por la nueva acogida que me han dado, ahora nada menos que a esta serie de cinco libros que resume buena parte de mis escritos. También a los académicos que realizaron la tarea de árbitros anónimos. En fin, mi agradecimiento a Juan Rauld por su gran tarea de corrección de estilo de los cinco libros, gracias a la cual los diferentes textos, procedentes de diversas sedes, han llegado a las manos de los lectores no solo salvados de errores, sino con gran uniformidad de estilo y formato.

Santiago, enero de 2019