

Alejandro Vergara Blanco

TEORÍA DEL DERECHO

REGLAS Y PRINCIPIOS,
JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA



THOMSON REUTERS™

Con este explicativo libro sobre el fenómeno jurídico el profesor Alejandro Vergara Blanco enfrenta los desafíos actuales de la praxis jurídica, ofreciendo una renovada visión de la estructura y función de las fuentes del derecho.

Esta original obra está especialmente dirigida a alumnos que cursan el primer año de la carrera de Derecho y sirve de apoyo al curso de Teoría del Derecho, que en la enseñanza jurídica ha venido a reemplazar al tradicional y casi desaparecido curso de Introducción al Derecho. Este cambio curricular refleja la reivindicación del relevante lugar que tiene el método jurídico en la formación de abogados, jueces y juristas.

Bajo la premisa universal de que todo método ha de adecuarse a su objeto, el autor analiza el derecho de la era democrática y neomoderna, que es el objeto del método jurídico, exponiendo sus rasgos característicos. En seguida, delimita y distingue los campos epistemológicos de las tres disciplinas que se disputan lo jurídico: teoría, filosofía y doctrina jurídicas. A continuación explica, una a una, las cuatro dimensiones del Derecho, coincidentes con sus cuatro fuentes clásicas (reglas, costumbre, jurisprudencia y doctrina), en su actualidad. Cabe destacar la especial preocupación del autor por explicar el papel de los principios jurídicos.

Los capítulos de esta obra son:

1. Una teoría del derecho para la era democrática y neomoderna
2. Delimitar y distinguir entre la teoría, la filosofía y la doctrina jurídicas
3. Normas o reglas
4. Principios jurídicos
5. Jurisprudencia
6. Doctrina
7. La *summa divisio* de lo público y lo privado.

TEORÍA DEL DERECHO
ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Formato 17 x 24,5 cm.
256 págs.
Thomson Reuters



Papel: 42514494
Dúo: 42514230

TEORÍA DEL DERECHO

**Reglas y principios,
jurisprudencia y doctrina**

Alejandro Vergara Blanco



THOMSON REUTERS

TEORÍA DEL DERECHO

Reglas y principios
jurisprudencia y doctrina

Alejandro Vergara Blanco

TEORÍA DEL DERECHO

REGLAS Y PRINCIPIOS, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

© ALEJANDRO VERGARA BLANCO

2018 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 288.897 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 948 - 6

Tiraje: 700 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE SUMARIO

	Página
INTRODUCCIÓN: EL MÉTODO EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA.....	1
§ 1. UNA TEORÍA DEL DERECHO PARA LA ERA DEMOCRÁTICA Y NEO- MODERNA	7
I. Hipótesis de toda teoría del derecho.....	7
II. Las cuatro dimensiones del derecho.....	11
III. La era del derecho democrático	13
IV. La era del derecho neomoderno	15
§ 2. DELIMITAR Y DISTINGUIR ENTRE LA TEORÍA, LA FILOSOFÍA Y LA DOCTRINA JURÍDICAS.....	29
I. Precisiones sobre el objeto y delimitación de la teoría del derecho.....	29
II. Distinción entre teoría, filosofía y doctrina del derecho	36
III. La teoría del derecho es distinta y autónoma de la filo- sofía del derecho.....	42
IV. La doctrina de los juristas y sus conexiones con la teoría y la filosofía del derecho	47
V. La doctrina (los juristas) y la política jurídica.....	52
VI. Identidad y delimitación del campo de la teoría del de- recho	55
§ 3. NORMAS O REGLAS.....	57
I. Teoría de las normas o reglas ("orden interno").....	57
II. Interpretación de las normas escritas.....	60

	Página
III. La supletoriedad normativa.....	64
IV. El ámbito restringido de la supletoriedad: colmar lagunas entre normas generales y especiales.....	67
V. Derribando un mito: el Código Civil como supuesto centro del sistema jurídico.....	75
§ 4. PRINCIPIOS JURÍDICOS	93
I. Los principios en medio del hecho jurídico	93
II. Teoría del método y principios jurídicos	97
III. Principios jurídicos y derecho democrático	101
IV. Los principios jurídicos como tarea de jueces y juristas	107
V. Para una teoría de los principios jurídicos.....	113
VI. Observación de la praxis y principios jurídicos	122
§ 5. JURISPRUDENCIA.....	125
I. Teoría de la jurisprudencia o decisión de los jueces.....	125
II. La jurisprudencia en la era del derecho democrático	127
III. Principios y especialización: remedio al activismo y a la deferencia.....	140
IV. Necesaria conexión entre jueces y juristas	147
§ 6. DOCTRINA	151
I. Teoría de la doctrina de los juristas	151
II. Doctrina jurídica e idea de sistema.....	155
III. Teoría y técnica de los núcleos dogmáticos.....	170
IV. La conexión de los principios con cada disciplina. De ahí que son especiales.....	181
V. La plenitud del fenómeno jurídico	187
§ 7. LA <i>SUMMA DIVISIO</i> DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO	191
I. Historia y amplia aceptación actual de la bipolaridad público/privado.....	192
II. El fenómeno normativo y lo público-privado	197
III. Público y privado de disciplinas jurídicas y leyes.....	200
IV. Lo público o privado de la ciencia jurídica	201
V. Lo estatal y lo público / privado	207
VI. La bipolaridad y la supletoriedad	211

	Página
BIBLIOGRAFÍA.....	213
NORMAS CITADAS.....	229
ÍNDICE DE NOMBRES CITADOS	231
ÍNDICE DETALLADO.....	235
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REU- TERS PROVIEW	247

INTRODUCCIÓN: EL MÉTODO EN LA ENSEÑANZA JURÍDICA

Al inicio de este libro sobre Teoría del Derecho, consigno una reflexión sobre el usual olvido de esta disciplina en la actual enseñanza e investigación jurídicas en nuestro país, y las consecuencias que ello conlleva en la formación de los futuros abogados, jueces y juristas eruditos.

La enseñanza de la Teoría del Derecho, esto es, del método jurídico, parece estar ausente del pregrado, posgrado y doctorado en Derecho. Ello es perceptible, sin perjuicio de destacables excepciones en algunos *curricula*.

Este olvido seguirá marcando negativamente a generaciones de jueces y abogados chilenos; el efecto es aún más grave en los programas de doctorado, pues significa renunciar a formar juristas eruditos sino legistas ilustrados.

La enseñanza jurídica de pregrado dirigida a preparar a los futuros jueces y abogados prácticos no solo debe estar dirigida a dar a conocer los más importantes microsistemas jurídicos (esto es, las distintas especialidades o disciplinas), sino que debe incorporar al menos un curso dedicado a la Teoría del Derecho; pues los juristas prácticos (jueces y abogados), necesitan conocer y utilizar con cierta soltura las destrezas o técnicas básicas del método jurídico.

Eso que es necesario, y a un nivel básico, en la formación de abogados y jueces, se torna esencial en la formación de un jurista erudito, y el método ha de ocupar un lugar de máxima relevancia en los programas de doctorado en Derecho.

Entonces, la Teoría del Derecho debe enseñarse, primero, en el pregrado de la carrera de Derecho, en el primer año. Al respecto cabe evitar dos usuales confusiones:

a) confusión con el sucedáneo curso *chilensis* de "Introducción del Derecho"; y

b) confusión con la Filosofía del Derecho, cuyo núcleo disciplinario es distinto al Derecho (partiendo por el dato epistemológico de que esa disciplina es parte de la "Filosofía", y no del "Derecho"). Ello, no obstante la alta relevancia que cabe reconocer a la Filosofía del Derecho en la formación jurídica en los valores; igualmente es el caso de otras disciplinas fronterizas, como la Historia del Derecho o la Sociología del Derecho, muy relevantes para la enseñanza jurídica.

La ausencia de la enseñanza de la Teoría del Derecho en el pregrado impide comprender teóricamente el fenómeno jurídico y adquirir, en la etapa quizás más decisiva de la preparación de un abogado o de un juez, destrezas que le permitirían un saber jurídico profundo; es que un juez y un abogado sin elementos teóricos o metodológicos básicos, tiene un saber más superficial, y sus respuestas prácticas, probablemente, apenas abarcarán el mero dato legal.

Pero tal ausencia es culturalmente mucho más grave en un programa de doctorado en Derecho, pues ello puede llegar a marcar la diferencia entre la formación de un jurista erudito o de un simple legista (si bien algo más ilustrado que un licenciado), y esto podría estar ocurriendo. Ese puñado de universidades chilenas que actualmente ofrecen programas de doctorado en Derecho, tienen la oportunidad de autoevaluarse en este sentido; pues si la misión esencial de un programa de esta índole es formar investigadores en alguna de las ciencias o disciplinas especializadas del Derecho (Derecho administrativo, civil, penal, constitucional, etc.), que sean capaces de producir conocimiento nuevo y que lleguen a realizar docencia de excelencia, no se ve cómo se podrán lograr esos objetivos sin una intensa enseñanza del método jurídico. Formar a los juristas del futuro implica tener la certeza de que, con los elementos entregados desde el inicio de sus estudios hasta terminar su doctorado, ellos han conocido y lograrán manejar el método jurídico.

Es que el jurista erudito, una vez formado, cumple habitualmente dos misiones en el medio social:

i) tiene el deber ineludible de participar en la discusión de los temas relevantes para la sociedad en que vive, orientando la acción privada y pública con sus opiniones. La existencia de un grupo de juristas, formados en el método, fomenta, además, la formación de verdaderas comunidades, integradas por personas de orientación científica, formadas en el hábito de la desapasionada y constructiva discusión interdisciplinaria; pues su propia

formación los impele usualmente a crear, en general, un estilo intelectual abierto a la reflexión autónoma, y no sujeta a compromisos, capturas o conjuras, ya sea político-partidistas o de otra índole; ello sin perjuicio de las naturales tendencias ideológicas de los juristas.

ii) además, los juristas pueden ser unos excelentes colaboradores de los profesionales prácticos del Derecho: de jueces y abogados en el desempeño de sus respectivas labores, a través de la ampliación del conocimiento jurídico que producen con sus libros y ensayos, y con la docencia de pre y posgrado que habitualmente imparten.

Los fundamentos teóricos que tiene a la vista un jurista erudito están indisolublemente unidos a la práctica jurídica, y la formación que se debe obtener en los programas de doctorado en Derecho debe contribuir de manera decisiva a mejorar no sólo la calidad y profundidad de ese análisis, sino esta indisoluble conexión del investigador con los profesionales de la práctica.

Esa conexión de la teoría con la práctica la posibilita el método jurídico; y al desconocer los profesionales del Derecho ese lenguaje común de la Teoría del Derecho (muchas veces, verdaderas contraseñas), la necesaria conexión entre juristas, por una parte; y abogados y jueces por otra, se pierde.

¿Cómo ha de ser entonces la enseñanza jurídica para lograr esa conexión entre saber práctico y saber teórico? La enseñanza debiese estar sólidamente asentada en los dos pilares indispensables de la formación jurídica:

i) en la metaciencia llamada "Teoría del Derecho", y

ii) en la formación de disciplinas especializadas.

En el pregrado, entonces, ofreciendo el curso de Teoría del Derecho; y, de modo equilibrado (entre aquellas de derecho público y derecho privado), las disciplinas más relevantes. En el doctorado, ambos objetivos, en buena parte, se logran a través de la redacción de la tesis doctoral; dirigida, se supone, por un jurista erudito en el método y en la disciplina respectiva. Pero bien vale la pena incorporar también cursos regulares de Teoría del Derecho.

Es bifronte entonces el saber en qué se sustenta todo el conocimiento jurídico; y ello cabe incorporarlo a la enseñanza de pregrado (dirigida a formar abogados y jueces, los prácticos del derecho), y a la enseñanza de doctorado (dirigida a la formación de un jurista).

En otras palabras, la enseñanza jurídica es completa si da a conocer no sólo el sistema de fuentes y los conceptos básicos de las ramas especializadas del Derecho, sino que, además (en especial a aquellos que pasarán a ostentar

el denso calificativo social de juristas), debe formar en la metodología de la ciencia del Derecho.

Sólo así, todo jurista, todo juez, todo abogado, podrá caracterizar con soltura los elementos básicos del fenómeno jurídico: por ejemplo, conocerá la teoría del ordenamiento, comprenderá la fenomenología de la interpretación, sabrá buscar los principios generales del derecho; reconocerá la dogmática jurídica como ciencia y arte; en fin, conocerá la literatura de los autores que conforman la doctrina de la disciplina que desarrolla; y las actuales líneas jurisprudenciales.

El marco adecuado de una docencia de doctorado en Derecho, ciencia esta que es *per se* práctica (esto es, no especulativa), pero necesitada de teoría. Su cumplimiento orientará a los egresados a iniciar sin temores el camino para convertirse en juristas eruditos; esto es, aquellos científicos habilitados teóricamente para ofrecer a la sociedad algo más que ingeniosas elucubraciones o repeticiones basadas en la desnuda ley, sino esa amalgama de principios y valores que superan a la mera *lex*.

Los actuales programas de doctorado serán verdaderamente exitosos si sus egresados, en el mediano plazo, se transforman en juristas eruditos, que es lo que necesita nuestra sociedad, para (entre otros fines, como los señalados antes), realizar con prestancia el escrutinio del sistema legal y judicial. Pero para formar un jurista más completo, los actuales programas de doctorado pudieran estar descuidando la metadisciplina de la Teoría del Derecho.

El actual olvido o ausencia de la enseñanza de la real disciplina de la Teoría del Derecho en muchas *curricula* de pregrado puede llegar a ser, en verdad, un verdadero estigma para los egresados de licenciatura en Derecho, y probablemente el origen de la criticada superficialidad de la enseñanza/aprendizaje del Derecho. Pero si este olvido se está comenzando a reproducir igualmente en los Programas de Doctorado, puede llegar a marcar la diferencia del esperado aporte de las futuras generaciones de juristas; es la distancia entre la temida superficialidad y la esperada densidad de la cultura jurídica.

Junto con venir a llenar un vacío existente en nuestra literatura y cultura jurídica, en que no existen publicaciones dedicadas únicamente a la Teoría del Derecho, hemos pretendido reafirmar la relevancia de esta metadisciplina para el estudio y comprensión de las ciencias jurídicas. Espero que este libro (alguno de cuyos capítulos está en plena construcción, como el caso del

que está dedicado a los principios) sea una herramienta que materialice el diálogo teórico que necesariamente debe producirse entre los especialistas de las distintas disciplinas especializadas del Derecho.

Este libro, que he completado reuniendo algunas monografías ya publicadas dada su comunidad temática, según doy cuenta en la bibliografía, y otros textos nuevos e inéditos antes, aborda desde el punto de vista teórico (no dogmático, que es propio de las disciplinas especializadas del derecho) las distintas dimensiones del derecho, con una extensión, sistemática y profundidad disímil. Mi mayor objetivo es que este libro sea de utilidad tanto para los alumnos del curso de Teoría del Derecho, como para abogados y jueces. En fin, quizás pueda ser objeto de interés de juristas de las diversas disciplinas dogmáticas, teóricos y filósofos del derecho a cuyo fuego cruzado, quedo expuesto, sin dudas.

Santiago, diciembre de 2017