

VERGARA BLANCO, Alejandro (2019): *Teoría del Derecho: identidad y transformaciones* (Santiago, Ediciones UC) 320 pp.\*

Al comentar esta nueva obra del profesor Alejandro Vergara, formularé alguna apreciación crítica respecto de su contenido, como corresponde a una actividad universitaria.

El texto es una amplia y pormenorizada compilación de trabajos de diversa índole, de diversa extensión, algunos de ellos desatados seguramente por disputas de circunstancias, otros en cambio, el resultado de meditaciones más morosas, pequeños ensayos, algunos que semejan monografías, textos, que a veces responden también a solicitudes de organismos públicos; todos los cuales configuran el contenido de este libro. Lo notable del libro es que, a pesar de su apariencia miscelánea, que para quien lo mira con ánimo desaprensivo, semeja una yuxtaposición de trabajos, en realidad, en este conjunto aparentemente tan disímil, tan heterogéneo, tan poco uniforme del trabajo, subyace un conjunto de tesis que permite advertir en él, finalmente, un punto de vista respecto del derecho, sistemático y consistente.

¿Cuáles son, entonces las tesis que subyacen a este conjunto de trabajos, hasta entretjerlo formando, finalmente, una obra que, contra la apariencia, lo que reviste es una obra sistemática desde el punto de vista sustantivo? Se trata de tres tesis que quiero enunciar primero, y luego comentar brevemente: Cada una de estas tesis daría para un larguísimo debate, pero ahora no es el momento de hacerlo. Pero sí corresponde explicitarlas y señalar la dimensión crítica de cada una de ellas. ¿Cuáles son estas tesis?

Ante todo hay en este libro, y en el resto de la obra del profesor Alejandro Vergara, una cierta caracterización del derecho contemporáneo, que es bastante peculiar, original y merecedora de un cierto debate intelectual, a la altura de la formulación que esa tesis posee. El profesor Alejandro Vergara sugiere en este texto, reiteradamente, que el derecho contemporáneo, derecho vigente en Chile hoy, no es un derecho moderno sino un derecho, lo denomina él, “neo-moderno”. Pero, al margen de la denominación que él emplea, lo que él quiere decir es que el derecho chileno, hasta 1980, en una frontera temporal que él traza, sería un derecho moderno, entendiendo por tal un derecho en el que predomina una sola fuente, que sería la ley, la ley sistemática, la ley plenamente deliberada en los órganos de conducción de la comunidad política. Y que, en cambio, a contar de 1980, como consecuencia de una serie de transformaciones que tienen lugar en el Estado, la revolución capitalista, para decirlo en términos algo polémicos, se habría configurado un tipo de derecho distinto, en cambio, a ese monopolizado por la ley y por la voluntad deliberativa de los órganos donde se produce la legislación.

Este derecho “neo-moderno”, así lo denomina, sería un derecho cuya característica central es que sería el producto de cuatro fuentes, que se disputarían entre sí la hegemonía en la producción del derecho. ¿Cuáles serían estas cuatro fuentes que en su conjunto configuran a este derecho “neo-moderno”? Las siguientes: Desde luego, la ley, es decir la producción deliberada de reglas de relación pública; acto seguido, y quizás este sea uno de los

\* Transcripción de la exposición oral en la presentación del libro. Santiago, 10 de julio de 2019, Casa Central PUC. Se han eliminado algunas expresiones de circunstancia, realizado leves correcciones y agregado subtítulos.

aspectos más problemáticos de la tesis, pero las buenas ideas son siempre problemáticas, lo que el profesor Alejandro Vergara llama el hecho jurídico; en tercer lugar, la jurisprudencia; y, en cuarto lugar, la doctrina.

Entonces, el derecho vigente en Chile hoy día no sería, como alguien inadvertidamente podría creer, el fruto de la ley que deliberan los órganos de representación popular, sino que sería el fruto, el resultante, del juego concatenado y relativamente azaroso de estas cuatro fuentes: la ley, el hecho jurídico, la jurisprudencia y la doctrina.

Para cualquier jurista, para cualquier profesor de derecho o estudiante de derecho esta sola numeración resulta sorprendente y necesitada de examen y debiera dar origen a un cierto debate, porque los juristas saben que la ley es una fuente formal del derecho; saben también, aunque con alguna disputa, que lo es la jurisprudencia, en el derecho continental. No cabe ninguna duda que la doctrina es una fuente del derecho; es la dogmática centrada en el derecho hoy vigente en Chile, y lo que cabría discutir es qué es el hecho jurídico y en qué sentido puede ser fuente del derecho. Esta es la primera tesis que subyace, entre otras, en el libro.

La segunda tesis, que está relacionada con la anterior, alude a una caracterización del sistema normativo. Es lo que llamamos derecho vigente u orden jurídico, como solía decirse a comienzos del siglo XX. Un sistema normativo es un conjunto de normas que tienen ciertas características lógicas, como completitud, consistencia y transitividad. Pues bien, la pregunta que cualquier jurista se formula es, ¿qué elementos componen al sistema normativo? La respuesta que da el profesor Alejandro Vergara es una respuesta altamente compartida hoy en día en la literatura, aunque igualmente merece una cierta discusión, y es que el sistema normativo se compondría de normas o de reglas, en términos generales, pero también de principios. Los principios serían el componente fundamental a cuyo través se comprende todo el resto de los elementos del sistema normativo. Entonces la pregunta que cualquier lector atento haría es ¿cómo se obtienen los principios? Dejemos también pendiente la respuesta a esta pregunta.

Y la tercera tesis que subyace y entretiene la totalidad y el contenido de la obra, es una tesis respecto del gran debate iusfilosófico que se desenvuelve durante el siglo XX entre iusnaturalismo y positivismo. El profesor Vergara apuesta a una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo. Ya insinúa esta última tesis en una famosa disputa epistolar que mantuvo con el profesor José Joaquín Ugarte.

Estas son las tres tesis que subyacen en esta obra y entretienen la totalidad de sus trabajos. De manera que cuando usted lea esta obra se va a encontrar con trabajos más bien breves, algunos bastante extensos, pero en general textos breves; algunos aparentemente de circunstancia, pero se trata de un disfraz porque en realidad todo esto está escrito para desenvolver estas tres tesis que acabo recién de mencionar.

Ahora, ¿qué consideraciones críticas merecen estas tesis? Permítanme decir alguna.

La primera es la denominación de derecho “neo-moderno”. Por supuesto los nombres son nombres y hasta cierto punto son arbitrarios; uno puede escoger el que le plazca, pero es evidente que “neo-moderno” es un neologismo, un neologismo redundante, un pleonismo, porque moderno quiere decir nuevo, luego decir derecho “neo-moderno” es como decir derecho moderno-moderno. Y como esa denominación la usa el profesor Alejandro Vergara, muy inteligentemente, porque de alguna manera él no quiere entrar a la

expresión posmoderno, supongo, o a alguna otra semejante. Me parece que podría discutirse si esa denominación es la más adecuada, sobre todo porque si bien esa denominación tiene alguna utilidad didáctica, que no desconozco, tiene el problema que aísla la tesis del debate. Es mejor denominar al derecho vigente con las características que él reviste, de una manera consistente con la terminología más frecuente en la literatura, porque eso podría sin duda favorecer el diálogo y el debate. Pero, en fin, esta es una nota crítica mínima.

A la hora de efectuar algún examen crítico de un texto, sobra decir, inteligente y muy interesante, me detendría en la caracterización del hecho jurídico. Los juristas suelen llamar hecho jurídico a aquel que produce efectos jurídicos, como la muerte, que produce efectos jurídicos como la apertura de la sucesión. Pero no es a eso a lo que se refiere el profesor Alejandro Vergara; él se refiere a hechos que al margen de las reglas y al margen del sistema normativo, tienen sin embargo, incidencia en el sistema normativo. Como usted comprende, si usted identifica un hecho jurídico como fuente del sistema normativo, cuando le pregunten en qué consiste un hecho jurídico lo que usted no puede decir es que un hecho jurídico es un hecho calificado por el sistema normativo, porque para él se trata de una fuente, en realidad, del sistema normativo.

Esta parece una tesis insólita para quien maneje el concepto de hecho jurídico propio de los civilistas, pero si uno atiende al tipo de influencia intelectual de la que participa el profesor Vergara, me refiero a Emilio Betti en particular, esto no resulta tan extraño; porque para Betti, en el mobiliario del universo, junto a las personas, sillas o lo que fuere, hay algo que se llama hecho jurídico. O sea, en la ontología del universo hay ciertos hechos que son intrínsecamente jurídicos. Esta es una viejísima tesis que tiene influencias de la fenomenología y en el panorama jurídico latinoamericano hay un autor, Carlos Cossio, hoy día olvidado, bastante excéntrico pero muy notable, que sostuvo permanentemente una tesis como esta.

Ahora cuando él habla de hecho jurídico está aludiendo a que en el conjunto de la facticidad hay algunos hechos que son jurídicos *per se*, al margen del sistema normativo. Sin embargo, ¿cómo se constituyen estos hechos jurídicos *per se* al margen del sistema normativo? Es una pregunta que parece de difícil respuesta, y Emilio Betti, y supongo que Alejandro Vergara siguiéndolo, diría que se constituyen al interior de un cierto horizonte hermenéutico, también jurídico, porque el derecho para alguien como Betti no es solo un sistema normativo, es un cierto horizonte hermenéutico, es decir un horizonte de sentido en el cual usted procesa los hechos ante los cuales usted comparece; así como procesamos ciertos eventos como artísticos, por ejemplo, cuando nos miramos desde el horizonte interpretativo estético; así, también hay hechos que se nos revelan como jurídicos, y si los revelamos o miramos, o los examinamos o intentamos dilucidar, hay también un cierto horizonte hermenéutico jurídico. El derecho, en consecuencia, no es un puro sistema normativo, es un horizonte hermenéutico.

La fenomenología de la que participa Emilio Betti enseña que cuando usted ve las cosas, a una persona o lo que fuere, lo ve gracias a un horizonte sobre el cual lo que está mirando usted se recorta. Si usted suprime el horizonte suprime entonces la cosa en la cual está fijando la mirada; luego, lo que le confiere realidad a las cosas es el horizonte sobre cuyo trasfondo usted las mira; entonces el horizonte no es un mero agregado de cosas; es la pantalla sobre la cual las cosas se nos revelan. Si ustedes hacen pie en esta idea no les pare-

cerá tan raro que haya hechos jurídicos al margen de las normas. Podríamos ver al horizonte normativo pero visto como una cierta idea de justicia, por ejemplo, que permitiese que ciertos hechos se nos revelasen como jurídicos y otros en cambio no. Pero a mí me parece que esta tesis, esta interesante idea, requiere un desarrollo mayor. Pero, claro, sería injusto pedírselo al volumen, que tiene un cierto programa de investigación.

En el caso de la jurisprudencia, que es la otra fuente que el profesor Vergara menciona como propia del derecho que él denomina “neo-moderno”, cabría decir lo siguiente. La palabra jurisprudencia tiene en español un uso bastante peculiar, porque en la literatura angloamericana se usa la expresión *jurisprudence* para designar lo que nosotros llamaríamos teoría del derecho; en cambio, en español usamos la palabra jurisprudencia para aludir al sentido concordante que es posible advertir o verificar en un conjunto de fallos judiciales. En un conjunto de fallos judiciales relativo a casos fácticamente análogos, que deciden el asunto en un mismo sentido, decimos “hay jurisprudencia” sobre esto. Esto es lo que llamaríamos precedente en la tradición angloamericana. ¿Se refiere a esto el profesor Vergara cuando dice que la jurisprudencia es una fuente del derecho moderno? No exactamente, más bien a lo que él se refiere es a la labor creativa e intelectual que hacen los jueces para captar los hechos jurídicos del tiempo y lugar dónde la labor jurisdiccional se desenvuelve. Entonces lo que él llama jurisprudencia en realidad es una actividad intelectual, una actividad intelectual tendente a develar los hechos jurídicos del caso sobre los cuales se construirían principios. Es una tesis que está también en Betti y que requiere un examen crítico permanente. Esta idea postula que los jueces ven cosas que ustedes y yo no somos capaces de ver; que los jueces, por alguna extraña razón, tendrían una extrañísima capacidad epistémica de ver hechos jurídicos allí donde nosotros no los vemos. En este sentido, dice el texto, la jurisprudencia podría ser aceptada. Es una tesis intelectualmente desafiante que yo quiero simplemente subrayar a fin de que ustedes, en la Facultad de Derecho, puedan comenzar a discutirla, porque los libros son para eso, para alinear la discusión, no para inclinarse simplemente frente a ellos.

En el tema de la caracterización del derecho contemporáneo, que se considera desde la década de 1980 en Chile, yo sugeriría detenerse en la caracterización del hecho jurídico y en la forma relativamente idiosincrásica en que se utiliza el concepto de jurisprudencia, que no alude exactamente a la jurisprudencia en el sentido angloamericano, sino a jurisprudencia como usualmente se usa en la literatura hispánica. Eso respecto de la primera tesis.

Pero hay tres tesis subyacentes en el texto. La primera, relativa al derecho vigente, y la forma en que se entrelaza el sistema de fuentes, la que acabo de examinar.

La segunda tesis que subyace en este interesante libro es la tesis relativa a los principios, o sea, la idea de que el sistema normativo se compone no solo de normas, en el sentido estricto, sino de normas y principios. Si ustedes revisan la literatura sobre principios, se han escrito ríos de tinta.

Norma o regla –la literatura en inglés prefiere a veces *rule*, pero para nuestros efectos norma o regla va a ser lo mismo– quiere decir un enunciado de conducta binario. Por ejemplo, usted no debe pasar con luz roja. Binario porque frente a una conducta usted tiene dos alternativas. O usted no pasó en luz roja, en cuyo caso respetó la regla; o pasó con luz roja, en cuyo caso cometió una infracción. Luego, las reglas o normas son binarias.

Lo que dice la literatura es que el sistema normativo no se compone solo de enunciados binarios, porque la regla “nadie debe aprovecharse de su propio dolo”, por ejemplo, una viejísima regla del dolo en el derecho occidental no es binaria: usted puede ser más o menos sinvergüenza aprovechándose de su dolo; no es que usted se aprovechó del dolo o no se aprovechó, usted puede hacerlo en mayor o menor medida. En consecuencia, al parecer habría en el sistema normativo enunciados graduales; a estos enunciados graduales suele llamárseles principios. Hasta aquí está de acuerdo la literatura: Aarnio, en el norte de Europa, Dworkin en Estados Unidos, los viejos textos de Esser en el derecho privado europeo, todos están de acuerdo en esta caracterización. Discrepan, sin embargo, a la hora de dilucidar en qué consiste exactamente un principio, ¿de dónde provienen los principios? Estos enunciados graduales, en que usted puede fingir más o menos, que no son binarios, ¿qué dice acá la literatura? Robert Alexy, en derecho constitucional, dice que los principios son mandatos de optimización, que son mandatos del legislador dirigidos a quienes hacen políticas públicas para que maximicen un cierto bien en la mayor medida posible. Ronald Dworkin, en el mundo norteamericano, en un famoso libro “Los derechos en serio”, dice que los principios son en realidad enunciados de moralidad, políticas sociales.

¿Qué dice Alejandro Vergara sobre esto? De nuevo digo que el libro es interesante, entre otras cosas por esto, porque aborda originalmente problemas sobre los cuales tanto se ha escrito. Él caracteriza a los principios no exactamente como enunciados morales en el sentido de Dworkin, aunque Dworkin es uno de sus autores preferidos, ni tampoco caracteriza a los principios al modo de que los caracterizaba cualquier jurista, por ejemplo civilista. Los civilistas dicen que los principios son resultados inductivos de reglas. Ustedes, cuando tienen principios (eso me decían cuando yo estudiaba derecho civil, eso me enseñaban), cuando encuentre una laguna en el sistema normativo, mire todas las reglas e induzca una solución a partir de los casos particulares. A esa inducción le llamaría “principio” cualquier jurista. Pero no es a eso lo que se refiere Alejandro Vergara, y acá de nuevo nos topamos con el tema del hecho jurídico, porque él cuando habla de principios, se refiere –voy a decirlo en términos algo exagerados– a precipitados del *Volksgeist*, espíritu del pueblo, expresión de Savigny, pero que no es extraña a Emilio Betti y a la tradición hermenéutica. ¡Atención! Lo que está diciendo Alejandro Vergara es que la tarea del juez es auscultar el espíritu del pueblo. ¡Auscultar el espíritu del pueblo! ¿Sergio Muñoz [Ministro de la Corte Suprema] auscultaría el espíritu del pueblo? A mí esto me parece muy problemático, porque supone erigir a los jueces en personas que a diferencia de usted o yo tienen línea directa con una realidad que se llama espíritu del pueblo. Y yo creo que el derecho liberal, si algo logra hacer, es resistir al espíritu del pueblo, porque el espíritu del pueblo suele ser torpe, abusivo, grosero; y el derecho lo que hace es civilizar, contener moralmente, entre otras cosas, al espíritu del pueblo, para decirlo políticamente. Pero esta idea de que los jueces son quienes escuchan atentamente, auscultan –¡complicada técnica!– al espíritu del pueblo, a mí me parece, que podría deteriorar alguna de las bases estimables del derecho contemporáneo.

Esta es, quizás, una de las principales críticas de esta muy interesante obra de Alejandro Vergara. Piensen en cualquier juez, al que ustedes no admiren demasiado, e imagínenlo como auscultador del espíritu del pueblo, y tendrán buenas razones para discutir esta tesis.

Esa es la segunda tesis, de los principios. Por supuesto al margen de las exageraciones de esta presentación, el tema de los principios es un tema clave, y yo creo que es uno de los temas más valiosos del trabajo que ha venido realizando el profesor Vergara al llamar la atención acerca de este componente del sistema normativo; de la manera en que se configuran, cómo se obtienen, cómo se discuten los principios. Repito, en la literatura hay dos extremos: si ustedes leen a Giorgio Del Vecchio, un famoso jurista italiano, de la tradición del siglo XIX, los principios son inducciones; si ustedes leen a Dworkin, son reglas de moralidad, o mandatos de optimización como diría Alexy; y, en medio de estos extremos que he trazado se sitúa una tesis intelectualmente original y audaz como la del profesor Alejandro Vergara, la que me parece totalmente digna de ser discutida. Yo creo que esta es una de las principales virtudes de este texto.

Finalmente, se encuentra la tercera tesis. La primera es la caracterización del derecho contemporáneo en base a un sistema de fuentes, que he explicado. La segunda tesis es el tema de los principios, o de los componentes de un sistema normativo. Y, la tercera, la manera en que Alejandro Vergara se sitúa en la disputa entre positivismo e iusnaturalismo.

Yo sé, porque yo estudié en esta Facultad, aunque ustedes no lo crean, que una de las formas de presentar los debates entre los teóricos del derecho es decir que hay quienes son positivistas, personas que se aferran ciegamente a la ley, y iusnaturalistas, que son personas, en cambio, preocupadas de descubrir una cierta legalidad inmanente en la naturaleza. Así se presentan hoy y así se presentaba esto cuando yo era estudiante. Yo tengo la impresión, pero así no la presenta Alejandro Vergara, que esta manera de caracterizar el debate legal como un positivismo relativamente estúpido, por una parte, o sea gente que piensa que un jurista solo tiene que atenerse a la palabra de la ley; a ojos vista es una tontería decir eso, porque la labor del jurista no es decir lo que la ley dice, sino hacer a la ley decir más cosas de las que dice; apartarse, no apegarse; eso hace cualquier jurista inteligente. Y, también, es una mala caracterización del iusnaturalismo decir que está a la búsqueda de principios normativos que están ínsitos en la naturaleza; es una manera desleal de presentarlo. Porque ni el positivismo es tan simplón ni el iusnaturalismo tan absurdo. En realidad, el iusnaturalismo es la reivindicación de la razón práctica, diría yo, es decir, la idea de que en nuestra racionalidad, hay una parte de nuestra razón que nos sirve para saber qué debemos hacer, y que la razón no se considera para describir las cosas sino para saber qué conducta debemos ejecutar. Si uno entiende así a la razón práctica, revalidarla es en realidad la gran divisa del iusnaturalismo, a mí me parece que no habría problema en decir que el iusnaturalismo es una cosa extremadamente valiosa, sin ninguna duda, es una muy buena caracterización de la racionalidad del jurista.

Pero dicho esto, la pregunta es ¿cómo se sitúa Alejandro Vergara en medio de este debate? Nuevamente, Alejandro Vergara recurre al tema de los principios, él más bien se sitúa en una línea semejante, cercana, relativamente amistosa con la tesis de Dworkin en esta materia, porque para Dworkin los principios son enunciados de moralidad; aunque no enunciados de moralidad derivados de instituciones de la naturaleza, hay poca gente que diría tamaña cosa, sino que enunciados de moralidad construidos en un diálogo deliberativo entre iguales. Desde ese punto de vista, Dworkin, cuando elabora la tesis de los principios, ata muy fuertemente el derecho contemporáneo a los ideales democráticos y a mí me

parece que en esa línea tiende a situarse Alejandro Vergara. Aunque me parece difícil conciliar este apego democrático con el apego al hecho jurídico, como delante lo describí, o con el apego a esa tarea del juez; yo creo que ahí hay una cierta inconsistencia e invito al profesor Alejandro Vergara considerar este tipo de tema. En su momento, desde luego, no ahora, pues el diálogo intelectual sobre esto es bastante más largo que la presentación de un libro.

En suma, me parece a mí que estamos en presencia de una obra que solo aparentemente es miscelánea, es decir, es una obra que cuando ustedes la miran superficialmente semeja un conjunto de trabajos, algunos de circunstancias, informes, debates, polémicas de ocasión; pero lo notable del libro es que en él subyacen estas tres tesis que acabo recién de identificar y que entretejen el conjunto de sus líneas haciendo de este un libro valioso, y me parece a mí que contribuye de manera muy importante al debate legal y político en Chile.

CARLOS PEÑA  
*Universidad Diego Portales*

