

## LA TEORÍA DEL DERECHO DE ALEJANDRO VERGARA: ¿LOCAL O GENERAL?

### ALEJANDRO VERGARA'S LAW THEORY: LOCAL OR GENERAL?

Javier Valle Silva<sup>1\*</sup>

**Resumen:** Alejandro Vergara ha desarrollado una concepción del derecho junto con una original formulación del contenido y función de la teoría del derecho. Se trata de un enfoque muy promisorio y que este artículo somete a examen. Se postula que la definición de la disciplina por Vergara presenta algunas inconsistencias con sus reflexiones generales sobre el fenómeno jurídico. Su teoría del derecho pareciera aproximarse a un análisis conceptual y desarraigado del contexto temporal y territorial. En su lugar, se propone que la lectura más coherente con la ontología jurídica que reivindica Vergara es un estudio local y situado, que indague en la cultura jurídica que predomina en una específica comunidad de intérpretes.

**Palabras clave:** teoría del derecho; cultura jurídica; principios jurídicos.

**Abstract:** Alejandro Vergara has developed a conception of law along with an original formulation of the content and function of jurisprudence. This is a very promising approach and this paper examines it. It is postulated that Vergara's definition of the discipline presents some inconsistencies with

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 14 de noviembre y aceptado el 16 de diciembre de 2022.

\* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor instructor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá, sede Iquique. Correo electrónico: [javalle@academicos.uta.cl](mailto:javalle@academicos.uta.cl)

his general reflections on the legal phenomenon. His jurisprudence seems to approach a conceptual and rootless analysis of the temporal and territorial context. Instead, it is proposed that the most consistent reading of Vergara's legal ontology is a local and situated research, which investigates the legal culture that predominates in a specific community of interpreters.

**Keywords:** jurisprudence; legal culture; legal principles.

## I. INTRODUCCIÓN

En un conjunto de publicaciones<sup>2</sup> el profesor Alejandro Vergara Blanco ha ido construyendo un corpus teórico que contiene varios aspectos interesantes que merecen ser examinados con cuidado<sup>3</sup>. Entre otras razones, porque si bien

---

2 Aunque no exhaustiva una lista de sus obras con importancia teórica es la que sigue: VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho. Identidad y Transformaciones*. Ediciones UC, Santiago, 2019; VERGARA, Alejandro: "Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°44, 2015; VERGARA, Alejandro: "Para una teoría de los principios jurídicos". En: *Derecho Administrativo*, N°119, 2018; VERGARA, Alejandro: "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los 'núcleos dogmáticos'". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°3, 2014; VERGARA, Alejandro: "Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica". En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016; VERGARA, Alejandro: *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como derecho común*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2010; RIVERA, Daniela y VERGARA, Alejandro: "Pensando y construyendo el derecho desde la interdisciplinariedad". En: Carolina Rojas y Andrés Haye (editores): *Actas Seminario Interdisciplina en la UC*, Ediciones UC, Santiago, 2012; VERGARA, Alejandro: "Los temas de la teoría del derecho y la interpretación rigurosa. En el sendero de Betti y Larenz". En: *Anuario de filosofía jurídica y social*, N°28, 2010.

3 En la obra teórica de Vergara se tratan muchos temas de interés que aquí solo serán esbozados. Sus reflexiones sobre el carácter y naturaleza de los principios, sobre la costumbre como fuente del derecho (y la conexión entre ambos tópicos); así como su descripción del derecho chileno como neomoderno o su visión del rol de los juristas y jueces merecen un estudio detenido, pero ello deberá esperar otra ocasión.

su trabajo como administrativista ha sido ampliamente apreciado, su obra en teoría del derecho – a la que no le faltan méritos – ha pasado inadvertida con pocas excepciones<sup>4</sup>.

En este artículo se pretende analizar un aspecto de sus reflexiones ius-filosóficas. A nuestro juicio, la original formulación que Vergara hace de la disciplina “teoría del derecho” tiene un interesante potencial para fundar y promover un tipo de pesquisa jurídica poco cultivada (y mucho menos pensada) en nuestro medio. De la lectura de su obra, según nuestro criterio, hay espacio para dos formas de entender su teoría del derecho. Una es la que explícitamente menciona y cuyo contenido intenta elaborar: sería una disciplina que se encarga de examinar el método con que se construyen y emplean los conceptos, normas e instituciones del derecho. La segunda forma es, en rigor, una interpretación de su trabajo y se puede deducir de los argumentos que ha desplegado en múltiples piezas académicas. Esta relectura guardaría más coherencia con los postulados troncales de su empresa intelectual y está respaldada por su trabajo anterior. Así leída su teoría, toma la forma de una inspección cultural de cada sistema jurídico y se emparenta con lo que otros autores, como Roger Cotterrell o William Ewald, han denominado *jurisprudence*. En este artículo, cabe prevenir desde ya, se prescinde del detalle y se concentra en la estructura central de la argumentación de Vergara.

## II. LA ONTOLOGÍA JURÍDICA DE ALEJANDRO VERGARA

En este apartado el objetivo es delimitar el concepto de derecho de Alejandro Vergara, intentando presentar sus planteamientos centrales. Antes de seguir se debe consignar que su objetivo es dar cuenta de una praxis y sus formas de expresión, no es la búsqueda de un derecho ideal<sup>5</sup>.

4 Ver PEDRALS, Antonio: “Teoría del derecho, Alejandro Vergara Blanco”. En: *Ius et Praxis*, vol.25, N°2, 2019; PEÑA, Carlos: “Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del Derecho: Identidad y transformaciones”. En: *Revista Chilena De Derecho*, vol. 48, N°1, 2021.

5 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 5-6; VERGARA, Alejandro: *Sistema y autonomía*, ob. cit., p. 958.

En primer lugar, para Vergara el fenómeno jurídico tiene un carácter multidimensional. Es incorrecto identificar al derecho con las reglas escritas, pues el derecho “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”<sup>6</sup>. La ley es solo una de sus manifestaciones, aunque muchas veces esta se haga equivalente al derecho tanto en la teoría como en la praxis<sup>7</sup>. En algún momento Vergara también lo plantea diciendo que el derecho no solo está formado por “normas positivas, sino también por principios”<sup>8</sup>. Las normas son el “primer presupuesto”, pero conviven con otras fuentes de igual relevancia<sup>9</sup>. El texto legal, en palabras de Vergara, es “un mero proyecto de justicia, seguridad y certeza jurídicas”<sup>10</sup>, el cual es completado por jueces y juristas recurriendo a principios y valores. Lo crucial, para mí, es que el derecho no se trata de un *factum*, un objeto completado e indisponible, es más bien un “fenómeno que no es ni totalmente formulado ex ante por el legislador, ni totalmente formulado ex post por el juez; es un fenómeno de varias dimensiones (...) constantemente renovado (en un flujo y reflujo, desde y hacia: los hechos, las reglas, los principios)”<sup>11</sup>.

6 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. XIV.

7 *Ibíd.*, pp. XIV-XV.

8 VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”, ob. cit., p. 898.

A mi juicio Vergara muestra cierta confusión sobre el significado de norma positiva, y esa confusión merma la profundidad de su trabajo. Los principios son un *tipo* de norma jurídica y, en la medida que son puestos o creados por el ser humano, son normas jurídicas *positivas*. Por eso es incorrecto afirmar que “la tradición positivista niega la existencia de los principios” (*Ibíd.*, p. 899). El origen del problema se registra en otro texto, cuando afirma que “para un positivista, no hay más que el derecho positivo (las reglas), dadas de antemano por el legislador” (VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 6). Es correcto decir que para un positivista hay solo derecho positivo, pero eso no es igual a decir que solo hay reglas, y tampoco los positivistas reducen el derecho a lo producido por el legislador. Vergara, por cierto, tiene razón al reprobar la identificación del derecho con las reglas o con la ley. Pero creer eso es compatible con adherir al positivismo jurídico, por la sencilla razón que norma positiva no es igual a regla o ley. Vergara, me parece, adhiere a la tesis de las fuentes sociales del derecho, núcleo del positivismo jurídico.

9 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 632.

10 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 23.

11 VERGARA, Alejandro: *Sistema y autonomía*, ob. cit., p. 986.

El modo en que el derecho se estructura es una interacción entre cuatro fuentes. Aquí es necesario aclarar que la respuesta de Vergara es contingente, es decir, no pretende pronunciarse sobre propiedades necesarias del derecho (esto es, universales o atemporales) como lo haría un filósofo analítico<sup>12</sup>. Vergara en más de una ocasión deja claro que se trata de una aproximación al esquema de fuentes del derecho contemporáneo y que esta “resulta de sus sendas sedes de producción, todas culturales y temporales, frutos de desarrollos y acuerdos actuales”<sup>13</sup>. ¿Cuáles son estas fuentes? La ley (el resultado del acuerdo parlamentario), la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Estas cuatro dimensiones están conectadas entre sí “son fuente, transmisión y resultado”<sup>14</sup>, están afincadas en la cultura jurídica, y en su interacción el derecho se desarrolla y manifiesta. Detrás de cada fuente hay un actor social: el legislador, el pueblo, los jueces y los juristas<sup>15</sup>. Este cuadro que delinea Vergara sería la instanciación más acabada del Derecho en toda su complejidad.

Entre las fuentes mencionadas hay una a la que Vergara, en cada trabajo que ha escrito, le da una especial atención. Destaca siempre la relevancia de los principios en nuestro *ethos* jurídico. Estos tendrían una fuerza equivalente a las leyes, “que proviene de una democracia subterránea: del espíritu del pueblo, del sentimiento jurídico popular”<sup>16</sup>. E identifica, acertadamente, que una determinada comunidad de intérpretes vive sobre un fondo de principios<sup>17</sup>, aunque esa potente observación no está aprovechada del todo en su propuesta general.

12 Por ejemplo, el célebre Joseph Raz escribió que “las propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho. Deben ser encontradas en el derecho dondequiera y cuando quiera que exista” (RAZ, Joseph, “¿Puede haber una teoría del derecho?”. En: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio: *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 57).

13 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 3.

14 *Ibíd.*, pp. 9.

15 *Ibíd.*, p. 3-4.

16 *Ibíd.*, p. 24.

17 *Ibíd.*, p. 27.

Los principios, para Vergara, no son una síntesis inductiva de la legislación escrita, ni el reflejo de una propuesta filosófica; tampoco son exigencias morales (que provendrían del derecho natural), ni declaraciones genéricas que el legislador incorpora en un cuerpo escrito<sup>18</sup>. Los principios “están en la realidad inmanente del derecho vivido en sociedad, cuyo reconocimiento marca el pulso de cada sociedad”<sup>19</sup>. Ante la ausencia de la ley los jueces deben buscar esos principios que se ubican en la conciencia jurídica y moral de la sociedad, que no están puestos por escrito<sup>20</sup>. Se recogen y configuran para superar las contradicciones y lagunas de las reglas. Eso se hace leyendo la complejísima trama del derecho, auscultando el espíritu del pueblo<sup>21</sup>. Se debe recopilar “la conciencia jurídica popular que ronda en los usos y costumbres”<sup>22</sup> para así sintonizar la producción normativa del juez y la dogmática con valores populares, que precisamente por ser compartidos por la comunidad no necesitan de una promulgación o validación formal, su fuerza jurídica proviene de una tradición que, por cierto, debe actualizarse.

Vergara desdeña en parte el debate entre ius positivistas y ius naturalistas porque lo ve como una disputa meramente filosófica<sup>23</sup>. Su aproximación claramente hermenéutica elude esa división o se ubica en una zona aparte. Y, a propósito de esta ubicación, es que podemos observar de forma palmaria la huella de Dworkin y Savigny<sup>24</sup>, dos autores insignes difíciles de encasillar en alguna de las dos tradiciones clásicas de la filosofía del derecho.

18 VERGARA, Alejandro: *Para una teoría de los principios jurídicos*, ob. cit., p. 902.

19 *Ibíd.*, pp. 898-899.

20 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 637.

21 VERGARA, Alejandro: *Para una teoría de los principios jurídicos*, ob. cit., p. 899.

22 *Ibíd.*, p. 904.

23 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 6.

24 Creo identificar una vinculación más estrecha y poderosa con Dworkin. Para Vergara la teoría de Ronald Dworkin es el planteamiento teórico contemporáneo “más actual, famoso y coherente”. Dworkin sería un caso “único en la historia del método jurídico, pues sus propuestas teóricas más famosas (la distinción de reglas y principios; y la integridad del derecho)” han originado una nueva tradición (VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 643). Además, Vergara en más de una ocasión elabora una lista que incluye otros distinguidos juristas cuya perspectiva está cerca de Dworkin y Savigny: Emilio Betti, Josef Esser, Giorgio Del Vecchio, Karl Larenz, Claus Canaris y Eduardo García de Enterría (*Ibíd.*, p. 639).

Son varias las ideas de Dworkin y Savigny que Vergara identifica o cree identificar y que – implícita o explícitamente – hace suyas. El punto aquí, ciertamente, no es si son leídos correctamente por Vergara sino cómo sus postulados lo definen. En primer término, ambos pensadores se apartan del lenguaje iusnaturalista pues no incorporan absolutos morales a su comprensión del derecho. Junto a ello, no reducen el derecho a la normatividad legal y escrita sino que descansa en el espíritu del pueblo o en los principios. Esto los conduce a reivindicar las “fuentes populares del derecho” y el rol del juez, que adjudica rescatando valores de la comunidad a la hora de aplicar el derecho. Por estas razones, según Vergara estas propuestas teóricas serían las concepciones democráticas del derecho por antonomasia. Por último, ambas teorías estudian y reflexionan en torno a un derecho nacional<sup>25</sup>.

### III. LA TEORÍA DEL DERECHO SEGÚN ALEJANDRO VERGARA

Nuestro autor ha dedicado estudios a elaborar una propuesta sobre el rol y las funciones de la teoría del derecho, visión que – como ya explicamos – tiene un muy interesante potencial, precisamente porque arranca de una perspectiva singular sobre la ontología jurídica, que intentamos dibujar en la sección anterior.

Aclaremos en esta fase del trabajo que la teoría del derecho de Vergara se distancia de la perspectiva más compartida, al menos a nivel intuitivo, sobre la naturaleza de esta disciplina. Uno de quienes la ha formulado es Norberto Bobbio, para él la teoría del derecho es una de las ramas de la filosofía jurídica y está dedicada al estudio del concepto de derecho<sup>26</sup>.

El contenido principal parece condensarse en la afirmación de que la teoría del derecho es una “metaciencia dedicada al método”, que permite “observar las estructuras de *lo jurídico* y la aplicación empírica de sus fuen-

25 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 199-205.

26 BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta 2015 Madrid, p. 56.

tes<sup>27</sup>. Desde la perspectiva de Vergara la construcción del derecho se hace por medio de un instrumental conceptual y valorativo cuya inspección se entrega a la teoría del derecho. En ese sentido, esta disciplina es insustituible, pues provee un lenguaje para inteligir la forma y estructura de las fuentes del derecho y de sus instituciones, así como los hábitos intelectuales de quienes las operan. Su ausencia en los planes de estudio y en la conversación académica impide una comprensión más profunda y compleja del fenómeno jurídico. Su desconocimiento resulta en una desconexión entre juristas y los demás operadores jurídicos<sup>28</sup>. La segunda idea básica es que se trata de una disciplina que está conformada por un mapa de teorías o temas que cubren diversas esquinas del derecho y que permite observar su entramado conceptual y su funcionamiento<sup>29</sup>. Así las cosas, la teoría del derecho sería una “supra-especialidad” que provee de cierta unidad a un fenómeno tan diverso como el derecho, pues lo reconstruye, entiende y explica<sup>30</sup>.

Esa red de teorías estudia el trabajo intelectual de los juristas cuando hacen dogmática<sup>31</sup>, la producción normativa por parte de los jueces<sup>32</sup>; estudia también la interpretación, rastreando cánones que guían la tarea hermenéutica<sup>33</sup>. También incluye en su estudio al hecho jurídico. Conviene detenerse aquí para aclarar que esta categoría está distante del significado que le atribuye el derecho privado. En un trabajo Vergara señala que el hecho jurídico “se manifiesta en el actuar cotidiano de los ciudadanos, en sus relaciones con relevancia jurídica; en medio del sentimiento popular de lo que es «justo» o «equitativo», así como en las costumbres: es el espíritu del pueblo; la con-

27 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 5, ver también VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., pp. 630-631.

28 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 214-215.

29 *Ibíd.*, p. 193.

30 RIVERA, Daniela y VERGARA, Alejandro: “Pensando y construyendo el derecho desde la interdisciplinariedad”. En: ROJAS, Carolina; HAYE, Andrés (editores): *Actas Seminario Interdisciplina en la UC*, Ediciones UC, Santiago, 2012, p. 66.

31 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 195.

32 *Ibíd.*, p. 194.

33 *Ibíd.*, p. 194 (“Es la interpretación el gozne que permite comprender el dato representativo (las normas) con la realidad a la cual se debe aplicar ese mandato imperativo (los hechos, cada hecho)”).

ciencia jurídica popular; el derecho vivido<sup>34</sup>. Una definición algo esotérica y que puede solaparse con lo que en su terminología son distintas fuentes y teorías. Por último, integra esta red una teoría de la norma jurídica que observa la estructura del ordenamiento, donde se estudian dos especies de reglas, leyes y constitución y también la tarea de sistematización normativa<sup>35</sup>.

Para hacerse una idea más completa de la propuesta de Vergara corresponde enumerar una serie de rasgos importantes sobre esta disciplina, que permiten distinguirla mejor.

Primero, la teoría del derecho es una disciplina descriptiva, Vergara es enfático al señalar que no ofrece una propuesta sobre el derecho justo o una definición de su naturaleza<sup>36</sup>. De modo que debe adaptar su método al objeto, esto es, al derecho tal y como está configurado actualmente, a la estructura contemporánea de sus fuentes y a cómo estas mutan. Esa descripción podría tomar la forma de un análisis conceptual, pero Vergara insiste más de una vez que se trata de una descripción *empírica*<sup>37</sup>.

Este punto se conecta con otra idea de gran relevancia. La teoría del derecho no debe confundirse con la filosofía del derecho. Según Vergara, la filosofía del derecho no asume una perspectiva empírica, sino que hace una especulación en torno a la justicia<sup>38</sup>. La filosofía del derecho se orientaría al derecho ideal, a decisiones legislativas futuras, no al derecho positivo, a la actual práctica situada<sup>39</sup>. La teoría del derecho, en cambio, busca explicar la realidad práctica del derecho, no es una disciplina especulativa. Su objetivo

34 VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016, p. 394.

35 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., pp. 632-634.

36 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 4.

37 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., pp. 624-626, 630.

38 *Ibíd.*, p. 648. Vergara, por alguna razón, excluye el naturalismo de Brian Leiter o la aproximación histórica de Gerald Postema. Dos enfoques positivistas pero no analíticos. Ver LEITER, Brian: *Naturalismo y teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2012; POSTEMA, Gerald: “Jurisprudence, the sociable science”. En: *Virginia Law Review*, Vol. 101, N° 4, 2015.

39 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 651.

es describir sin necesidad de adscribir a alguna tradición iusfilosófica<sup>40</sup>. Si bien asignarle a la filosofía del derecho únicamente el papel de teoría de la justicia puede mostrar cierto desconocimiento de sus otras tareas, creo que Vergara sí apunta en la dirección correcta pues entre la teoría del derecho y la filosofía al derecho habría una diferencia de niveles de abstracción. Hay, además, una cuestión de perspectiva. Cuando se hace teoría del derecho es “una autoobservación que se realiza desde la perspectiva de un jurista positivo sobre su propio obrar”<sup>41</sup>, se observa el fenómeno jurídico desde un punto de vista que podríamos denominar interno, mientras que la filosofía del derecho lo hace desde afuera<sup>42</sup>. La teoría del derecho, eso sí, obtiene de la filosofía “categorías y conceptos necesarios para desarrollar su plan de análisis, pero sin perder su autonomía epistemológica”<sup>43</sup>.

En la misma línea, esta disciplina no debe traslaparse con la doctrina o dogmática jurídica o, más precisamente, con cada una de sus ramas. La doctrina diseña cada disciplina jurídica, formula instituciones y principios y sistematiza el material normativo<sup>44</sup>. Y esas no son las tareas de la teoría del derecho, esta observa la estructura y está conectada con la dogmática, pero su aproximación es especializada, mientras que la de la teoría del derecho es general<sup>45</sup>. Lo que, en este caso, debiese significar que se hace abstracción de los detalles de cada rama y se mira conceptos, hábitos y argumentos comunes.

En conexión con este deslinde, conviene hacer mención a un rasgo en el que Vergara se detiene poco, pero que a mi juicio cumple un rol relevante. Se trata del sincretismo de la teoría del derecho: en su estudio integra aportes de diferentes disciplinas jurídicas y también de otras próximas al derecho<sup>46</sup>.

40 Ibid, p. 628.

41 VERGARA, Alejandro: *Sistema y autonomía*, ob. cit., p. 960.

42 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 644.

43 Ídem.

44 VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016, pp. 395-396.

45 VERGARA, Alejandro: *Delimitar y distinguir*, ob. cit., p. 644.

46 Ibid, pp. 626, 645, 656.

Por último, y para cerrar esta explicación, una idea que resume buena parte de lo dicho. La teoría del derecho de Alejandro Vergara tiene un carácter, aunque suene redundante, jurídico. Es una disciplina *para* el derecho. Esto queda claro en un párrafo que conviene citar en extenso: “Pareciera que la teoría del derecho es terreno más propio de juristas positivos y eruditos, que conocen y controlan cada detalle y contraseña de las dimensiones de la positividad del derecho; de las estructuras y funciones de todas las fuentes, y de las técnicas de aplicación de esas fuentes”<sup>47</sup>.

#### IV. UN EXAMEN CRÍTICO DEL PLANTEAMIENTO DE VERGARA

En este punto del artículo pretendo escrutar los planteamientos de Vergara, distinguiendo los elementos que me parecen rescatables y valiosos de los que merecen objeciones o generan nudos críticos.

Comenzaremos con los elementos positivos. Vergara presenta una concepción del derecho que me parece interesante desde varios puntos de vista, porque enfatiza elementos no siempre tratados, en particular por juristas dogmáticos. El derecho es entendido como un producto dinámico y en constante (re)laboración (a esto se refiere cuando entrelaza las cuatro fuentes). En segundo lugar, la importancia que se atribuye al imaginario o conciencia jurídica, lo que rotularía como el carácter *cognitivo* del fenómeno jurídico. Es decir, el derecho es algo que ocurre también en las mentes, y por lo tanto está configurado – aunque sea parcialmente – por una cultura. Y, en tercer lugar, una idea consistente con las dos anteriores: una comprensión no universal del concepto de derecho. El fenómeno jurídico (y su intelección) siempre tiene un carácter local.

---

47                   Ibíd, p. 653.

En cuanto a la disciplina que Vergara va perfilando, existen consideraciones que estimo valiosas, fuertemente conectadas entre sí y que deben reivindicarse. Primero, creo que Vergara acierta al hablar de una teoría *para* el derecho en la que debe primar una actitud interna, preocupada de las tensiones de la práctica concreta. En seguida, es correcto distanciarse tanto del análisis o examen valorativo como de la especulación ejercida desde una suerte de equilibrio reflexivo; prefiriendo un estudio descriptivo y orientado empíricamente. Se trata de una modalidad poco desarrollada ante el predominio aplastante de esas otras dos formas de análisis del derecho. En esa línea, Vergara da en el clavo al distinguir la teoría del derecho de la filosofía del derecho como dos tipos de trabajo intelectual distintos. Asimismo, considero apropiado defender un sincretismo disciplinario en la teoría del derecho, en especial si se considera la extraordinaria variedad del objeto a investigar, no tiene sentido privilegiar algún enfoque sobre otro. Para inteligir esa compleja trama necesitamos (solo a título ejemplar) aportes desde la historia, la filosofía y la sociología.

Ahora podemos pasar a las observaciones críticas, las cuales arrancan fundamentalmente de la inconsistencia que identifiqué en la forma en que Vergara articula la teoría del derecho y los elementos que acabo de rescatar de su pensamiento. El núcleo del problema radica en la interacción entre su concepción del derecho y la teoría que propone para estudiarlo. A nuestro juicio, hay elementos de su comprensión del derecho que están insuficientemente plasmados en su propuesta disciplinaria. Vergara acierta al pretender dar cuenta del derecho chileno y no hablar de una teoría universal o global, pero esa intuición tan valiosa queda trunca. En este punto de mi exposición, para evitar confusiones, quiero puntualizar que no es el propósito de este artículo desahuciar la propuesta disciplinar de Vergara. Solo pienso que es más consistente, con su propio planteamiento sobre el derecho, un encuadre diferente que privilegie aspectos que no están presentes o bien aprovechados.

Los elementos que destacamos a propósito de la concepción del derecho de Vergara no están adecuadamente expresados en su teoría del derecho, o son oscurecidos al entenderla como una metadisciplina cuyo objeto es el método jurídico. Un breve elenco de inquietudes puede iniciar mi argumentación. Cuando se estudian las “teorías” o el “método” ¿Se estudian teorías globales o teorías nacionales? Las formas de interpretación, los principios jurídicos o el ejercicio de dogmática jurídica ¿Son objetos universales u objetos contingentes? Es decir, ¿Es local o general la teoría de Vergara?

En su presentación da la impresión de que, cuando habla de método, se refiere a una serie de operaciones intelectuales abstractas; y se indagaría por tanto una suerte de patrimonio conceptual del derecho sin referencia a un *ethos* particular. Pareciera estar describiendo una actividad propia de un concepto de derecho (y de una precomprensión filosófica) diferente a las que se ha esforzado en desarrollar. Por momentos, Vergara nos sugiere que se representa a la teoría del derecho como un corpus fijo que se debe conocer y cuyo desconocimiento es un déficit. Si es así (y considero que es una forma legítima de leer su trabajo) la disciplina que propone Vergara se tensiona con su propia obra. Eso es un error que contradice parte de su aproximación hermenéutica al derecho. De partida porque desconoce el carácter cognitivo del derecho y cómo las creencias de los participantes definen su contenido. Y también porque, evidentemente, la atención a lo local sobre lo universal es insuficiente o no está reflejada correctamente. Es más, una lectura perfectamente aceptable de su caracterización de la teoría del derecho como un estudio del instrumental metodológico, se parece a un análisis conceptual como el que propone Francesca Poggi para la teoría (general) del derecho<sup>48</sup>.

No es el espacio para conjeturar dónde reside el defecto que explica esta inconsistencia parcial de la propuesta de Vergara, pero probablemente la ausencia de un desarrollo de la noción de práctica social para tematizar al derecho tenga cierta responsabilidad. La imagen de cuatro fuentes imbricadas

---

48 POGGI, Francesca: “La Teoría General del Derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico”. En: *Derecho y Sociedad*, N° 48, 2017.

sugiere la idea de práctica social, pero también puede entenderse como un esquema más bien estático. Y cuya intelección se hace mediante el examen de conceptos rígidos.

Todas las anteriores consideraciones dirigen a una conclusión. El planteamiento disciplinar de Vergara no honra ni aprovecha sus meditaciones sobre el derecho. Lo que debiese ocurrir es una reformulación de la teoría del derecho. ¿Cuáles son los pasos de esta reorientación? En primer término, los elementos equívocos que se acercan a una teoría universal y abstracta, que desdeña el carácter local y cognitivo del derecho deben ser purgados. El resultado, en mi opinión, consistiría en forjar una visión más coherente y también más original de la teoría del derecho. La postura de Vergara se acercaría a propuestas que entienden a la teoría del derecho (o *jurisprudence*) como un trabajo intelectual situado, y que en buena parte realiza una indagación cultural. Ejemplos conspicuos son las reflexiones de Roger Cotterrell y William Ewald. Pero para darle sustancia a esta afirmación es necesario realizar una digresión.

## V. LA ALTERNATIVA DE WILLIAM EWALD Y ROGER COTTERRELL

Como anticipamos, las propuestas de Vergara se acercan a lecturas que se han hecho en las últimas décadas en la academia angloamericana. Para fundar mejor este aserto pasaremos revista a dos aportes cuyo vínculo con nuestro autor es evidente.

William Ewald, en un trabajo de derecho comparado, propuso que esta disciplina girara hacia el estudio del “derecho en las mentes” de cada jurisdicción. Esa expresión nos permite exponer un punto de contacto con la visión de Vergara. Ewald concibe el derecho como un fenómeno cognitivo: “[d]ebemos tratar de integrar las reglas escritas dentro de una red de creencias, ideales, opciones, deseos, intereses, justificaciones, principios,

técnicas, razones y supuestos”<sup>49</sup>. De modo tal que, para entender la compleja práctica social en la que consiste el derecho, cobra una importancia central excavar un conjunto de teoría y creencias<sup>50</sup> que animan y articulan tal práctica; y que rotula genéricamente como “principios”<sup>51</sup>. Ewald confía en que conocer y entender esos “principios” (que ciertos lectores podrían denominar cultura jurídica) permitirá comprender adecuadamente un sistema jurídico extranjero<sup>52</sup>.

En otra coincidencia con Vergara, Ewald distingue entre *jurisprudence* (o teoría del derecho) y filosofía del derecho. Ésta última es una rama de la filosofía que intenta responder cuestiones generales del derecho, sin referencia a sistemas jurídicos particulares, salvo con propósitos ilustrativos. La *jurisprudence*, a su turno, es la teoría de un país concreto, es nacional y contextual<sup>53</sup>. Y a esta disciplina le corresponde efectuar el tipo de indagación que describimos en el párrafo anterior, analizando los fundamentos intelectuales de sus instituciones principales<sup>54</sup>, y así develar los principios que subyacen a las reglas legales<sup>55</sup>, y eso se hace estudiando la teoría del derecho, local y situada, de cada país.

En el caso de Cotterrell su posición es más explícita. Al igual que Ewald y Vergara distingue entre filosofía del derecho y *jurisprudence* (o teoría del derecho). La primera es una rama de la filosofía que busca o rastrea verdades universales, más que un conocimiento atento a las particularidades de cada sistema jurídico. Su foco actual no está en la experiencia jurídica con toda su complejidad práctica y especificidad contextual, sino que en problemas

49 EWALD, William: “Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, N° 6, 1995, p. 1948.

50 *Ibíd*, p. 1941.

51 *Ibíd*, p. 2129.

52 Ewald menciona como ejemplos principios sobre la naturaleza del derecho, la justificación del poder del Estado, la responsabilidad política de los legisladores y las Cortes, la justificación del castigo o la legitimidad de la propiedad privada, ver *Ibíd*, p. 2144.

53 *Ibíd*, p. 1958.

54 *Ibíd*, pp. 1958-1960.

55 *Ibíd*, p. 1948.

abstractos definidos por el interés filosófico<sup>56</sup>. Cotterrell hace suyas críticas a la insularidad (y cierta esterilidad) de la filosofía del derecho. Una disciplina, cabe agregar, cercana al positivismo contemporáneo estándar, y analítica en su método. Su desdén por la experiencia temporal y territorialmente situada limita su relevancia y ha reducido su audiencia y perdiendo contacto con la práctica del derecho y su contexto social y político<sup>57</sup>.

La teoría del derecho, en cambio, no tiene como propósito buscar verdades últimas sobre la naturaleza del derecho o características esenciales o necesarias de lo jurídico<sup>58</sup>. Se trata de un tipo de investigación que arranca y se vincula con las condiciones de la práctica jurídica y la experiencia de su particular tiempo y lugar. Su enfoque se basa en la perspectiva profesional y popular sobre el derecho. Desde el punto de vista metodológico, carece de compromisos firmes, toma herramientas y conocimientos de muchas escuelas, tradiciones y disciplinas<sup>59</sup>. Algo que por momentos parece jugarle en contra, porque parece ser un paquete inconexo de miradas sobre el derecho, obtenidas con poca discriminación de las humanidades y ciencias sociales; así como de las especulaciones hechas por las y los abogados desde su propia práctica y conocimiento.

Como puede notarse, son varios los elementos que Vergara comparte con estos dos destacados académicos. Pero ninguna de las dos determina como objeto el “método” o convierte a la teoría del derecho en una “red de teorías” de objetos aparentemente rígidos. Se enfatiza el carácter dinámico y local del derecho, y se persigue – con claridad en el caso de Ewald – rastrear ese *ethos* que explica las singularidades de cada práctica jurídica.

---

56 COTTERRELL, Roger: “Why jurisprudence is not legal philosophy”. En: *Jurisprudence*, vol. 5, N°1, 2014. pp. 50-52.

57 *Ibíd.*, pp. 46-48.

58 *Ibíd.*, p. 42.

59 *Ibíd.*, p. 53.

## VI. LA TEORÍA (LOCAL) DEL DERECHO EN ALEJANDRO VERGARA

A pesar de lo dicho en los apartados anteriores, esta reorientación (local) para tener alguna justificación debe fundarse en la misma obra de nuestro autor. Conocemos ya varias ideas en esta dirección, pero también que es admisible interpretar la teoría del derecho de una forma algo inconsistente. ¿Qué elementos de su trabajo pueden ser útiles para esta reorientación? A mi juicio dos. Primero, su profunda lectura de los principios del derecho. En ella se condensan las bases de su pensamiento y, además, los rasgos que él atribuye a los principios son coherentes con un giro cultural y situado de su teoría del derecho. Segundo, su propia faena de investigación, porque mientras *deslinda* la disciplina también *hace* teoría del derecho. Existen en su reflexión dos excelentes ejemplos: el estudio del mito del Código Civil como derecho común y su caracterización del derecho chileno de las últimas décadas como “neomoderno”.

Ya explicamos, con cierto detalle, la importancia de los principios en el planteamiento de Vergara, y también intentamos mostrar la singularidad de su comprensión. Ahora, apoyándome en ese mismo material quiero justificar mi relectura.

Un primer punto es que Vergara, al menos explícitamente, le atribuye a los principios un rol algo disminuido, en contraste con el entusiasmo y la profundidad con que recrea su fisonomía. Trataré de explicar este punto. Vergara sostiene que los principios jurídicos “esconden, en su clásica fórmula epigramática, tan resumida y breve, un poso o sedimento del espíritu jurídico del pueblo”<sup>60</sup>. Les otorga el valor de una democracia subterránea y una legitimidad cultural y popular. Sin embargo, a la hora de ubicar su función generalmente les atribuye el clásico rol de una fuente a la que se recurre cuando hay lagunas o contradicciones del material normativo escrito<sup>61</sup>.

---

60 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 30-31.

61 Ver, por ejemplo, *Ibíd.*, pp. 28-29.

El mismo Vergara dice que los principios “siempre andan rondando en nuestras ideas”<sup>62</sup> y que son valores de justicia material que existen en el imaginario jurídico de la sociedad<sup>63</sup>. Cuando se refiere así a los principios pareciera estar hablando de una normatividad *implícita*. Si es así, su presencia en la arquitectura de un sistema jurídico es mucho mayor. Operan como cánones interpretativos, ideales regulativos o tradiciones que van configurando, en la mentalidad de los juristas (en sentido amplio), una determinada actitud interpretativa que impacta de muchas formas en la normatividad *explícita*. Dicha actitud interpretativa es, en el fondo, la cultura jurídica, la cual debe rastrearse para tener una comprensión más afinada y densa del derecho. Y eso se hace a través de una investigación local. Los principios jurídicos son un objeto de conocimiento que por sus propias características va siendo moldeado por discursos académicos y prácticas administrativas, pero también por narrativas historiográficas o por ideologías económicas. El análisis de un principio va a ser siempre situado y por ello va a ser relevante reconstruir las ideas que lo nutren y que explican el modo en que *cada* comunidad lo entiende.

Una segunda cuestión, en orden a refrendar la reorientación de la teoría del derecho de Vergara es mostrar cómo, en parte de sus estudios, su reflexión precisamente se dirige a un análisis de las premisas culturales que definen una práctica jurídica concreta. Los trabajos de Vergara tienen esta orientación a comprender la especificidad cultural de la comunidad de intérpretes de Chile. Hemos elegido dos ejemplos claros y de gran valor por separado.

Vergara ha intentado refutar un argumento muy extendido: el carácter de derecho común del Código Civil. Ha elaborado una crítica a la “la excesiva y extendida tesis” de la supletoriedad general del Código Civil<sup>64</sup>, que se sostendría como posición doctrinaria pero también como una práctica acrítica que, frente a lagunas de la normativa administrativa, recurre a las

---

62        *Ibíd.*, p. 25.

63        VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”, *ob. cit.*, p. 901.

64        VERGARA, Alejandro: *El Derecho administrativo como sistema autónomo*, *op. cit.*, p. 32.

disposiciones del Código Civil para colmarlas. ¿Por qué se persiste en el error? La respuesta de Vergara es un análisis local, escudriñando ideas que explican esa práctica. Son componentes de la cultura jurídica chilena. Existiría un mito que ubica a este cuerpo legal como centro del ordenamiento jurídico<sup>65</sup>. Que a su vez “descansa en un fenómeno psicológico: la creencia de la vigencia actual de un residuo histórico: el *ius commune* medieval”<sup>66</sup>. Esa presunta supletoriedad – más allá de un mero análisis normativo – se funda en una “creencia”.

Su idea del derecho neomoderno – con la que se puede coincidir o no – es una propuesta que, al menos al hilo de sus propios argumentos, busca caracterizar la evolución que ha sufrido el derecho chileno en los últimos cuarenta años. En esta nueva atmósfera jurídica los principios rivalizan con la ley y el mercado con el Estado. Las personas ejercen autónomamente sus derechos, actuando a través de las innumerables relaciones y decisiones que el mercado acoge, de modo que este último suprime el antiguo monopolio del Estado, quien abandona su rol interventor. A la luz de estos fenómenos, el estatismo de la cultura jurídica desaparece. Por otra parte, el esquema de las fuentes del derecho ha mutado. Desde una perspectiva estrictamente jurídica el rol privilegiado de la ley se ha alterado. Las leyes con pretensiones de racionalidad y perennidad declinan e irrumpen nuevas fuentes (derecho global, constitución, reglamentos, circulares) o son rehabilitadas otras (como los principios), que descentralizan y multiplican las potestades normativas<sup>67</sup>.

Puede ser una explicación extrapolable a otras jurisdicciones, pero los argumentos y hallazgos son referentes a Chile<sup>68</sup>. Vergara, al referirse al derecho neomoderno, no escatima expresiones que dan cuenta de un espacio

---

65       Ibíd, pp. 67-68.

66       Ibíd, pp. 33-34.

67       VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 14-17.

68       Aunque cabe reconocer que hay cierta ambigüedad en este punto cuando desarrolla esta idea en VERGARA, Alejandro: El espacio jurídico neomoderno. El ejemplo paradigmático del derecho administrativo. En: *El Cronista del estado social y democrático de derecho*, N°80, 2019.

cultural: un “nuevo *ethos*”<sup>69</sup> o “nuestro hábitat”<sup>70</sup>. Junto con la “revolución hermenéutica” que supuso la Constitución vigente<sup>71</sup>, se trata de un conjunto de creencias, ideales y formas institucionales que nos orientan, que posemos no de una forma electiva. Es un cambio de la cultura jurídica, que acontece primero en las reglas y luego se disemina por el resto de las fuentes<sup>72</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha reivindicado el valor de la obra teórica de Alejandro Vergara. Su concepción del derecho es original e integra diversas influencias que enriquecen su análisis y le proveen de una rara singularidad. Al mismo tiempo, también hay un enorme mérito al intentar delimitar un campo propio de la teoría del derecho, una disciplina que él entiende de modo diferente a la ortodoxia iusfilosófica. Vergara desarrolla una reflexión muy promisoría, que al definir el contenido de esa disciplina cae en cierta ambigüedad y pueda ser entendida como una forma de estudio abstracta y especulativa, algo diferente a lo que debiera resultar de su aproximación. Una forma legítima de entender su teoría del derecho es como una rama de la enciclopedia jurídica próxima a ese análisis desarraigado y especulativo que Vergara reprueba. Dicho en términos figurativos, Vergara abre una veta extremadamente interesante pero no la explota como debería, e incluso su propuesta acusa inconsistencia. Así entendida su “teoría del derecho” se vuelve una amenaza para su intelección del derecho, o al menos para la originalidad de su exhortación iusfilosófica; y compromete los futuros rendimientos que cabe esperar de un esfuerzo tan inteligente y valioso.

¿Qué proponemos? Considerando las propias ideas de Vergara, la disciplina que él describe debiese caracterizarse de otro modo. Una práctica, que existe en un contexto temporal y geográfico, y que está en permanente

---

69 VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. XI.

70 *Ibíd.*, p. 18.

71 *Ibíd.*, p. 219.

72 *Ibíd.*, pp. XI-XII.

construcción debe estudiarse de otra forma. El análisis debiese focalizarse en el imaginario y las creencias efectivas, predominantes en una cultura jurídica específica. Esta perspectiva nos llevará a pensar la teoría del derecho como una disciplina que indaga los ideales, principios y horizontes de sentido de una determinada comunidad de intérpretes, valiéndose de un sincretismo metodológico. Es decir, una teoría local fundada en la original aproximación del profesor Alejandro Vergara.

## BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Trotta, Madrid, 2015.

COTTERRELL, Roger: “Why jurisprudence is not legal philosophy”. En: *Jurisprudence*, vol. 5, N°1, 2014.

EWALD, William: “Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, N° 6, 1995.

PEDRALS, Antonio. “Teoría del derecho, Alejandro Vergara Blanco”. En: *Ius et Praxis*, vol.25, N°2, 2019.

PEÑA, Carlos “Vergara Blanco, Alejandro (2019): Teoría del Derecho: Identidad y transformaciones”. En: *Revista Chilena De Derecho*, vol. 48, N°1, 2021.

POGGI, Francesca: “La Teoría General del Derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico”. En: *Derecho y Sociedad*, N° 48, 2017.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio: *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2007.

RIVERA, Daniela y VERGARA, Alejandro: “Pensando y construyendo el derecho desde la interdisciplinariedad”. En: Carolina Rojas y Andrés Haye (editores): *Actas Seminario Interdisciplina en la UC*, Ediciones UC, Santiago, 2012.

VERGARA, Alejandro: *Teoría del Derecho. Identidad y Transformaciones*. Ediciones UC, Santiago, 2019.

VERGARA, Alejandro: “Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°44, 2015.

VERGARA, Alejandro: “Para una teoría de los principios jurídicos”. En: *Derecho Administrativo*, N°119, 2018.

VERGARA, Alejandro: “Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los ‘núcleos dogmáticos’”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°3, 2014.

VERGARA, Alejandro: “Tareas esenciales e identidad de la dogmática jurídica”. En: Lariguet, Guillermo: *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Editorial Brujas/Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2016.

VERGARA, Alejandro: *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como derecho común*. Abeledo Perrot – Legal Publishing, Santiago, 2010.

VERGARA, Alejandro: “Los temas de la teoría del derecho y la interpretación rigurosa. En el sendero de Betti y Larenz”. En: *Anuario de filosofía jurídica y social*, N°28, 2010.