

# DERECHO ADMINISTRATIVO Y MÉTODO JURÍDICO.

## EL ROL DE LA DOCTRINA

Alejandro Vergara Blanco<sup>2</sup>

*En homenaje a los profesores de Derecho Administrativo peruanos, por esa amistad forjada en torno a la identificación y enseñanza de la disciplina común<sup>3</sup>.*

### PRIMERA PARTE:

#### ENSEÑANZA Y CONTENIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Este encuentro está referido al Método jurídico; pero aplicado a la disciplina del Derecho Administrativo. En esta primera parte me referiré al contenido de la disciplina.

No podemos olvidar, desde el inicio, la esencialidad del método. El tema del método es importante.

Todos nosotros, estamos acá reunidos, porque estamos entusiasmados en llevar adelante una tarea a la cual hemos ingresado por vocación, pero ya luego por interés de captar, enseñar algo que nosotros hemos aprendido: el Derecho Administrativo.

Entonces, siempre habrá una enseñanza del Derecho Administrativo. Pero hemos de agregar algo más a este entusiasmo, y a la experiencia que tengamos en la disciplina; debemos incorporar el método; alguna forma de hacer las cosas bien. Eso es el método; es algo que nos ayuda en el camino: primero, en el sendero sinuoso de aprender lo que hemos querido enseñar; y, luego, en la ruta de saber enseñar lo que hemos aprendido.

¿Qué es aquello que enseñamos? ¿Qué método usamos para aquello que enseñamos? ¿Cómo estamos enseñando? En este primer bloque entonces vamos a poder observar lo que se enseña, o se debe enseñar, o cómo enseñaron el Derecho Administrativo nuestros maestros.

Me referiré, entonces, al rol del Derecho Administrativo como disciplina académica y como fuente del derecho.

*[El derecho administrativo como disciplina]* En primer lugar, ¿qué es el Derecho Administrativo? Hay muchas posibilidades para acercarse al Derecho Administrativo. En

---

<sup>2</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Programa del Derecho Administrativo Económico. Director de los Diplomados de Derecho Administrativo, Derecho de Recursos Naturales y Energía. Director de la *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Autor de diversas publicaciones en Derecho Administrativo, Derecho de Aguas, Derecho de Minería y derecho de Energía. Ver las publicaciones del autor en: [www.vergarablanca.cl](http://www.vergarablanca.cl) y su blog: <http://alejandroversgarablanca.blogspot.com/>

<sup>3</sup> Transcripción de la presentación inaugural de las *Jornadas sobre Método y enseñanza del Derecho Administrativo*, Lima, 30 agosto de 2014, a las que concurrí gracias a la amable invitación de Jorge Danós y al entusiasmo de buena parte de los profesores de Derecho Administrativo peruanos. En la transcripción, se omiten palabras circunstanciales; he agregado subtítulos. Mi exposición sobre el rol del Derecho Administrativo, de su Doctrina como fuente del derecho, y sobre el método (que aquí se transcribe), fue complementada con otras exposiciones, por ejemplo, la del profesor Jorge Danós, sobre enseñanza de la disciplina en el caso peruano; y de la parte chilena, la de la profesora Daniela Rivera, sobre la enseñanza de las diversas ramas especiales del Derecho Administrativo, que es el Derecho Administrativo Económico y el derecho de Recursos Naturales; y las subespecialidades, Derecho Minero, de Energía y Aguas.

primer lugar, la posibilidad natural de todos nosotros, si nos referimos al Derecho, es querer enseñar la ley, sólo la ley; lo que dice la ley en general sobre aquello que en principio llamamos Administración; pero las leyes tiene datos parciales y no se aplican ellas solas.

Como nosotros nos vamos a referir al Derecho Administrativo, desde ya voy a marcar una distancia, pues el Derecho Administrativo se puede concebir no sólo como aquel que está en las leyes, no sólo como aquél que está en la jurisprudencia, sino como aquél que está en los libros, en los libros que escriben los profesores. Pues los libros que escriben los profesores, a aquellos que se les puede llamar “manual” de Derecho Administrativo, o incluso muchas veces simplemente “apuntes” que alumnos aventajados y cuidadosos toman de las clases de sus profesores, se transforman en un texto del Derecho Administrativo. Muchas veces por la modestia de su origen, según cómo van surgiendo esos textos, nos olvidamos que ellos son precisamente una fuente más del Derecho; y al desconocer ese rol de estos modestos libros, nos olvidamos de esas primeras clases que tenemos en el primer año de la Carrera, cuando nuestros profesores de teoría del Derecho o de Introducción al Derecho, nos enseñaban las fuentes del Derecho.

[*Las fuentes del derecho; entre ellas, la Doctrina*] i) Pues desde que aprendemos por primera vez el tema de las fuentes del derecho, ha quedado en nosotros una clasificación básica de ellas. Nuestros profesores nos decían: en primer lugar, está la ley. Nadie negaría que en nuestras sociedades la fuente más importante, desde el punto de vista de la regulación de la conducta de los hombres, es la ley. Siendo la ley, algo muy relevante sobre todo en nuestro esquema de acuerdo social, es una regla creada por el Parlamento en una sociedad que ha sido construida bajo la separación de varios poderes, cada uno con su rol: entre ellos, el que inicia esta regulación, es el poder legislativo, que dicta la Ley; luego el poder jurisdiccional, en su caso la aplica; y el poder ejecutivo, cuyo papel en medio de nuestra disciplina es evidente: ejecución de las leyes, en pos del bien común.

ii) La segunda fuente del Derecho que nuestros profesores nos mencionaban es la jurisprudencia. No se enseña con tanta sistematicidad la jurisprudencia en nuestro país, pero todos tenemos conciencia que es una fuente del Derecho.

iii) En seguida nuestros profesores seguían agregando algunas otras fuentes; por ejemplo, en tercer lugar, se solía agregar la costumbre, como una fuente relevante; en muchas disciplinas es irrelevante la costumbre, pero en otras se estudia con cuidado, pues es muy importante, como en el caso del Derecho de Aguas.

iv) En cuarto lugar, se agregaba, recuerdo, como fuente a la Doctrina. Estoy recordando esto precisamente en este momento en que se supone, y lo digo con total humildad, como él último de la fila, que los que estamos aquí y los que profesamos esta ciencia, la ciencia de Derecho, y que escribimos libros, no podemos perder la conciencia, la íntima conciencia, de que dedicándonos a escribir dichos libros, con mayor o menor cuidado, tales libros son y deben ser esa fuente del derecho que llamamos Doctrina.

Y esta Doctrina, es, tengámoslo claro, un fenómeno cultural que se da en medio de nuestra sociedades. Cabe tener esa conciencia sin falsas humildades, sin soberbias excesivas, pues ese sentimiento, esa sensación, esa raíz psicológica, es algo muy importante. Son como las seguridades personales, son como las identidades personales. Saber identificarse en lo que se es, y en lo que no se es. Es que los profesores de Derecho que, además de enseñar sus disciplinas, se dedican a llevar todas esas experiencias, todos su conocimientos, a una serie de textos que se denominan de distinto modo, ya sea “Instituciones de derecho Administrativo”, “Manual de Derecho Administrativo”, “Tratado de derecho Administrativo”, sea cual sea el modo en que los queramos llamar; el

conjunto de todos esos textos, digo, *son* y constituyen ese fenómeno cultural y Fuente del derecho que conocemos como Doctrina.

Entonces estamos haciendo un salto enorme desde aquel primer día en que estudiamos Derecho y nuestros profesores nos hablaron de la Doctrina. Pues enseguida, aquellos que hemos sido llamados a cumplir un rol, primero, profesoral de llevar al papel, en un texto sistemático, una serie de desarrollos que deben cumplir un fin primero académico; y que en seguida hemos sido llamados a cumplir un rol social, como juristas, conformando con nuestros textos aquello que llamamos doctrina, es algo muy relevante tener conciencia de ello. Es algo relevante porque yo creo que los sistemas sociales y sobre todo los sistemas educativos adquieren una madurez cuando los hombres y mujeres que llegan a esas posiciones profesorales y de juristas, toman real conciencia de cuál es su rol y, asumen esa responsabilidad indelegable. Y ser jurista es, precisamente, ser doctrina; y eso se produce en el momento que ese conjunto de libros se transforman en una fuente más del Derecho.

No cabe extremar su rol ni buscar alguna supremacía, ni intentar que la doctrina llegue a ocupar un rol preponderante que no le corresponde; pero, cabe al menos constatar que, por modesto que sea, la Doctrina cumple un rol como Fuente del derecho. Aunque todos sabemos y constatamos la distancia a la que puede estar la doctrina de esa fuente tan vigorosa que es la ley, dado el imperio de ésta de lo que carece la Doctrina; o a la distancia que puede estar la doctrina de aquella fuente que es la jurisprudencia, por la atemorización que cada sentencia produce, dado el efecto de cosa juzgada, que puede condenar o salvar de la condena a las personas. Un libro es un mero libro, y en principio eso es la doctrina; o un artículo de revista. Pero a pesar de esa modestia, cumple roles importantes en medio de nuestras sociedades.

*[Conciencia del profesor y jurista de su rol como autor de la Doctrina]* Y es esa la idea que yo quería discutir con todos ustedes esta mañana, y saber cuál es vuestra percepción, del valor que cumple la Doctrina en su país. Es que la enseñanza del Derecho Administrativo se basa en la existencia de una doctrina, pues si lo que se va enseñar es simplemente una servil repetición del desnudo texto de la ley, los profesores estaríamos de sobra. En ese caso, lo único que podemos hacer con nuestros alumnos y con nosotros mismos es pedirles que vayan directamente a la Ley, sin necesidad alguna de intermediación profesoral, la que simplemente demoraría esa lectura; sería el mismo caso si reducimos nuestra intermediación a incorporar algunos leves comentarios de las leyes, lo que no tiene mayor utilidad. Pues si la enseñanza de la ley o la enseñanza del Derecho, en este caso del Derecho Administrativo, es la sola la ley, la verdad es que nada se habrá agregado por el profesor, salvo algunas experiencias prácticas del profesor, el que siempre podrá hacer comentarios más o menos ingeniosos, más o menos lógicos, en derredor de la ley, pero igualmente no se traduciría la enseñanza del Derecho sino en la enseñanza de la pura ley. Y asimismo, podemos repetir la misma crítica respecto de la enseñanza de la jurisprudencia, en caso de que sea mera exposición de las sentencias.

Dicho esto, doy un paso más y me refiero a la enseñanza del Derecho: entonces, ¿cómo puede ser la enseñanza del Derecho? Tiene que ser con algún agregado, no voy a incorporar ahora los temas metodológicos. Los profesores que enseñan la disciplina tienen que sistematizar la materia. En términos prácticos, igualmente la sistematización de las materias significa hacer un programa, significa incorporar a un papel una especie de índice, una serie de temas y que pueden ser esos temas expuestos de un modo más o menos sistemático. Agrupados en relación a grandes temas, pero regularmente incorporando algunos elementos básicos que aglutinen de verdad los temas más importantes, y para que

no dejen ninguno fuera. Ahora podemos decir, y por ahora lo dejaré de un modo hipotético, como una primera formulación, que hay un núcleo de materias que conforma los pilares de cada disciplina. Son siempre tres pilares en derredor de los cuales se pueden obtener las materias de todas las disciplinas jurídicas. Me refiero a eso que podemos llamar el «núcleo dogmático» de cada disciplina, tema que no desarrollaré ahora, pero que enuncio.

[*El método jurídico. Relación jurídica*] Hace dos siglos, lo que marcó el nacimiento de la Ciencia del Derecho contemporánea, la luminosa visión de Savigny mostró que las disciplinas, aquellas que la Doctrina ha ido construyendo, siempre nacen de una célula básica: la “relación jurídica”. Siempre hay una relación jurídica, y la relación jurídica es intersubjetiva (entre dos sujetos); es que eso precisamente es una relación, pues si no hay dos sujetos, simplemente no hay relación. Y la relación además se da en medio de alguna temática, en medio de alguna acción social; por ejemplo:

i) La relación jurídica del Derecho Penal es esa relación o ese encuentro desgraciado que se produce entre el delincuente y la víctima. Aunque sea algo negativo, pero eso es una relación jurídica, y de allí surge todo el Derecho Penal.

ii) El Derecho Laboral surge de una relación jurídica en que dos sujetos, uno que tiene la oportunidad de aportar capital o pago de servicios, y otro que tiene la oportunidad o la necesidad de aportar servicios para ser retribuidos. Esa relación entre esos dos sujetos origina el Derecho Laboral.

[*La relación jurídica de Derecho Administrativo*] Si observamos bien, todas las disciplinas se construyen alrededor de una relación jurídica principal. Y el Derecho Administrativo se construye en base a una relación jurídica principal, en este caso entre la Administración y un administrado. Siempre hay dos sujetos, por lo tanto siempre en el Derecho Administrativo existirán dos grandes áreas del Derecho que habrá que enseñar.

i) Por una parte, esa organización enorme que llamamos «Administración» y que en nuestro sistema político, junto al Gobierno, constituye todo un poder del Estado. Con un Presidente a la cabeza, asesorado inmediatamente por secretarios de Estado o Ministros, y en seguida con un enjambre enorme de órganos administrativos, vinculados ya sea directa o indirectamente con mayor o menor autonomía; a toda esa estructura le llamamos Administración, y eso siempre es una gran parte del Derecho Administrativo.

ii) Y luego el «administrado» y toda su dignidad, y todos sus derechos, y todas las libertades, y todas sus posibilidades de reclamos frente a las arbitrariedades o las decisiones de ese sujeto que es la Administración.

iii) Y aquí tenemos que estudiar, en tercer lugar, al lado de aquellos dos sujetos que siempre forman parte de la disciplina, una gran cantidad de aspectos o materias de esa esencia de la disciplina, que es la «actividad administrativa»; y debemos ofrecer desarrollos pormenorizados y perspicaces sobre ello; saber en qué consiste sustantivamente la acción administrativa, o sea aquellas materias, aquellas conductas, aquellas actividades que vinculan a estos sujetos.

[*El núcleo dogmático del derecho Administrativo*] De allí, quizás lo explique mejor más tarde, que siempre el núcleo dogmático de la disciplina del Derecho Administrativo ha de contener esos tres aspectos esenciales, (Administración; actividad administrativa y administrado); y si no somos capaces de unificar en grandes capítulos esos tres temas, se

dificulta mucho más la enseñanza. Esta es la primera tarea de la Doctrina del Derecho Administrativo: diseñar su núcleo temático esencial. Por lo tanto, el poder construir núcleos dogmáticos nos simplifica la enseñanza; quizás no nos da una mirada detallista de todos los aspectos, pero al menos los tenemos a todos reunidos, y así lograr algo que es muy importante y que podamos ofrecer una precisión también esencial: señalar los límites del Derecho Administrativo; esto es, sus contornos. Poder decir con toda seguridad hasta dónde llega el campo de la disciplina.

Entonces, la segunda tarea, para quien se dedica al Derecho Administrativo, es poder marcar los límites. Para todos nosotros marcar los límites es muy relevante; saber hasta dónde llega el Derecho Administrativo o el punto desde el cual ya no es Derecho Administrativo; si dibujamos un círculo, lo que queda adentro es la disciplina, con sus tres pilares, que son su núcleo dogmático; lo que queda hacia fuera, ya no es Derecho Administrativo, es otra disciplina distinta.

Y nosotros esperamos entonces de nuestros profesores, o esperábamos cuando enseñaban, que dijese: les voy a enseñar Derecho Administrativo, y les voy a decir entonces hasta dónde llega el Derecho Administrativo. Y me pregunto, hoy, entonces, si somos nosotros los que estamos enseñando el Derecho Administrativo, ¿me veo preocupado con la intensidad y la perspicacia suficiente de determinar cuáles son los grandes temas del Derecho Administrativo? ¿Y, en seguida, determinar los límites del Derecho Administrativo?

En eso aparentemente tenemos que basar nuestra enseñanza. Pues si observamos aun con más detalle esos tres temas que hemos señalado, podemos incorporar ahora estándares valóricos, caldo de cultivo de los principios jurídicos, sobre lo que volveré al final de esta exposición. Cada uno de estos tres temas centrales del núcleo de la disciplina [(i) Administración; (ii) Acción Administrativa; (iii) Administrado] tienen el correlato de tres estándares valóricos, que le dan sustancia y robustez jurídica a la misma. Correlativamente agregamos, para cada cual:

- i) el «control» de la Administración, sin lo cual sería un poder desnudo;
- ii) una «tipificación legal de sus potestades»; esto es, actividad administrativa sujeta a la legalidad, evitando actuaciones espontáneas de los burócratas; y
- iii) los «Derechos públicos subjetivos» de los administrados, como límites de esa actividad administrativa.

*[El control de la Administración: un estándar valórico]* En efecto, el primer sujeto que se nos presenta en la relación de Derecho Administrativo es la Administración; pero si la Administración actuara sin ninguna posibilidad de ser controlada, seguramente nosotros no calificaríamos a nuestra disciplina con estándares jurídicos. Un estándar tal que permitiese a todo administrado en algún instante llevar a juicio a la Administración para ser controlada, en cuanto a su actividad. Por lo tanto, inmediatamente, al estudiar la Administración, estudiamos la necesidad de que ella misma pueda ser llevada a juicio, pues ese es el gran milagro del Derecho Administrativo, y lo que lo distingue de cualquier otra disciplina. Normalmente las relaciones jurídicas, que se basan entre sujetos particulares, o al menos iguales, tras el rompimiento de las conductas permitidas, pueden tener menos dificultad de que sean controladas o juzgadas o condenadas en un tribunal; es el caso de las relaciones en lo civil, penal, laboral, cualquiera que sea del mundo del Derecho privado. Pero, es todo un milagro que la Administración (ese poder enorme que convive con los particulares en medio de nuestras sociedades) pueda ser llevada a juicio; de allí que la Administración es un sujeto de Derecho, y en su relación con los administrados siempre rigen una serie de

valores que nosotros esperamos, como es la certeza, la justicia, y en la medida que la Administración pueda ser llevada a juicio, esos valores alumbrarán. Por tanto, al estudiar el Derecho Administrativo, claramente nosotros vamos a estudiar a la Administración no sólo en su organicidad, de modo estático, sino con un agregado valórico, con un estándar jurídico: a la Administración, ya no como un poder desnudo, sino sujeta al Derecho, sujeta a control.

[*Tipificación de potestades; juridicidad. Otro estándar valórico*] En seguida, la acción administrativa (eso que une a estos dos sujetos), que la Administración despliega por doquier y en pos del bien común, no puede ser una actividad absolutamente espontánea y libre de la Administración. Está sujeta a la tipificación de potestades; lo más normal es que se creen las potestades de la Administración, en nuestras democracias, a través de una Ley; y sólo a través de una Ley. Es un estándar. Aquí es donde se nota el papel central de la ley como configuradora de las potestades de la Administración. Y es lo que enmarca el encuentro de la Administración y el administrado.

[*Derechos públicos subjetivos del administrado. Estándar de protección jurídica*] Y el administrado, es objeto de estudio desde el punto del Derecho Administrativo, en la configuración de los derechos públicos subjetivos, los que forman parte de su ámbito de protección.

Aquí tenemos ya, más ordenado quizás, los tres aspectos más relevantes del Derecho Administrativo. Entonces, si se nos pregunta ¿cuál es el sistema del Derecho Administrativo?, podemos responder: en primer lugar, la estructura orgánica de la Administración; en segundo lugar, la tipificación de las potestades de la administración; y, en tercer lugar, las garantías de los administrados, en esta relación con la Administración.

[*La paradoja del reglamento. Eduardo García de Enterría*] Todo ello está prediseñado en la Constitución y en la Ley. No obstante, el sistema del Derecho Administrativo ha de incorporar el Reglamento, el que es una fuente creada por uno de los sujetos de la relación jurídico administrativa, y esto es una paradoja del Derecho administrativo. En todas las restantes disciplinas del Derecho privado, la innovación del Derecho o de aquellas reglas a las cuáles se deben sujetar los sujetos está establecidas previamente por la ley. Es el paradigma democrático bajo el cual convivimos. Pero en el Derecho Administrativo se da la paradoja de que uno de los sujetos, el que está a la cabeza de la Administración, que es el Presidente de la República, él, por sí mismo, puede en principio imponer reglas en esta relación con el administrado. Es como, si en una relación del Derecho Civil, uno de los contratantes pudiese imponer cláusulas vinculantes al otro contratante; en tal caso, ¿se altera la relación equitativa, como podríamos pensar? El reglamento nos produce muchos problemas, y nosotros en esta disciplina tenemos que incorporarlo casi como una fuente más del Derecho. Y diremos, ¿ya no solo la ley es fuente, sino que también el reglamento? O al menos tenemos una gran dificultad. Y al hilo de esto permítanme aquí un homenaje a Eduardo García de Enterría, ese Maestro de todos nosotros, a quien mencionaré nuevamente en perspectiva metodológica en la segunda exposición; pues fue él quien desde los años cincuenta, comenzó a incorporar al derecho Administrativo, con una insuperable delicadeza, el tema de los principios generales del Derecho, junto con los temas del método. Y debo reconocer que él ha sido un gran inspirador para todas estas palabras, y para mi formación misma, pues dadas las dificultades que tenemos en Derecho Administrativo con estas fuentes, en que una de las partes de la relación tiene la posibilidad

de incorporar innovaciones al Derecho, fueron enfrentadas con su propuesta de los principios jurídicos; esto fue realmente una idea luminosa y permitió poder incorporar tales principios como un método de juzgamiento de los problemas del Derecho Administrativo, con una fuente que estaba y está *más allá de la ley*; de la mera ley.

[*Autonomía del derecho Administrativo y Código Civil*] Hay otro problema, muy importante del Derecho Administrativo que es la aplicación indiscriminada del Código Civil a problemas de esta disciplina tan ajena de las relaciones entre privados. Esto se ha originado en el predominio enorme que ha tenido el Derecho Civil en la educación jurídica de todos nuestros países. Pues el Derecho Civil fue construido en el siglo XIX como el paradigma jurídico, bajo el cual pareciera que todas las restantes disciplinas jurídicas se construyeron; bajo la sombra del Código Civil. A mediados del siglo XIX se dictaron códigos civiles y parecía que tenían por designio resolver todos los problemas sociales. Y muchas veces los problemas en esta relación intersubjetiva o de Derecho Administrativo se pensaba se podía encontrar alguna solución, alguna inspiración en el Código Civil. La disciplina del derecho Administrativo, comenzó a forjarse poco a poco con un lenguaje precario, o con instituciones que eran desarrolladas de modo muy modesto, y con un desarrollo legislativo muy lagunoso; casi sin normas. De allí que la apelación al Código Civil ha sido considerado desde antiguo como algo muy normal, o considerado usual, ya que ante la ausencia de reglas de Derecho Administrativo los jueces espontáneamente, dado que se manejaban muy bien en el Código Civil, y como habían recibido una gran formación de Derecho Civil en las facultades de Derecho, buscaban resolver los problemas de Derecho Administrativo de acuerdo a tales reglas, y no solo estas, sino que también a los criterios, a los principios y a las prácticas profesoras del Derecho Civil.

Por lo tanto, si bien el Código Civil pudo haber sido muy relevante para la resolución de los conflictos sociales, al mismo tiempo su aplicación exógena ha impedido, en cierto modo, un desarrollo de disciplinas más jóvenes como el Derecho Administrativo. El problema metódico es el siguiente: los vacíos de las leyes de Derecho Administrativo, para mejor coherencia interna de la disciplina, pareciera que, por canon metodológico, se debieran resolver al interior de esa misma disciplina, en este caso del Derecho Administrativo, de acuerdo a sus propios principios. No obstante, se ha asentado en nuestro país una práctica insana, pues en varios casos, cada vez que un juez tiene dificultad en encontrar una regla, esto es, cada vez que se siente ante un vacío normativo, tiene la insana costumbre de recurrir casi de inmediato a buscar la solución al Código Civil. Por ejemplo, si tiene un problema de bienes, recurre al código civil.

Pero eso es un pecado antiguo, y eso parece que ha sido así desde el origen de la disciplina del Derecho Administrativo; incluso en el mismo lenguaje se nota, pues nos referimos a “contrato” administrativo, como trayendo la figura de contrato desde el Derecho Civil; nos referimos a la “propiedad” estatal o pública, según los casos, como trayendo la figura de la propiedad desde el Derecho Civil; nos referimos a la responsabilidad “extracontractual” del Estado, como trayendo la responsabilidad extracontractual desde el Derecho Civil; y así, en varios casos más, que ahora omito.

Y esto es algo muy importante, pues es parecido a lo que le ocurre a las personas cuando van creciendo y van saliendo de la niñez, de la juventud, hasta madurar; pues en algún momento se podrán emancipar, digo yo; ello no obstante el aporte indudable del derecho Civil, pues a estas alturas nadie podría desconocer que el derecho Civil, históricamente, ha aportado mucho a la disciplina del Derecho Administrativo. Pero la continuación de ese “aporte”, en el caso una disciplina madura, que debe caminar por sí

misma, y que debe adquirir con prestancia una identidad propia, puede significar un impedimento grave a su desarrollo.

Entonces, de lo que se trata es enseñar el Derecho Administrativo, como disciplina madura, despojándola de paternalismos o de huellas históricas ya molestas; y si enseñamos Derecho Administrativo, enseñamos una disciplina con cierta autonomía. Esa autonomía, ¿cómo se puede lograr? Esa es la labor más importante de los juristas, y de la doctrina del Derecho Administrativo.

Por tanto, lo que quería transmitir, y con esto termino, es lo siguiente: ¿cómo ha de ser la enseñanza del Derecho Administrativo?. Todos sabemos que hemos seguido unos patrones bastante usuales e integrales del Derecho Administrativo; todos sabemos más o menos las materias que se enseñan, lo que yo quería resaltar simplemente es el método de esa enseñanza; y quizás revisar, desde esa perspectiva, asumiendo una cuota de responsabilidad de nuestro rol social, el *cómo* hemos estado enseñando el derecho Administrativo.

## SEGUNDA PARTE:

### EL MÉTODO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ya hemos señalado al inicio lo que es el Derecho Administrativo, y la discusión posterior ha sido muy importante porque ha enriquecido nuestras posiciones y nos permite diseñar la parte metodológica.

[*La Doctrina Jurídica*] Lo que me interesa ahora es transmitirles, con total sencillez, un tema que puede ser un poco teórico, que aborda el Derecho Administrativo conceptual, y dice relación con lo que somos o debemos ser los profesores de Derecho cuando queremos asumir con cierta responsabilidad el rol social de hacer Doctrina. Hacer doctrina tiene su responsabilidad, pues implica cierta dedicación; por cierto, muchas precisiones, de un modo estandarizado, pues tenemos tras nuestro a muchos autores de doctrina, a partir de los cuales adquirimos identidad en nuestras disciplinas o como juristas, observando a los juristas más antiguos. Esto se asemeja a cuando de niños nos queremos parecer a los grandes hombres: miramos siempre a las doctrinas del pasado, y de allí que parece muy importante en nuestros países observar nuestra propia historia doctrinal. A veces no lucimos demasiado nuestro pasado doctrinal y vivimos citando toda la doctrina de todos los países europeos, y olvidamos lo propio de nuestros países; por modesto que sea, pero es lo que tenemos.

Pero por otro lado, hay un aspecto metodológico, el cual marca una distancia al construir una doctrina que sea al menos confiable en cuanto a sus propuestas y que se ponga en un cierto nivel de autoridad (en el sentido de autoridad intelectual, de autoridad social) al lado de las otras fuentes de derecho como es la ley o la jurisprudencia. Por tanto (dicho en palabras muy sencillas), hacer doctrina significa una gran dedicación, y a lo mejor es un gran objetivo mirar cómo estamos llevando adelante el trabajo doctrinal.

[*Microcosmos de ciencias*] Por motivos de tiempo, quisiera simplemente centrarme en el Derecho administrativo, del cual ya hemos señalado su contenido. ¿Qué significa hacer doctrina en Derecho? Significa repensar el Derecho, y repensar el Derecho significa observar dónde estamos. Estamos en medio de la universidad, somos hombres de ciencias, lo nuestro es la ciencia del derecho. El fenómeno del Derecho, es altamente complejo (ya



lo veremos), y ya las denominaciones al principio nos ponen trampas. Decimos “ciencia del derecho”, a secas, y de modo singular y genérico, pero lo que en realidad existe son muchas ciencias del Derecho: en realidad lo que hay es un microcosmos de ellas: existen muchas ciencias particulares: el Derecho Civil, el Derecho Laboral, el Derecho Administrativo, etc. Por tanto, a pesar de que el administrativista se encuentra separado del civilista, ambos son científicos del derecho, pero en disciplinas distintas. Cada disciplina tiene particularidades, pero también tiene aspectos comunes.

El Derecho es parte de un sistema más grande de Ciencias. Hay muchas ciencias y muchas son las clasificaciones que podemos hacer de ellas: podemos clasificar todas las ciencias en tres: ciencias humanas, naturales y sociales; y a veces, solamente, se hace una clasificación bipartita. Sin perjuicio de las razones y criterios que utilicemos para clasificar – las universidades, por ejemplo, normalmente clasifican por razones prácticas- lo importante es decir que así como la Universidad es una Universidad de Ciencias, un diálogo de ciencias, el Derecho es una de las ciencias más que se incluyen en ese diálogo.

De lo anterior ya se desprende una de sus primeras finalidades: cada ciencia del Derecho debe dialogar con las demás, con sus “vecinas”. En nuestro caso, el Derecho Administrativo tiene, como primera tarea, dialogar con el Derecho Civil y los civilistas; o con el Derecho Laboral y los laboristas. Pero, a su vez, el diálogo debe ampliarse y cada ciencia del derecho debe dialogar con las demás ciencias incorporadas en una Universidad.

No hablo de “ciencia del derecho” a secas, pues no hay un jurista enciclopédico; no hay un jurista que se dedique a todas las disciplinas del Derecho y pueda ser llamado un “administrativista-civilista-laboralista”, por ejemplo. Un jurista siempre especifica su saber en uno solo y a partir de él se relaciona con las demás ciencias del derecho y con las demás ciencias universitarias. De esto se sigue que, aparte de la actitud abierta al diálogo presentada anteriormente, es muy relevante para el jurista comprender cuáles son las interconexiones entre las ciencias con las que se relaciona, cuáles son las fronteras entre unas y otras.

Si lo nuestro es el Derecho Administrativo, por cierto queda claro que la bioética, la biología, la geología son disciplinas lejanas y distintas al derecho. No son Derecho. Al mismo tiempo, y esto puede ser polémico para algunos, tampoco son Derecho ciertas disciplinas que las vemos incorporadas a las mallas curriculares de las facultades de Derecho, tales como la Historia del Derecho, Sociología del Derecho, Filosofía del Derecho, Economía del Derecho, y otras.

*[Intentos de colonización del Derecho]* Regularmente (esto es un aspecto importante para todo jurista) hemos visto como existe una especie de intento de colonización del Derecho por otras disciplinas, no jurídicas. Entre las disciplinas más imperialistas (por decirlo en términos de política) está la Filosofía del Derecho, que intenta imponer su contenido. Entonces el tema es el siguiente: ¿quién define lo que es el Derecho? ¿Un filósofo del Derecho, un sociólogo del Derecho o un historiador del Derecho? En verdad, el Derecho lo definen los que hacen el Derecho, y los que hacen el Derecho son los juristas.

Y entonces esto es una primera idea: quién realiza esa identificación. Quienes nos dedicamos al Derecho de aguas, necesitamos de Ciencias hidrológicas, biológicas; y quienes nos dedicamos a cualquier rama del Derecho, por cierto que necesitamos de otras ciencias vecinas más cercanas, como la filosofía, la historia. Pero si dejamos que ellas construyan o intenten modelar el Derecho, en realidad los juristas vamos a dejar de ser científicos y fuente del fenómeno jurídico. Vamos a dejar todo, entonces, a la ley y a la jurisprudencia, y a los filósofos y a los historiadores, y nosotros vamos a ser unos meros portavoces de lo

que dice la ley, de lo que dice la jurisprudencia, de lo que dice el resto. De allí que la ciencia del Derecho de cada disciplina la tenemos que hacer desde dentro, aceptando colaboraciones externas, pero no dominaciones. Esto me parece que tiene importancia.

[*El método jurídico*] Para llevar adelante el camino científico tenemos que observar cómo han sido los análisis del método jurídico, y para eso lo mejor es observar una especie de genealogía del pensamiento jurídico moderno. Nosotros no podemos dedicarnos a pensar que vamos a hacer un Derecho científico simplemente leyendo las leyes o entendiendo la jurisprudencia. Tenemos que observar cómo es que los fenómenos jurídicos se han ido construyendo, y aquí hay muchas trampas, porque pareciera que este ejercicio metodológico es propio de la Filosofía y se suele pensar espontáneamente que al teorizar el Derecho se está haciendo Filosofía del derecho. Y aquí es donde cabe realizar la primera definición importante: la Filosofía del Derecho no es Derecho; es una importante ciencia, pero un filósofo del Derecho no tiene esa cercanía que nosotros los juristas tenemos con el resto de las fuentes del Derecho (las leyes, la jurisprudencia, por ejemplo); lo que sí cabe reconocer es que los filósofos suelen ser grandes colaboradores para el análisis teórico del Derecho. Pero la teoría del Derecho y su método los construyen y modelan los juristas.

[*La batalla del método jurídico*] Yo voy hacer rápidamente una muestra de lo cercana que está la disciplina del Derecho Administrativo con esa batalla del método que se ha desarrollado en estos últimos dos siglos de historia. El derecho contemporáneo, ese que nació de la Revolución francesa y de la subsecuente tripartición de poderes, es una nueva forma de configurar y concebir el Derecho, y ello trajo consigo un nuevo método de trabajo. Para nosotros ya es natural decir que las fuentes del derecho son tales y cuales, porque somos hombres de la contemporaneidad. Las personas que vivían antes de esta revolución que originó esta forma social, bajo la cual nosotros vivimos, tenían otro concepto del Derecho. La fuente de Derecho era lo que decía el rey; nosotros, hoy, tenemos otro esquema de fuentes, lo que genera otro método jurídico.

Es ineludible, para poder construir tanto la disciplina del Derecho Administrativo como cualquier disciplina, construir su método. Esta observación la lleva a cabo una meta-disciplina denominada Teoría del Derecho, la cual no es Filosofía del Derecho y no es parte de ella. La Teoría del Derecho tampoco es una disciplina dogmática existente al interior del Derecho (como el Derecho administrativo o el Derecho Civil), sino más bien es una meta-disciplina, es un instrumental metodológico. Es como una nutritiva mochila metodológica que nos acompaña en el desarrollo de cada ciencia dogmática. Este es el observatorio desde el que quiero situarme.

[*Savigny y otras escuelas*] El inicio de la Teoría del Derecho, del pensamiento jurídico contemporáneo sobre el método se encuentra en Alemania en el siglo XIX. El primer nombre que encontramos es el de Friedrich Carl von Savigny, del cual todos hemos escuchado, pero a lo mejor no nos hemos detenido demasiado en aspectos medulares de su pensamiento, quizás pensado que ya no sirve leer algo tan antiguo; pero en Savigny está el origen de nuestras actuales posibilidades de profundizar en el método.

El nuevo «Derecho positivo» (la Ley fijada por una Asamblea Parlamentaria) tuvo inmediatamente un reflejo en otras escuelas. En Francia, fue una escuela un poco decepcionante para el método, pues fue exegética y no elaboró un método que pudiese ser realmente superador de la mera norma. Pero al mismo tiempo, en Inglaterra, se dio

comienzo a una de las escuelas teóricas más relevantes de estos siglos, que fue la teoría analítica o formalista, y que derivó en el positivismo.

El aporte más grande de Savigny fue observar que no solo existe la ley como fuente del Derecho, sino que también es una fuente el espíritu del pueblo; ese derecho viviente que anida en medio de la prácticas consuetudinarias o de la aplicación del derecho.

En la primera mitad del siglo XX se originan nuevas escuelas, que menciono brevemente. La escuela del realismo jurídico en Francia, desde el punto de vista de la sociología jurídica, incorpora los hechos a todo ese análisis jurídico. Pero en la segunda mitad del siglo XX, se desarrollan varias escuelas, y entre las más importantes, la de Kelsen, que dominó la escena de casi todo el siglo XX. A raíz de ella se modificaron sustancialmente los programas de enseñanza jurídica y la Teoría del Derecho comenzó a quedar estancada ante la ley. De allí también que la jurisprudencia simplemente tiende a una creación discrecional acerca de cómo fallar los casos. Hacia el final de siglo XX Dworkin rompió las tradiciones anteriores (desde Savigny hasta Kelsen) e incorporó los principios jurídicos y la integridad a la manera en que consideramos el método. Todos han escuchado del aporte enorme, de los escritos de Dworkin, y de su ataque frontal a la línea de flotación del positivismo.

[*Dworkin, García de Enterría y los principios*] Pero hoy pareciera que nosotros dentro del Derecho administrativo podemos contar una historia distinta. Para nuestro presente doctrinal sería muy importante rescatar lo valioso que han entregado las distintas tradiciones recién comentadas. En particular, propongo la unión de ciertos aspectos propuestos por Savigny con otros entregados por Dworkin, pudiendo obtener así un nuevo material a partir del cual podamos repensar el método jurídico. El primero de estos autores se encuentra casi olvidado, pero es menester recordar que en su trabajo se encuentra el nacimiento del método de las ciencias jurídicas. Fíjense que este año 2014 se cumplen doscientos años de unos de los libros más relevantes de la historia del pensamiento del método jurídico: “*De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho*”, publicado en 1814.

Savigny fue el verdadero creador del método jurídico; él fue quien habló por primera vez de la relación jurídica como célula básica del derecho. Hoy en día Ronald Dworkin, famoso por reformular la teoría moderna a través de su libro *Imperio del Derecho, de 1986*. –que vino a renovar la historia del método–, desarrolla una teoría general, observando cómo se producen las decisiones judiciales, e incorpora conceptos como “la integridad del Derecho”, (antes, en 1967, había realizado la importantísima distinción entre las reglas y los principios, como fases distintas del fenómeno jurídico). Él recuerda que no sólo hay leyes, también hay principios, con un rol preponderante. Pero a la hora de hacer Derecho administrativo, eso ya lo había descubierto, a través de un trabajo precioso, de 1963, de Eduardo García de Enterría; sus *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*.

[*Reformulación del método jurídico*] La nueva condición social, cultural y política que trajo consigo la reformulación del método jurídico invita no solo a repensar los fenómenos que conforman el Derecho, sino además trae preguntas prácticas para nuestras cátedras universitarias: si es deseable construir un Derecho científico, entonces ¿cómo debemos armar nuestros cursos universitarios? En particular, ¿estamos *obligados* a introducirnos en Filosofía del Derecho? Creo que la respuesta es afirmativa, pero con límites. Tenemos el deber de introducirnos en los desarrollos teóricos del derecho, pues de lo contrario no

vamos a comprender las leyes ni el fenómeno jurisprudencial, y no vamos a saber lo que es un principio jurídico. Es esencial tener nociones básicas de Filosofía del Derecho para poder tener buenas herramientas con las cuales trabajar, pero el vicio está en confundir al Derecho mismo con la Filosofía del Derecho. Nuevamente repito el principio anterior: bienvenidas las colaboraciones, pero afuera las dominaciones.

Este es el verdadero sincretismo que podemos encontrar en la reflexión sobre el método jurídico: comprender que es una materia propia del Derecho, pero que puede relacionarse con otras áreas del saber sin confundirse con ellas. Esta, nuevamente, es una de las tareas del jurista: comprender dónde pueden darse relaciones de colaboración y marcar claramente las fronteras. El resultado de este ejercicio del jurista será la reconstrucción del método jurídico, siempre teniendo en vista que su labor debe ser práctica. Y esto es así porque el Derecho es una ciencia dirigida a la práctica; no es especulativa. Y sus teorías se elaboran para su aplicación práctica. Lo que diga un libro de doctrina es algo que debe poder aplicarse inmediatamente en la decisión de un caso por un juez o en un acuerdo prejudicial.

[*Las cuatro dimensiones del Derecho*] Creo que es importante observar que, desde esta meta disciplina, que es la Teoría del Derecho, las dimensiones del derecho parecen ser cuatro. Son dimensiones que se encuentran más o menos presentes en muchas propuestas de Teoría del derecho y el jurista hace bien al distinguirlas.

i) En primer lugar, siempre nos encontraremos con las normas jurídicas. La norma es el primer dato con el cual trabaja el jurista y es un dato que él no puede alterar.

ii) En seguida es posible señalar a los hechos jurídicos, esto es, hechos que acaecen en la realidad y que adquieren relevancia jurídica porque una norma se remite a ellos a modo de hipótesis. En particular, las normas se refieren a conductas de las personas y el sistema jurídico lo que espera es regular conductas. Por tanto hecho y norma están íntimamente vinculados.

iii) A continuación, otro fenómeno relevante es la jurisprudencia, la cual, a través de su trabajo, busca resolver o componer un conflicto de relevancia jurídica por medio de la aplicación de la norma jurídica.

iv) Y en último lugar, pero no por eso menos importante, se encuentra el fenómeno de la doctrina.

¿Cuál es la utilidad de la doctrina? Esta pregunta es relevante, porque si vamos a embarcarnos en la exigente tarea de hacer doctrina, entonces tenemos que pensar: *¿para qué sirve la Doctrina!* Pareciera, a primera vista, que sirve para tener unos libros de texto que puedan dejar satisfechos a quienes los escriben. ¿Sólo son libros voluminosos con presentaciones, dedicatorias y empastados que se ven bien en las estanterías? Sin perjuicio de que los libros son el resultado material del trabajo doctrinal, hay una utilidad evidente en su producción:

1º los libros son importantes para la enseñanza del Derecho; para los alumnos que siempre buscan manuales y libros con los cuales aprender Derecho de sus maestros. Los que se interesan por aprender buscan en los libros doctrinales una real fuente de conocimiento, lo cual pone sobre los hombros del jurista una gran responsabilidad.

2º Pero la doctrina también es importante para la aplicación misma del Derecho. Los jueces no sólo han estudiado de los libros de doctrina en sus años como estudiantes, sino además siguen recurriendo a ellos para mejorar sus decisiones. Quizás se podría añadir que sirven a los legisladores, los que muchas veces, cuando piensan en modificar la parte

regulatoria, observan también lo que la doctrina señala. ¿Por qué es importante eso? Porque la doctrina jurídica es el fruto de una ciencia dirigida a la práctica. La doctrina no es resultado de una ciencia especulativa; la doctrina que desarrollan los autores del derecho no es una mera especulación de cómo podría ser el mundo a partir del pensamiento de cada autor. No es una especulación filosófica sobre cómo mejorar este mundo, no es una filosofía particular del autor.

[*Características de la Doctrina*] Hacer doctrina en el sentido que estamos proponiendo impone ciertas exigencias sobre los juristas. De partida debe señalarse que es necesario que la doctrina tenga cierta tolerancia, al tener que aceptar, las reglas que se plasman en las normas. Pues la doctrina se basa en la positividad del Derecho, y ella no se puede dedicar a decir que el Derecho no dice lo que dice, pues no podemos obviar la vinculatoriedad de la ley. Puede haber crítica doctrinaria, pero la doctrina no se puede traducir en una alteración del marco normativo. El autor que reflexiona sobre cómo debiera ser la norma e inicia actividades para cambiar su contenido, deja de actuar como jurista. Esto es así, porque el método jurídico prohíbe generar resultados *contra legem*. El jurista diseña las disciplinas y establece sus fronteras, sistematiza las normas dentro de esa disciplina y formula principios jurídicos cuya aplicación sea útil a la hora de decidir controversias e interpretar la ley; pero no le compete, en cuanto jurista, cambiar los datos, las reglas. No se puede transformar en legislador.

En un sentido más profundo, la incompetencia del jurista para alterar los datos y ceñirse a las normas viene dada por una meta-norma que actúa como clave de bóveda en el sistema jurídico: La prohibición del *non liquet*. Tanto jueces como juristas deben esforzarse por resolver los conflictos que se someten a su conocimiento, incluso quedando obligados a hacerlo aún ante ausencia de norma expresa que lo resuelva. El juez es el que resuelve el asunto de manera vinculante para las partes, pero el jurista debe ser su aliado en la aplicación del derecho. El juez tiene que resolver los casos aunque no haya ley, porque si el juez no resuelve el caso, prevarica. Por lo tanto, tiene estos dos extremos:

- i) si hay norma, el juez la tiene que aplicar;
- ii) si el juez no aplica esa norma, existiendo, puede ser acusado de prevaricación (existen tipos penales en todos nuestros sistemas jurídicos para el juez que debiendo aplicar una ley no la aplica; de eso podemos dar ejemplo en cualquier sistema jurídico que se basa en la heterocomposición de los conflictos).

[*Prevaricación y lagunas legales*] El jurista, entonces, auxilia al juez entregando herramientas de interpretación para las normas existentes y, a su vez, principios que rellenen las lagunas normativas para que el juez pueda resolver y cumplir su mandato legal.

Permítanme centrarme en este último punto. Cuando no hay norma y ni hay costumbre que regule un asunto, decimos que estamos frente a una laguna legal, y el derecho administrativo es el primer ejemplo de aquellos sistemas legislativos no solo fraccionados sino que lagunosos, con muy pocas normas. Perú es un ejemplo de Derecho Administrativo bastante legislado, al contrario del caso del chileno, en el cual casi no hay normas de Derecho Administrativo; no hay más normas que los dedos que tiene mi mano que sean realmente importantes en Derecho Administrativo. Pero de esa precariedad normativa no se sigue que el juez esté eximido de resolver las cuestiones sometidas a su competencia.

Por lo tanto, hay dos espadas que penden sobre la cabeza de un juez y de un jurista, y eso marca ese tono de tolerancia con el sistema que tiene que mantener un juez y un jurista. Ambos están sujetos a prevaricación; en el juez la prevaricación es un tipo penal, pues se espera de él que cumpla este rol. El Judicial es todo un poder del Estado que está construido para que los conflictos se heterocompongan por ese juez, pues de otro modo la sociedad se autodestruiría.

Al lado suyo, están los juristas, quienes cuando escriben sus tratados, enseñan a sus alumnos y olvidan las leyes que deben incorporar, prevarican igual que un juez. No puede pecar de ignorancia, no puede dejar de incorporar la ley, aunque no le guste, o esté contra su pensamiento. Pero por otro lado, el jurista también tiene que ofrecer un modelo de solución cuando no hay ley, y también prevaricaría igual que un juez de no dar esta clase de soluciones.

La resolución de conflictos ante ausencia de norma expresa también debe ser una tarea de altísima relevancia para el jurista y es él quien está primeramente llamado a entregar modelos de solución. Su exhaustiva mirada de la disciplina lo posiciona en un horizonte de comprensión privilegiado para llevar a cabo esta tarea. Pero científicamente puede ser considerado un prevaricador si él no ha resuelto todos esos problemas. Esta es una metáfora, por cierto.

Así como el juez no debe dejar de resolver los casos, la doctrina no debe dejar de incorporar sus observaciones, sus análisis, en todos los casos, aun cuando no haya ley. Por lo tanto, ambas, doctrina y jurisprudencia, están constreñidas por la ley, pero al mismo tiempo están liberadas, para poder ir más allá de la ley. Es en este ejercicio, en la producción de modelos de solución para casos sin norma expresa, donde se nota el quiebre con el positivismo más primitivo (según el cual la pura ley era la única que podía resolver esta clase de conflictos). Por muy fanático que pueda ser el positivista, debe reconocer que las leyes no pueden abarcar todas y cada de las situaciones que acaecen en la realidad.

Por lo tanto siempre se va a necesitar que la doctrina ofrezca su trabajo: Tratados de derecho. Un país sin doctrina real es un país que está dejando que las soluciones no se generen con criterio científico (este no significa una libre creación del derecho sino que con la incorporación de todos los valores que una sociedad tiene respecto de todos los casos). A veces los valores de una sociedad los captura el legislador en una ley, otras veces, los valores de la sociedad los capturan los jueces cuando resuelven cada caso concreto, pero otras veces esos valores los tienen que capturar los juristas, y ellos deben ser una especie de filtro social de esos valores, para incorporar y rellenar en aquellos casos en que hay vacío de la legislación.

[*Tareas de la Doctrina*] Entonces ¿cuáles son las técnicas de los juristas para construir el derecho y su doctrina? Primero, sistematizar las leyes, y esto es una labor primaria, y de allí que nosotros no debemos confundirnos, como criticábamos al inicio, pareciera que hacer doctrina no es simplemente escribir un libro. Solemos ser despectivos con los libros que lo único que hacen es exponer y sistematizar las leyes para memorizarlas, y no hacen un aporte adicional. Por cierto será importante conocerlas y después analizar; pero si el conocimiento lo dejáramos tan solo en exponer y sistematizar las leyes, no habría ninguna inteligencia agregada. En relación a los hechos jurídicos sucede lo mismo: hay que descubrir cuáles son las costumbres y no hacer meramente un recuento de datos. Aquí se manifiesta patentemente que tanto los jueces como los juristas son los verdaderos captadores del derecho viviente, aunque ellos se auxilien en otras ciencias (*v.gr.* leer libros de geología cuando hacen derecho minero, o libros de hidrología cuando hacen derecho de aguas o libros de sociología cuando hacen derecho criminal, etc.)

[*Matizaciones sobre el método jurídico*] Sobre el método mismo, es necesario aclarar un punto: el método jurídico es uno solo, el cual es diseñado por los juristas en la meta-disciplina de la Teoría del Derecho. Sin perjuicio de lo anterior, este método puede sufrir leves alteraciones o matizaciones al momento de ser aplicado en las distintas ciencias jurídicas o dogmáticas particulares. En este sentido, es razonable sostener que el método del Derecho Civil, es diferente al método del Derecho Administrativo.

¿Qué hace que la aplicación del método general resulte en métodos con variaciones o matices en las disciplinas particulares? La respuesta se encuentra en el hecho de que cada disciplina particular goza de independencia de las demás porque contiene un núcleo dogmático autónomo.

i) El primer elemento de este núcleo es una relación jurídica. Las relaciones jurídicas señalan o distinguen ciertas conductas humanas que acontecen en la realidad. Así como no toda conducta es igual, tampoco toda relación jurídica es idéntica. De esto se sigue que cada núcleo dogmático fundado en una relación jurídica diferente, será diferente.

ii) En segundo lugar, un núcleo dogmático contiene la materia o aquella actividad de la realidad que vincula a los sujetos (dos ejemplos: i) el delito vincula a los sujetos; esa relación se construye a través del Derecho Penal; ii) la relación jurídica subordinada personal de servicios personales unifica a dos sujetos; y de esa relación surge el Derecho Laboral). De ahí que los juristas y los jueces identifican y distinguen, por ejemplo, *lo* civil, de *lo* penal, espontáneamente; porque saben que es una relación de un tipo u otro, a partir de la identificación de la relación. La labor del jurista y del juez en este ámbito es captar la materia de que se trata por medio de la especificación de la relación jurídica que se somete a su conocimiento.

iii) La creación del jurista por excelencia es capturar los principios jurídicos que van a ir más allá de la ley, y que son realmente superadores de la misma. Por lo tanto, los principios no sólo los van a formular los jueces como todos queremos y lo andamos buscando; para qué decir que los principios no son una tarea del legislador, pues la tarea del legislador es legislar. Y por mucho que a un sinnúmero de leyes se les ponga el rótulo de “principio”, si son fruto del trabajo del legislador, entonces son reglas. Los verdaderos principios son más bien aquellos que crean, o tienen una labor de creación, los jueces o juristas cuando no hay ley, y se va más allá de la ley. Pero ir más allá de la ley es otro tema importante (incorporar el pensamiento propio, vencer la tolerancia del jurista y el juez) es incorporar algún valor que esté en nuestro sistema. Por lo tanto, si se crean disciplinas, todas son autónomas, porque albergan sus propios principios, su propia relación jurídica, su propia estructura lógica, su propios hechos que le dan identidad.

[*Núcleos dogmáticos*] En fin, ¿para qué sirve el núcleo dogmático? Por cada núcleo dogmático podemos crear una disciplina y así vamos a decir cuál es centro de esa disciplina, su condición para considerarla autónoma. En segundo lugar, atrás del núcleo dogmático se pueden identificar las normas que corresponden a cada disciplina. Entonces, en ese lugar, al sistematizar todas esas normas e interpretarlas se van a identificar las lagunas, y un administrativista que se encuentre con ciertos vicios rápidamente podrá entregar modelos de soluciones, especialmente para rellenar lagunas legales.

El núcleo dogmático explica mejor cada disciplina para beneficio de los jueces y los juristas, y también permite distinguir cuáles disciplinas son especiales. A su vez, le permite producir un esquema de auto control de racionalidad que pueden aplicar los jueces y

juristas cada día, pues cada disciplina tendría su propia relación medular, su materia y sus principios.

Por eso es que un administrativista, a medida que pasa el tiempo va conociendo cada vez más “lo administrativo”, sabe cuál es la psicología particular de los burócratas, cómo son ellos, en su actuar diario. Conocen algo más de su inclinación a la arbitrariedad, es como un penalista que cada día que pasa conoce más la escena del crimen, un laboralista que sabe muy bien como se desenvuelven las relaciones laborales. Esta enseñanza, o esta auto enseñanza que se da cada día, a los especialistas les sirve para poder, con toda naturalidad, ofrecer un principio, una regla nueva que va más allá de la ley. Con esta herramienta de los núcleos dogmáticos es posible ir intentando capturar los principios de acuerdo a las singularidades y valores de cada país y de cada sistema legislativo y con las ausencias de leyes, permiten ofrecer ese resultado que esconde cada disciplina.

*[Derecho Civil y Derecho Administrativo]* Quiero terminar sosteniendo que, en virtud de lo expuesto, el Derecho Civil es una disciplina especial y no una general. Esto es así porque el Derecho Civil tiene un núcleo dogmático propio: una relación jurídica fundamental, una materia y principios aplicables a sus situaciones. En consecuencia, por muy polémico que pueda sonar, no es válido aplicar los principios civiles a la hora de rellenar lagunas legales en otras disciplinas. Así, lo mismo en el Derecho Laboral, existe una disciplina del Derecho Laboral la que construye la doctrina del Derecho Laboral porque existen leyes laborales. Y al mismo tiempo, jueces y juristas desde el punto vista laboral, cuando hay vacíos formulan principios jurídicos laborales.

*[Los principios son “generales” pero especiales para cada disciplina; no son “universales”]* La pregunta es por qué le llamamos principios “generales” del derecho. ¿Es un error haberles llamado principios “generales” del Derecho?. Todavía recuerdo lo que decía un profesor cuando estudié el Pregrado; mencionaba siempre al principio de la buena fe como un principio general, dado que «cruzaba a todas las disciplinas jurídicas» (y al decir esto, ponía su brazo horizontal y lo deslizaba, como cortando el espacio, para significar ese «cruce»). Pero observando bien este fenómeno nos damos cuenta que los principios llamados “generales” son singulares de cada disciplina jurídica; no son “universales” para todo el Derecho. Y en nuestro sistema nos hemos quedado con esta denominación. Es una denominación que no ha sido feliz porque los principios generales del derecho no son universales de todo el derecho; pues los principios son singulares de cada disciplina.

Uno de los países que han desarrollado esto, a pesar de la terminología y con total naturalidad es, Francia. Allí los principios generales del Derecho están al lado de las leyes como una fuente más del Derecho, y los tribunales, sobre todo en el Derecho Administrativo (es el caso del Consejo de Estado), formulan principios generales del Derecho administrativo; pero que quede claro que los jueces de lo administrativo rellenan así las lagunas de las leyes administrativas con tales principios generales del Derecho Administrativo. Quizás nadie en ese país pensaría que los principios generales del Derecho Administrativo dejan de ser especiales de cada disciplina; o que serían universales para todo el orden jurídico interno. Pareciera que en Francia, en la propia disciplina del Derecho Administrativo, la Doctrina y la praxis ha superado esta especie de paradoja que tenemos nosotros de pensar que los principios generales del derecho son universales para todo el Derecho. Los principios generales del Derecho, en verdad, son especiales para cada disciplina.



Y la superación de esta paradoja es una tarea doble: primero, para los estudios sobre el método (desde la perspectiva teórica); pero también, y al mismo tiempo, hay aquí una tarea para para la doctrina del Derecho Administrativo.