



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN

TOMO I

BAJO LA DIRECCIÓN DE:
MARÍA DORA MARTINIC G.
Y MAURICIO TAPIA R.

CON LA COLABORACIÓN DE:
SEBASTIÁN RÍOS L.



CODIFICACIÓN Y FUTURO DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN CHILE:
EL CASO IRREMEDIABLE, PERO LIBERALIZADOR
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Santiago Montt Oyarzún
*Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad de Chile*

El plan de estudios legales, según el programa de la Universidad, tiene por objeto no sólo proveer al país de hábiles juriconsultos, sino de hombres capaces de desempeñar las altas funciones de la administración y de la legislatura, y de dirigir la opinión pública. No sólo las ciencias estrictamente legales, sino las políticas y sociales son resortes de la sección universitaria, a que en nuestra ley se ha dado el título de Facultad de Leyes y Ciencias Políticas¹.

Téngase presente que la Facultad de Leyes agrega a este título el de Ciencias Políticas, lo que indica bien claro la intención que dominó al crearla, de formar en ella no sólo hombres instruidos en el derecho positivo y buenos magistrados, sino también hombres que influyesen en materias políticas sobre la opinión e introdujesen sus buenos conocimientos adquiridos en las leyes, ocupando con lucimiento y utilidad pública asientos en los cuerpos lejisladores².

Andrés Bello, 1853

En cuanto se refiere a los estudios de la Escuela ...es necesario destruir la idea que el único fin de esos estudios es formar Abogados ...La misión de la Escuela ha de ser más amplia, pues ha de propender a suministrar la cultura superior universitaria a todos los hombres que deseen adquirir los conocimientos de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales que son indispensables para formar la clase dirigente en una democracia³.

*Ruperto Bahamonde, Óscar Dávila,
Moisés Vargas y Daniel Martner, 1920*

I. INTRODUCCIÓN

La celebración del 150º aniversario del Código Civil constituye un llamado a reflexionar sobre el pasado, presente y futuro de nuestra educación jurídica. La invitación que se ha extendido a escribir sobre

¹ BELLO, Andrés, "Discurso del Rector de la Universidad de Chile", en *Anales de la Universidad de Chile* N° 10, 1853, p. 285.

² Andrés BELLO, "Actas del Consejo de la Universidad de fecha 21 de mayo de 1853", en *Anales de la Universidad de Chile*, N° 10, 1853, p. 178.

³ "Reforma del plan de estudios de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas. Informe presentado por los Profesores Ruperto A. BAHAMONDES, Óscar DÁVILA I., Moisés VARGAS y Daniel

“codificación del Derecho administrativo” es una gran oportunidad para meditar sobre academia y enseñanza del Derecho en general y de esta disciplina en particular, y más en concreto, para evaluar críticamente el rol de la codificación y de la dogmática en la educación legal. La grandeza de Andrés Bello como educador y como humanista es razón más que suficiente para justificar este enfoque⁴.

Hablar sobre códigos y codificación no es fácil. Son varios los aspectos históricos y valóricos que convergen y obstaculizan el entendimiento. Al menos dos puntos deben ser aclarados en esta introducción para luego poder discutir sobre la codificación del Derecho administrativo y más en general sobre educación legal: primero, qué cosa fue la codificación en el pasado y que ya no es en el presente; segundo, por qué la codificación –o más bien, lo que queda de ella– sigue apareciendo como un tema relevante en el debate legal.

Partiendo por lo primero, es necesario recordar que la codificación fue parte del proceso ideológico de la Ilustración y su fe irrestricta en la razón. El verdadero *código* no es simplemente un cuerpo más o menos ordenado de leyes, sino un conjunto racional, armónico e inteligente que refleja el verdadero sentido y naturaleza de las cosas⁵. Esto es precisamente lo que distingue al *Code Civil* francés de versiones anteriores como el ALR prusiano de 1794, en las que se trata más bien de una compilación del Derecho vigente que de un orden normativo propiamente tal.

De modo que, bajo los influjos mecanicistas, los Códigos pretendían agotar el contenido normativo de un determinado sector de la realidad bajo un número limitado de reglas, condenando todo exceso como irracional, inútil y antinatural. Una consecuencia archiconocida de estas premisas es la concepción del juez como un mero autómatas que debe subsumir los

Continuación nota ³

MARTNER, Comisionados por la Facultad para el efecto” en *Anales de la Universidad de Chile* N° 147, 1921, pp. 273-274.

⁴ Vid. PRIETO F., Luis B., *Andrés Bello Educador*, Caracas, Ediciones del Congreso Nacional de Venezuela, 1966; MANDUJANO, Graciela, “Consideraciones sobre la obra educativa de don Andrés Bello”, en *Andrés Bello 1865-1965. Homenaje de la Facultad de Filosofía y Educación de la Universidad de Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1966, pp. 194 y ss.

⁵ De acuerdo a COING, Helmut, *Derecho privado europeo. I. Derecho común más antiguo (1500-1800)*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 113, el Código “es una ley amplia, sistemáticamente construida, expresada en principios claros, que ordena al menos toda una esfera de la vida, si no toda la vida de una sociedad determinada”. Según PORTALIS, Jean-Etienne, *Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 47, “el derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son, o debieran ser, tan sólo derecho vuelto normas positivas, reducido a preceptos singulares”.

hechos en las normas que el legislador –ente sabio y racional por excelencia– haya dictado. Había en la codificación una fe ciega en el lenguaje y en su capacidad para describir la realidad como asimismo en la posibilidad de reducir el Derecho a un conjunto de *reglas* en cuanto opuestas a *principios*⁶.

Este primer aspecto de la codificación es ya historia y pocos parecen discutirlo. La filosofía del lenguaje en el siglo XX y el debate pospositivista han terminado por demostrar las profundas complicaciones presentes en el proceso de aplicación e interpretación de la ley⁷. Los modernos análisis del razonamiento y de la argumentación jurídica han reducido el ideal codificador a una quimera del pasado⁸. Asimismo, el proceso de *constitucionalización* del Derecho no sólo ha vuelto a poner las diversas disciplinas jurídicas en contacto directo con los valores, ideologías y preferencias políticas subyacentes, sino que además ha introducido *principios* en todos los ámbitos normativos, “contaminando” el sistema de reglas del mundo codificado hasta el punto de hacerlo desistir de su pretensión geométrica.

En cuanto a lo segundo, si los Códigos no son hoy lo que eran y si han perdido la fuerza motriz original que caracterizó el proceso codificador, ¿por qué seguimos entonces hablando tanto de ellos? Creo que esencialmente por cuatro razones. Primero, porque la codificación –y su hijo privilegiado, el Código Civil– dan cuenta de la posición fundacional del Derecho privado en el Derecho en general. De un modo u otro, la evolución del Derecho en los últimos doscientos años –incluso en los últimos mil años– puede asemejarse al desarrollo del cerebro. Las funciones primarias e históricamente más antiguas se mantienen y operan desde el centro, y las más modernas y sofisticadas se han ido añadiendo sucesivamente en capas a esa base esencial.

⁶ De acuerdo a la división ya tradicional de DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 22-28, y pp. 71-80, las reglas son aplicables en la forma “todo o nada” y en cambio los principios no. Los principios no determinan positivamente o negativamente el caso, sino que sólo proporcionan razones a favor de una decisión determinada. Vid. también, ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 44 y ss.

⁷ Uso el término pospositivismo siguiendo a CALSAMIGLIA, Albert, “Pospositivismo”, en *Revista Doxa* N° 21, 1998, disponible en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf (última visita, 23 de marzo de 2005).

⁸ Vid. BARAK, Aharon, *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989; IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 y, enfocado en el Derecho administrativo, GALLIGAN, D.J., *Discretionary Powers: a legal study of official discretion*, New York, Clarendon Press, 1986.

Dada esta posición *medular*, el Derecho civil sigue cumpliendo una función educacional esencial en los estudios del Derecho. En nuestro sistema, los alumnos *aprenden a pensar* gracias a las lecciones del Derecho privado. El Código Civil –y en menor medida, el Código de Procedimiento Civil que le complementa– es base y fundamento de la educación legal *básica*. Tenemos la convicción de que sólo una vez aprendidos los cimientos del Derecho privado se puede permitir al alumno moverse hacia áreas más nuevas y más complejas del Derecho.

Segundo, desde una perspectiva histórica, el Derecho privado ocupó un lugar central en el desarrollo de la *ciencia jurídica* o *dogmática jurídica*⁹. La metodología clásica del Derecho, basada en una arquitectura de conceptos jurídicos fundamentales tales como derecho subjetivo, persona, acto jurídico, etc., es obra del Derecho privado. Sólo después se extendió hacia la periferia de las nuevas disciplinas surgidas en el último siglo y medio. De hecho, el éxito del constructivismo de la jurisprudencia de conceptos en la producción de la parte general del Derecho civil constituye un factor determinante de tal posterior expansión. Desde entonces que la dogmática sigue determinando la cultura jurídica formal europea y también latinoamericana¹⁰. Como dice Larenz, “Savigny inició una época de la Ciencia del Derecho en la que todavía nos encontramos¹¹”.

La expansión que tuvo esta “ciencia” a lo largo del siglo XIX bajo el influjo de la codificación y de la jurisprudencia de conceptos llevó a su coronación como reina entre las humanidades en las nuevas Universidades creadas a lo largo del siglo¹². La supremacía de la dogmática sobre las demás ciencias sociales –ayudada por la inmadurez de estas últimas, con

⁹ En general, uso esta última expresión en el sentido lato que le da NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 17 (“la denominación ‘dogmática jurídica’ con la que, entre otras, corrientemente se hace referencia a la actividad de los juristas, nos parece que es de todas (doctrinas de los autores, ‘jurisprudencia’, ‘ciencia del derecho’) la que nos oriente más profundamente en la caracterización de la misma, ya que pone de manifiesto el lugar central que ocupa en esta actividad la aceptación dogmática de determinados presupuestos”). Para referirme más precisamente a la versión alemana pos-Savigny, usaré la expresión dogmática constructivista.

¹⁰ Vid. WIACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, Comares, 2000, p. 354 (“Los variadísimos elementos histórico-espirituales tenían que concordar en una exacta sintonización para desarrollar la gran ciencia del Derecho civil del siglo XIX, cuyo rigor metódico y armonía aún hoy, tras la decadencia casi total de sus presupuestos materiales, siguen siendo decisivos para la cultura jurídica formal del continente europeo, y quedaron hasta hoy como formas ejemplares de educación del jurista científico”).

¹¹ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001, p. 28.

¹² Esto por cierto sin desconocer el prestigio que siempre han tenido los juristas, al menos desde que los textos romanos fueron descubiertos en Bolonia en el siglo XI.

excepción de la Historia— fue un factor bastante generalizado. En Chile, el rector Andrés Bello manifestaba en sus memorias de 1848 que “éste es de todos los ramos de ciencias humanas el más importante para nosotros¹³”. Esta posición de privilegio hizo que asumiera una pretensión de autonomía científica que ha ido en constante aumento, dando como resultado, entre otros, la creencia de que hacer investigación y práctica jurídica es esencialmente sistematización conceptual sobre los textos legales. Por el contrario, el trabajo *de lege ferenda* no es para ella ciencia jurídica.

Tercero, la codificación recuerda cómo en el siglo XIX y principios del XX los abogados éramos amos y señores del debate público, del diseño institucional y de la implementación de políticas públicas¹⁴. La codificación rememora así tiempos de oro de la abogacía, donde los letrados éramos algo así como los sumos sacerdotes de una religión vedada para el común de los mortales. Como certeramente indica Sol Serrano, “el abogado se transformó en el prototipo del hombre público del siglo XIX porque el Estado... necesitaba también ideólogos que explicaran el nuevo orden y juristas capaces de formularlo legalmente. Necesitaba especialistas en la construcción institucional que fue el espacio político del siglo XIX¹⁵”. Como gremio, la codificación no sólo nos recuerda esa época gloriosa que se ha ido, sino también revive un pasado en el que esta obra de juristas —el Código— constituye uno de los más grandes símbolos del *pathos* republicano recién establecido.

Cuarto, ante el fárrago normativo característico del Estado-administrativo moderno, la codificación representa también una quimera de orden, claridad, y, en último término, de seguridad jurídica, a la que resulta difícil resistirse. Educados ante la pulcra imagen de El Libro, muchos abogados añoran todavía reducir todo el ordenamiento a un número limitado de Códigos, que contengan todos los sectores relevantes del Derecho. El exceso de normas es un mal y la codificación un remedio, o al menos así se presentan las cosas para quienes sostienen esta visión. Este ideal se persigue hoy incluso al precio de abandonar una sistematización legal de tipo innovadora-reformadora como en la “codificación de derecho cons-

¹³ BELLO, Andrés, “Memoria del Rector de la Universidad de Chile don Andrés Bello”, en *Anales de la Universidad de Chile* N° 5, 1848, p. 182.

¹⁴ Vid. BRAVO LIRA, Bernardino, “Estudios de Derecho y Cultura de Abogados en Chile 1758-1998: Tras la huella del *ius commune*, la codificación y la descodificación en el nuevo mundo”, en *REHJ* N° 20, 1998, pp. 85 y ss. Vid. también, DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant G., *The Internationalization of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago, University of Chicago Press, 2002, pp. 17-32.

¹⁵ SERRANO, Sol, *Universidad y Nación. Chile en el siglo XIX*, Santiago, Universitaria, 1994, p. 177.

tante” francesa, que en principio sólo pretende ordenar y sistematizar sin modificar contenido sino sólo forma¹⁶.

Aclarados estos dos aspectos generales, es posible iniciar aquí el análisis sobre la codificación del Derecho administrativo y su significación para la educación legal en Chile. Por codificación entendemos entonces la sistematización del Derecho administrativo, siguiendo los patrones y programas de la dogmática jurídica, y su consiguiente uso en las aulas como elemento básico de la enseñanza de la disciplina. Siguiendo los patrones clásicos a los que adhieren quienes normalmente promueven la codificación, cabe señalar que para que un código sea exitoso, debe cumplir en un grado aceptable con los tres elementos fundamentales con los que André Tunc sintetiza el pensamiento codificador del célebre autor del *Code*, Jean-Etienne Portalis: a) Completitud: debe reunir un área completa del Derecho; b) Generalidad: debe estar redactado reuniendo los principios generales sobre la materia; c) Lógica y sistema: debe ser un todo coherente y racional¹⁷. A diferencia de un mero índice o compilación, el Código pretende materializar estos principios.

La tesis que planteo aquí tiene tres partes, las cuales se desarrollan separadamente en las distintas secciones de este artículo. Primero, que la codificación del Derecho administrativo, ya sea en su versión clásica o de derecho constante, no sólo es imposible de llevar a la práctica, sino que además no es una buena idea; lo anterior sin perjuicio de que compilar e indexar el ordenamiento sí sea recomendable. Segundo, que los modelos del Derecho civil en particular y de la dogmática jurídica en general son sólo parcialmente apropiados para comprender el funcionamiento del Estado y su intervención en la sociedad en el mundo actual. Tercero, que desde la perspectiva de la educación jurídica es indispensable abandonar el formalismo unidimensional impuesto por la dogmática y abrir en consecuencia el análisis del Derecho a los aportes que otorgan las ciencias sociales *materiales*. En síntesis, el Derecho administrativo y su enseñanza universitaria –en lo que a mi juicio constituye un ejemplo liberalizador frente a las demás disciplinas– demuestra que el Derecho no puede estar reducido a los patrones de la codificación y de la dogmática.

¹⁶ Vid. BRAIBANT, Guy, “¿Cómo Codificar? El Método”, y MOLFESSIS, Nicolás, “¿Cómo Codificar? El Método”, ambos artículos disponibles en http://www.andresbello.org/articulo.php?id_articulo=33&id_rubrique=13 (última visita, 17 de mayo de 2005).

¹⁷ Vid. TUNC, André, “Methodology of the Civil Law in France”, en *Tulane Law Review* N° 50, 1976, p. 459. Tal como he podido apreciar de los artículos citados en la nota 16, estas características también están presentes en la “codificación del derecho constante”.

Antes de comenzar, es necesario aclarar qué es lo que no digo ni pretendo afirmar aquí. No intento en ningún caso rechazar el uso de las ciencias jurídicas en el Derecho administrativo. La manera fundamental de argumentar sigue estando comandada por la dogmática jurídica. Además, ella sigue otorgando importantísimos elementos al Derecho administrativo y lo seguirá haciendo mientras la coherencia y la seguridad jurídica sigan siendo valores esenciales. El punto es que el Derecho administrativo *no puede estar limitado sólo* a la dogmática. La comprensión del Estado y su intervención en la sociedad exige al menos contar con los avances que la economía y las ciencias políticas han aportado en las últimas décadas. En resumen, mi proposición es que, siguiendo la comparación que hacíamos con el cerebro, a las funciones primarias y medulares de la dogmática, debemos agregar un sinnúmero de elementos que las demás ciencias sociales han puesto a nuestra disposición. De modo que, los 150 años del Código Civil y la siempre latente idea de codificar el Derecho administrativo, constituyen una oportunidad perfecta para discutir sobre enseñanza y academia en el siglo XXI.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO:

UN CASO IRREMEDIABLEMENTE PERDIDO PARA LA CODIFICACIÓN

a) *Derecho administrativo chileno y gestores administrativos*

Hablar de Derecho administrativo es hablar de dos cosas distintas pero a ratos difíciles de distinguir: por un lado, del ordenamiento jurídico-administrativo que tiene por destinatario a la Administración del Estado; y por el otro, de la disciplina académica que se ocupa de este sistema. En cuanto orden normativo, el origen histórico del Derecho administrativo es materia discutida. Entre nosotros, puede afirmarse que sus raíces remotas se encuentran en el monarquismo ilustrado y, posteriormente, en los inicios de la república ilustrada¹⁸. Pero, sin duda, la génesis inmediata de su versión *moderna* hay que encontrarla en el intenso desarrollo de las obras públicas y de los ferrocarriles a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

En efecto, la Guerra del Pacífico y la impresionante incorporación de rentas que el salitre proporcionó al erario nacional son los puntos claves que marcan el comienzo del vertiginoso ascenso del Estado-administrativo

¹⁸ Vid. BRAVO LIRA, Bernardino, *Absolutismo Ilustrado en Hispanoamérica: Chile (1760-1860) de Carlos III a Portales y Montt*, Santiago, Universitaria, 1994.

chileno¹⁹. Desde entonces comienzan a aparecer dos de los desafíos básicos que dan forma al Derecho administrativo actual: la creación de extensos organismos administrativos a cargo del diseño e implementación de planes y programas con fines públicos y la intervención estatal en la (micro)economía. Por cierto que el Derecho administrativo tomará su configuración definitiva con el advenimiento del Estado social y sus fines colectivos pos 1925²⁰, pero es indudable que tanto la gestión de las obras públicas y ferrocarriles por parte del Estado, como el control de su construcción y explotación en caso de contratistas y concesionarios –incluida la fijación de tarifas– constituyen la primera parte de un mismo patrón de organización e intervención estatal²¹.

En su dimensión académica, el Derecho administrativo aparece en nuestra educación universitaria tempranamente. En concreto, es desde la reforma curricular aprobada en 1853²² –cuando los abogados se educaban aún en la sección universitaria del Instituto Nacional²³– que se enseña la asignatura de *Derecho público y administrativo*. Su primer destacado profesor fue Santiago Prado²⁴, quien –además de enseñar Derecho de gentes– escribió el primer tratado: *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno* (1859). Finalmente, el Derecho administrativo se independizó del Derecho constitucional y se consolidó como cátedra autónoma en virtud de la reforma curricular de 1887²⁵.

¹⁹ Los impuestos provenientes del salitre y del yodo (un subproducto del mismo) ascendieron al 42,82% de las rentas ordinarias de la nación entre 1880 y 1929. Vid. MAMALAKIS, Markos J., “The role of Government in the Resource Transfer and Resource Allocation Processes: The Chilean Nitrate Sector, 1830-1930”, en RANIS, Gustav, *Government and Economic Development*, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 192-195. Vid. también MAMALAKIS, Markos J., *The Growth and Structure of the Chilean Economy: From Independence to Allende*, New Haven, Yale University Press, 1976, p. 56.

²⁰ Vid. PIERRY ARRAU, Pedro, “Transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX”, *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, 2001, N° 5, disponible en http://www.cde.cl/velsystem/PortalBiblioteca/revista/Revista%20N%BA5/3%20Doctrina%20Administrativa/1_TRANSFORMACIONES.HTML (última visita, 21 de febrero de 2005).

²¹ Para un estudio de la regulación de ferrocarriles en el siglo XIX, vid. MONTT OYARZÚN, Santiago, “Balmaceda y la Nitrate Railways Company: la primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. N° 5 N° 2, 2004 (por publicar).

²² Vid. Decreto N° 1.205 de fecha 7 de diciembre de 1853, publicado en *Anales de la Universidad de Chile* N° 10, 1853, pp. 503-504.

²³ Vid. SERRANO, *supra* nota 15, pp. 104 y ss. y BAEZA MARAMBIO, Mario, *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Santiago, Universidad de Chile, 1944, pp. 87 y ss.

²⁴ Vid. BAEZA MARAMBIO, Mario, *supra* nota 23, pp. 130 y ss.

²⁵ Vid. *id.*, p. 171. El ramo *derecho público y administrativo* –enseñado en 4° año de la carrera– pasó a llamarse *derecho administrativo y constitucional* con la reforma de 1866 (*id.* p. 152). Una

El Derecho administrativo –entendido al mismo tiempo como ordenamiento *sujeto a control judicial* y como disciplina académica– no tuvo en Chile un desarrollo muy prominente hasta avanzado el siglo XX. Llama la atención que no obstante el espectacular crecimiento del Estado y sus funciones durante el siglo pasado, nuestra academia no avanzara a la par del desarrollo social y económico y de la avalancha legislativa y regulatoria que caracterizaron al Estado social. Razones se han dado muchas y todas apuntan a la falta de control judicial sobre los actos de la Administración. Efectivamente, en una cultura legal formalista y en un modelo educativo centrado en la preparación de profesionales, esto habría dejado a nuestra disciplina desjuridificada y fuera del alcance efectivo del trabajo científico durante buena parte del siglo XX²⁶.

Pero pocas veces se intenta dar una explicación que vaya más allá de la poco convincente teoría de la desidia del legislador por crear los tribunales contencioso-administrativos. Personalmente, considero que la existencia de los llamados *gestores administrativos* es un factor fundamental para dar cuenta del retraso del Derecho administrativo²⁷. Los gestores prestaban –y algunos todavía lo hacen, bajo el más glamoroso título de *lobistas*– el servicio de obtener decretos y resoluciones mediante sus contactos políticos²⁸.

Continuación nota ²⁵

vez independizado el curso en 1887, los primeros profesores de la disciplina fueron Valentín Letelier y luego José Domingo AMUNÁTEGUI RIVERA.

²⁶ Vid. SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Santiago, Jurídica, 1996, t. I, p. 22.

²⁷ El tema de los gestores administrativos y su relación con la debilidad del Derecho administrativo en Chile no ha recibido la atención que merece. A modo meramente referencial –pues esto constituye una investigación por realizar–, menciono aquí tres hitos. 1) La historia fidedigna de la Constitución de 1925 muestra a Fernando ALESSANDRI replicando a Domingo Amunátegui, en relación a la falta de existencia de revisión de actos administrativos, en los siguientes términos: “No puede hacerlo –replicó el señor ALESSANDRI– porque ésta [la Justicia Ordinaria] es y se declara incompetente para conocer en esas materias y el particular queda burlado, a menos que recurra a gestores administrativos para que ellos consigan con el Ministro respectivo que derogue el decreto de renovación”, citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando, “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa-Decisiones legislativas al año 2001”, en Universidad de Chile, *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, Santiago, Universidad de Chile, 2001, pp. 19-43. 2) En 1952, al ser elegido Presidente, Carlos Ibáñez del Campo afirmó que: “yo haré justicia para robustecer la confianza pública en el sentido de que se ha puesto término definitivo a la acción de los gestores administrativos...”. 3) Posteriormente, el gobierno de la Unidad Popular prometía, en sus primeras “40 Medidas del Gobierno popular” de 1970, terminar con los gestores administrativos y los traficantes políticos. Para un estudio de la *gauchá chica* en la política municipal durante el siglo XX, vid. Valenzuela, Arturo, *Political Brokers in Chile: Local Government in a Centralized Polity*, Durham, Duke University Press, 1977, pp. 73 y ss.

²⁸ Si hemos de creerle a nuestro gran poeta Vicente HUIDOBRO, el famoso profesor de Derecho civil Luis CLARO SOLAR habría sido también un gestor administrativo. Su opinión es la siguiente:

No debe sorprendernos entonces que el Derecho administrativo, al margen del control judicial y sumido en una considerable pobreza doctrinaria, haya sido un hijo rebelde de la codificación. Desde sus orígenes, el ideal codificador rebotó ante la facticidad del Derecho administrativo. Facticidad no sólo en cuanto conjunto inabarcable e insistematizable de normas, sino también en cuanto materia enfrentada a la poderosa oposición de diversos grupos de interés—destacándose los gestores administrativos— que vieron en cualquier posible orden y sistema un enemigo al éxito de sus gestiones. No es difícil percibir que mientras más oscuras e incomprendidas fueran las normas relativas a la Administración y mientras más lejanas del alcance de los Tribunales estuvieran, mejor era la posición de los gestores y de quienes requerían y se beneficiaban de sus servicios²⁹. En otras palabras, el poder y eficacia de estos individuos y sus mandantes era función inversa del Derecho administrativo.

La Constitución de 1980 estableció un vuelco radical en la materia³⁰, giro que se profundizó con la reforma el año 1989 al otorgarle plena jurisdicción a los tribunales ordinarios sobre las actuaciones del Poder Ejecutivo³¹. El profundo desarrollo que ha tenido el Derecho administrativo en los Tribunales y en la Academia en los últimos 25 años no es un accidente, sino por el contrario, la consecuencia natural de la completa juridificación de esta disciplina. A 150 años de la dictación del Código Civil, el Derecho administrativo ha logrado por fin un desarrollo básico, que es el que nos permite hoy formularnos preguntas antes inimaginables, tales como su codificación, el rol de la dogmática y el de las demás ciencias sociales en su enseñanza y comprensión.

Continuación nota ²⁸

“individuo de pésimos antecedentes como gestor administrativo. La opinión pública lo condena como la cabeza visible de una compañía de abogados gestores compuesta de sus hijos Santiago, Héctor, Gustavo, Carlos LARRAÍN CLARO y Samuel LASTARRIA, denominados con sorna en los círculos políticos y sociales como ‘la cueva de Alí Babá y de los cuarenta ladrones’”. De ser esto efectivo, es significativo que el más grande tratadista de Derecho Civil haya sido al mismo tiempo un gran gestor administrativo (Vid. HUIDOBRO, Vicente, “Gestores Administrativos y Políticos Peligrosos”, en DE LA FUENTE, José Alberto, *Vicente Huidobro. Textos inéditos y dispersos*, Santiago, Biblioteca Nacional, 1993, pp. 121-130, publicado originalmente en la revista *Acción*, Santiago, 7 de agosto de 1925, Año I, N° 3, pp. 1-2).

²⁹ En general, sobre cómo los políticos y reguladores usan el espacio de maniobra que les otorga el sistema (*slack*), y qué elementos aumentan o disminuyen tales espacios de maniobra, Vid. LEVINE, Michael E. y FORRENCE, Jennifer L., “Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis”, en *Journal of Law, Economics, and Organization* N° 6, 1990, pp. 167 y ss.

³⁰ En rigor, un poco antes, con el Acta Constitucional N° 3 de 1976.

³¹ Algo parecido ocurrió en España durante la década de los 1950s con la dictación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que GARCÍA DE ENTERRÍA califica como el origen mismo del Derecho administrativo español moderno. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1998, 4ª Ed., pp. 39 y ss.

*b) Codificación del Derecho administrativo:
difícil e inconveniente*

Tal como lo adelanté en la introducción, creo que la codificación del Derecho administrativo es un proyecto no sólo difícil de realizar sino además del todo inconveniente. Si la codificación es un remedio contra el supuesto mal del exceso normativo, entonces su éxito debe ser juzgado a la luz de los tres objetivos básicos que desde Portalis son venerados por los promotores de estos esfuerzos sistematizadores: completitud, generalidad y lógica y sistema. Cualquier proyecto que no comprenda estos elementos no pasa de una mera indexación o compilación.

Partiendo por la *completitud*, la enorme extensión horizontal del Derecho administrativo ha sido y sigue siendo un obstáculo más que serio para cualquier intento codificador. Desde hace bastante tiempo que el enorme caudal de normas relativas a los servicios públicos y su funcionamiento sobrepasa cualquier esfuerzo de sistematización. Volviendo a la idea expresada en el capítulo anterior relativa al origen del Derecho administrativo en Chile, es interesante mencionar que ya en 1891, por orden del Presidente José Manuel Balmaceda, se compilaron todas las normas relativas a ferrocarriles, las que entonces –al igual que cualquier regulación sectorial de la actualidad– sumaban dos voluminosos tomos³². Otro esfuerzo similar, aunque no exhaustivo en su alcance, se hizo en 1914 en materia de obras públicas dando lugar a un volumen de más de 800 páginas³³. ¿Qué posibilidad codificadora pudo alguna vez existir sobre este fárrago normativo que caracteriza desde los orígenes a esta disciplina?

Por supuesto que en la actualidad la cosa es mucho peor. El “Derecho administrativo material” o “especial” cubre ahora prácticamente todas las áreas del quehacer humano³⁴, y cada uno de estos sectores presenta un voluminosísimo número de regulaciones. El mundo posprivatizaciones se caracteriza por una intensa regulación administrativa, pues si bien el

³² Vid. JOFRÉ, Emilio, *Boletín de Leyes y Decretos sobre Ferrocarriles dictados por la República de Chile desde 1848 hasta 1890*, 2 Vols., Santiago, Imprenta Santiago, 1891.

³³ Vid. *Recopilación de Leyes, Reglamentos e Instrucciones sobre la Administración en general y especiales de Obras Públicas*, Santiago, 1914, 835 páginas.

³⁴ Vid., por ejemplo, VILLAR EZCURRA, José Luis, *Derecho administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares*, Madrid, Civitas, 1999, y ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, Granada, Comares, 2004. La lista de actividades que tienen que vérselas diariamente con el Derecho administrativo es interminable: recursos naturales, medio ambiente, energía, telecomunicaciones, infraestructura, urbanismo y construcción, transporte, valores y seguros, administración de fondos de pensiones, etc.

Estado se desprendió de una serie de actividades y las entregó a la gestión privada, lo hizo al costo de crear y mantener una intensa supervigilancia del cumplimiento de los fines de eficiencia y justicia definidos en las nuevas normativas³⁵. Por otra parte, la protección del medio ambiente y de otros valores colectivos como la salud y el desarrollo urbano han terminado por poner a todos los ciudadanos en contacto con la Administración. Esto echa por tierra cualquier pretensión de completitud y codificación.

En seguida, la idea de fijar un cuerpo legal de manera definitiva exige que exista un consenso más o menos generalizado sobre el contenido del Derecho en el área respectiva. Esta es la idea matriz del requisito de la *generalidad*: deben existir principios básicos y suficientemente abstractos que permiten explicar lo particular sin necesidad de rearticularlo en su especificidad. En palabras de Portalis, “la misión de la ley consiste en señalar, a grandes rasgos, las proposiciones generales del Derecho, en establecer principios fecundos en consecuencias sin descender nunca hasta los detalles mínimos de cada cuestión³⁶”. Pero nuevamente, diversos elementos conspiran contra la generalidad en el Derecho administrativo.

Uno de los principales “problemas” es que el Derecho administrativo está caracterizado –según la expresión de García de Enterría y Fernández– por una “contingencia y variabilidad” a prueba de cualquier codificación³⁷.

³⁵ Vid. VOGEL, Steven K., *Freer Markets, More Rules*, Ithaca, Cornell University Press, 1996.

³⁶ PORTALIS, *supra* nota 5, p. 30.

³⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, 12ª Ed., T. I, pp. 81 y ss. La opinión canónica de estos dos grandes maestros avala la posición que aquí he adoptado, por lo que me permito citarlos en forma extensa: “Nada, pues, parecido a lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento (Civil, Mercantil, Procesal, Penal), que viven sobre una norma básica (el Código o Ley de Enjuiciamiento respectivo) que rara vez es afectada por la actividad legislativa y cuyas virtualidades la doctrina y la jurisprudencia van morosamente descubriendo y desarrollando. Frente a esta envidiable tranquilidad, el Derecho administrativo es el ejemplo por excelencia de lo que Carl SCHMITT ha llamado la ‘legislación motorizada’; son varios miles al año... las normas nuevas que se promulgan en nuestro ámbito. El cambio normativo es, pues frenético. El legalismo, desenfrenado, volcado a una inestabilidad permanente. Ninguna posibilidad de confiar en una conclusión o retoque último, al menos provisional, que permita suspender por un tiempo la promulgación de nuevas normas, ninguna esperanza de una ‘codificación’ que consagre un cuerpo normativo completo y cerrado que elimine las iniciativas casuísticas e indefinidas” (*id.*, p. 82). En términos equivalentes, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid, Civitas, 2004, t. I, p. 401, señala que “cuando la llamada ‘motorización legislativa’ (C.Schmitt) pulverizó el mito revolucionario e ilustrado de las leyes claras y bien ordenadas, al modo en que idealmente trataron de hacerlo los primeros Códigos, y sustituyó también el ideal de las leyes generales por otras hechas a la medida de los problemas, mucho más concretas y cambiantes, el ordenamiento jurídico empezó a alimentarse fundamentalmente de normas efímeras, dictadas para la ocasión, dominadas por el vértigo de la sustitución y el cambio”. Vid. también, VILLAR EZCURRA, *supra* nota 34, p. 21, quien habla del *derecho difuso o borroso*, por cuanto la “enorme cantidad de regulaciones concretas (que) apenas permite dibujar los perfiles de una estructura que permita su encuadramiento bajo un esquema preconcebido”.

Desde una perspectiva amplia, contingencia y variabilidad deben servirnos para dar cuenta de varios aspectos que apuntan en la misma dirección. En primer lugar, estos dos factores recuerdan la genuina imposibilidad de dar hoy con las soluciones de los problemas del futuro. Nuestra sociedad es tremendamente cambiante, ante lo cual nadie puede erigirse como poseedor de soluciones universales y permanentes³⁸. Piénsese simplemente en la parte organizacional del Derecho administrativo: ¿Cuál será el diseño institucional apropiado para enfrentar las telecomunicaciones en el 2015 o en el 2025?

En segundo lugar, contingencia y variabilidad se relacionan indirectamente con el hecho que el centro de gravedad del ordenamiento no se encuentra actualmente en la ley sino en las normas de rango reglamentario. Esta es una característica típica de los sistemas legales occidentales pos Primera Guerra Mundial y que forma parte del fenómeno de “fragmentación de la legalidad” que ha denunciado Muñoz Machado³⁹. Incluso un país que ni siquiera contempla el poder reglamentario en su Constitución como Estados Unidos permite al legislador entregar un sinnúmero de campos a la fijación administrativa y en un grado de indeterminación mucho mayor que las versiones más liberales de nuestra relación ley-reglamento (ver, por ejemplo, las llamadas “doctrina de la delegación” y la “doctrina Chevron”)⁴⁰.

Este aspecto es normalmente pasado por alto por quienes no se han detenido a estudiar el Derecho público en los últimos 70 años en general o algún sector regulado en particular. De hecho, en la actualidad de nuestra

³⁸ De hecho, esto ya lo advertía PORTALIS, *supra* nota 5, pp. 28-29: “Además, ¿cómo encadenar la acción del tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos, a la insensible declinación de las costumbres? ¿Cómo predecir y valorar los futuros progresos que tan sólo los resultados de la experiencia podrán revelarnos? ¿Puede acaso la previsión llegar a extenderse hasta comprender situaciones que el pensamiento jamás tuvo en cuenta?”.

³⁹ *Vid.* MUÑOZ MACHADO, *supra* nota 37, I, pp. 430 y ss.

⁴⁰ La literatura sobre este punto en Estados Unidos es enorme. *Vid.* MASHAW, Jerry L. (Et. Al.), *Administrative Law: the American Public Law System*, St. Paul, THOMSON, 2003; STRAUSS, Peter L., *Gellhorn and Byse's Administrative Law. Cases and Comments*, New York, Foundation Press, 2003. Un interesante y provocativo artículo sobre el punto en MASHAW, Jerry L., “Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, N° 1, 1985, p. 81, y pp. 95-99. Por su parte, SUNSTEIN, Cass, “Nondelegation Cannons”, *University of Chicago Law Review* N° 67, 2000, p. 322, elocuentemente dice que “la doctrina de la no-delegación [equivalente a la reserva legal absoluta] ha tenido un año bueno [1935] y 211 años malos”. *Vid. también* POSNER, Eric y VERMEULE, Adrian, “Nondelegation: a Post-mortem”, en *University of Chicago Law Review* N° 70, 2003, pp. 1331 y ss. Últimamente, en *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989) y más recientemente en *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457 (2001) la CS. norteamericana ha indicado su clara falta de interés en revivir la doctrina de la no-delegación como medio de control de la discrecionalidad administrativa.

educación legal sólo en el curso de Derecho administrativo se enseña “teoría de la ley” de una manera que incorpore y explique los complejos problemas vinculados con la reserva legal y a la relación ley-reglamento⁴¹. Por el contrario, la versión que se enseña normalmente en primer año en Derecho civil o en Introducción al Derecho —esa que sigue el *Manual de Derecho Civil* de Alessandri— es la teoría de la ley de la década del 1930, que poco tiene que ver con la situación actual del ordenamiento jurídico.

Al final del día, la relevancia de las normas emanadas del Ejecutivo determina que una codificación legal del Derecho administrativo sea vacua. Cualquier intento de Código sólo incorporaría un conjunto general de principios legales que está todavía muy lejos de la concreta regulación de los respectivos sectores económicos y sociales. Si, por el contrario, la codificación corriera el riesgo de incorporar normas de rango infra-legal, el Código tendría que enmendarse año tras año frente al constante cambio y adaptación típica de este conjunto de normas.

En tercer lugar, las diferencias políticas, ideológicas y de preferencias entre los distintos miembros de nuestra sociedad determinan un grado de “contingencia y variabilidad” que es inherente a las normas del Derecho administrativo. A diferencia de lo que decíamos más arriba sobre la genuina imposibilidad de dar hoy con las soluciones del mañana, aquí es necesario centrar la atención en el hecho de que el constante cambio en las alianzas y combinaciones de ciudadanos y de grupos de interés y por ende de escenarios electorales, determina que las políticas públicas deban ser constantemente ajustadas. El proceso democrático y la responsabilidad política de quienes detentan el poder exigen este constante ajuste⁴².

Otra manera de ver esto mismo pasa por hacer notar que el Derecho administrativo no abarca un sector de la realidad relativamente neutral como el Derecho civil. Por el contrario, es foco de la atención de todos los sectores de la población, especialmente de los más organizados, quienes luchan por obtener prestaciones favorables del poder público⁴³. La variabilidad del mundo político-económico hace del Derecho administrativo un

⁴¹ Sobre la relación ley-reglamento, *vid.* CARMONA SANTANDER, Carlos, “Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento”, en *Revista de Derecho Público* N° 61, 1998-1999, pp. 180 y ss.; él mismo, “Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, Año I, N° 3, 2001, pp. 29 y ss.

⁴² *Vid.* SUNSTEIN, Cass, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 22.

⁴³ Hoy en día la literatura de ciencia política positiva sobre democracia y análisis económico del proceso político es enorme. Textos clásicos en este punto son DOWNS, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, New York, HARPER and ROW, 1957; y OLSON, Marcus, *The Logic of Collective Action*, Boston, Harvard University Press, 1965; una síntesis en Reisman, David,

océano agitado que poco se asemeja a las calmas, sabias y sesudas aguas del Derecho civil. Hace casi ya un siglo que el gran publicista francés Maurice Hauriou anotó que la ley es imperfecta porque es el producto de transacciones entre fuerzas antagónicas, “es como un armisticio, una paz provisional en la cual fuerzas sociales diversas y en conflicto acuerdan suspender hostilidades sobre la base de un ‘acuerdo de cese el fuego’ en el que cada uno mantendrá las posiciones conquistadas⁴⁴”.

Ahora bien, junto a la contingencia y variabilidad es indiscutible reconocer el valor que tienen los principios generales en el Derecho administrativo, incluyendo por cierto los principios constitucionales. Los principios del Derecho constituyen el contrapunto de estabilidad que permiten al aplicador del Derecho navegar en el fárrago normativo sin zozobrar. Pero esto también es un argumento en contra de la codificación⁴⁵. Como decíamos en la introducción, la codificación legalista idealiza un mundo de reglas y no de principios. El nivel de abstracción, generalidad y contestabilidad de los principios generales usados en el Derecho administrativo es excesiva para un criterio codificador⁴⁶, sin perjuicio que, además,

Continuación nota ⁴³

Theories of Collective Action. Downs, Olson and Hirsch, Londres, The Macmillan Press, 1990. Una visión de conjunto en MUELLER, Dennis C., *Public Choice III*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003; y una mirada desde el Derecho Administrativo en MASHAW, Jerry L., *Greed, Chaos & Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, NEW HAVEN, Yale University Press, 1997. La escuela de Chicago ha hecho aportes muy valiosos también a esta línea de investigación: STIGLER, George “The theory of economic regulation”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science* N° 2, 1971, p. 137-146; Peltzman, Sam, “Toward a More General Theory of Regulation”, en *Journal of Law and Economics*, N° 19, 1979, pp. 211-240; BECKER, Gary S., “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”, en *The Quarterly Journal of Economics* N° 98, 1983, p. 371-400; PELTZMAN, Sam, LEVINE, Michael y NOLL, Roger G., “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”, en *Brooking papers on economic activity. Microeconomics* N° 1989, 1989, p. 51.

⁴⁴ Citado por WALINE, Marcel, “Maurice Hauriou”, en BRODERICK, Albert (Ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Cambridge, Harvard University Press, 1970, p. 139.

⁴⁵ De acuerdo a PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 288 la importancia de los principios generales del derecho es en parte una reacción a la incodificabilidad actual del Derecho administrativo: “En esta situación fácil resulta comprender el declive en que se encuentra, no ya el espíritu codificador, sino el normativismo positivista, que tuvo su momento de esplendor a finales del siglo xix y principios de éste... *La única respuesta plausible y efectiva, hoy por hoy y como demuestra, de otro lado, la experiencia práctica, los términos del manejo y la aplicación efectivas del ordenamiento positivo, es la de revalorización de los principios generales del Derecho, tanto de los expresamente proclamados en las normas escritas como los deducidos o inferidos del ordenamiento como sistema*” (destacado agregado).

⁴⁶ Por su parte, según SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, 3ª Ed., Vol. I, pp. 151-152, “Esta hipertrofia

tales principios sean numéricamente insuficientes para llenar más que un par de páginas de un Código. La labor del juez al aplicar estos principios lo distingue del autómatas de la codificación: aquí debe ponderar, valorar, “balancear intereses” y, en definitiva, juzgar, esto es, todo lo contrario a la acción binaria de la regla codificada⁴⁷.

Por último, el elemento que denomino aquí *lógica y sistema* también conspira en contra de la codificación del Derecho administrativo. Me refiero principalmente a la racionalidad del legislador y con ello a la coherencia probien común que debe caracterizar a un Código. Siguiendo con lo señalado más arriba, tanto a nivel general como especial, el Derecho administrativo está estrechamente vinculado a concepciones políticas y a intereses económicos particulares. No hay aquí un legislador sabio y omnisciente que concuerde con los intereses y aspiraciones de toda la población.

En términos de política contingente, piénsese de nuevo en el debate entre reserva legal absoluta y reserva legal relativa. Por lo general, quienes defienden la primera tesis tienen una tendencia política distinta a quienes defienden la segunda⁴⁸. Y esto no es un accidente, pues con la tesis de la reserva legal relativa el gobierno de la Concertación ha podido intervenir en el mercado y en la sociedad sin tener que recurrir al Congreso y, por ende, sin tener que negociar con la oposición. Por cierto que el debate sobre la relación ley-reglamento en este ámbito no se reduce puramente a la política contingente; lo importante es que nadie puede cegarse a la dimensión política.

A nivel de Derecho administrativo especial, las normas que integran el mismo son habitualmente el producto de transacciones entre distintos

Continuación nota ⁴⁶

ha llevado, lógicamente, a una profunda crisis de la norma escrita... La propia inaprehensibilidad de la norma escrita, perdida en el bosque inextricable del sistema normativo, ha llevado a una creciente desconfianza en la legislación formal, *haciendo volver los ojos hacia una vida jurídica basada en grandes y sencillos principios, en la justicia del caso concreto, en la creatividad de la función judicial y en una visión reduccionista del Derecho a la tópica y a las técnicas argumentativas; esto es, en una tendencia hacia un sistema jurídico desformalizado y progresivamente no escrito, apegado a la singularidad y eminentemente escéptico ante los poderes normativos formales*” (destacado agregado).

⁴⁷ El artículo 23 del Código Civil da cuenta de este mundo binario de la codificación: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”.

⁴⁸ Por la oposición, vid. Soto KLOSS, Eduardo, “Ley y Reglamento: sus relaciones en el Derecho chileno”, *Ius Publicum* N° 3, 1999, pp. 33-47; FERMANDOIS, Arturo, “La reserva legal: una garantía que desaparece”, en *RChD* N° 28-2, 2001, pp. 287; RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público* N° 63, 2001, pp. 471 y ss. y ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, Santiago, Universidad Santo Tomás, 2002, pp. 81 y ss. Por el gobierno ver los artículos de Carlos CARMONA citados *supra* en la nota 41.

grupos de interés y el Gobierno. En los sectores regulados es donde más en evidencia queda siempre que el Estado no sólo representa los intereses generales de la Nación, sino también los de los políticos que necesitan ganar la siguiente elección y los de los grupos que los apoyan. Pero los problemas conceptuales en este sentido son más graves aún. No sólo ocurre muchas veces que el Gobierno ostensiblemente no persigue el interés general sino que en otras circunstancias puede ser imposible determinar qué es el bien común. El premio Nobel de economía Kenneth Arrow demostró hace ya medio siglo, en el famoso teorema de la *imposibilidad* que lleva su nombre, que no hay manera de agregar preferencias individuales para generar preferencias colectivas de una manera no-dictatorial⁴⁹. Esto implica que, en sectores regulados donde concurren múltiples intereses y donde las alternativas de acción son diversas, no hay necesariamente una manera consistente de determinar qué decisiones corresponden al bien común⁵⁰. Toda reforma regulatoria beneficia a algunos y perjudica a otros, esto es, crea y destruye *rentas*. La sabiduría y neutralidad de los Códigos y el presupuesto del legislador sabio están así perdidos para siempre.

c) *“Lo mejor es enemigo de lo bueno”:
Indexar y compilar en vez de codificar*

En mi opinión, plantear en la actualidad que el exceso de normas es un mal que hay que solucionar, es como decir que es un problema que en Chiloé llueva mucho. El Estado administrativo se caracteriza por el fárrago norma-

⁴⁹ Vid. ARROW, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, New York, Wiley, 1951. El teorema de Arrow demuestra que, salvo situaciones muy excepcionales, no hay manera de agregar preferencias individuales de más de tres personas cuando se disputan tres o más alternativas, de modo que se satisfagan las siguientes propiedades fundamentales (que constituyen el mínimo de requisitos que, de cumplirse, harían la agregación un producto razonable): a) transitividad: si A es preferido a B, y B sobre C, entonces A es preferido sobre C; b) unanimidad: A debe ser preferido a B cuando todos los sujetos prefieren A sobre B; c) independencia de alternativas irrelevantes: la elección entre A y B no es afectada por la introducción de una tercera alternativa; d) no-dictadura: ningún individuo puede tener un poder que le permita imponer sus preferencias a las de los demás.

⁵⁰ Una de las principales consecuencias de esta indeterminación es que los procedimientos e instituciones condicionan los resultados; esto es, así como el esquema-proceso de eliminación de equipos en un torneo deportivo determina en parte el ganador, el orden y sistema usados para tomar decisiones colectivas determina la solución adoptada. Vid. SHEPSLE, Kenneth A. y WEINGAST, Barry R., “Structure-induced equilibrium and legislative choice”, *Public Choice* N° 37, 1981, pp. 503 y ss.; McCUBBINS, Matthew D., NOLL, Roger G. y WEINGAST, Barry, “Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies”, en *Virginia Law Review* N° 75, 1989, pp. 431 y ss.; y McNOLLGAST (McCUBBINS, Matthew D., NOLL, Roger G. y WEINGAST, Barry), “Slack, Public Interest, and Structure-Induced Policy”, en *Journal of Law, Economics, & Organization* N° 6, 1990, pp. 203 y ss.

tivo al igual que Chiloé por sus “cielos cubiertos”. A mi juicio, la codificación no sólo no es remedio para este supuesto mal, sino que además es en sí misma fuente de un gran peligro: opera como una meta inalcanzada e inalcanzable que nos permite justificarnos respecto al nulo orden que tiene nuestro sistema jurídico y al precario conocimiento que tenemos de él. Ese Código futuro por dictarse nos impide hacernos cargo del caos presente.

Una solución más simple, que constituye un objetivo “lograble” y que capitaliza varios de los supuestos objetivos de una codificación, es una alternativa mucho más conveniente. Me refiero a indexar y compilar el ordenamiento, sin alterar su contenido. En términos muy resumidos, mi propuesta es la siguiente: crear una sección o unidad en la Secretaría General de la Presidencia, o en otro Ministerio, en reemplazo de la actual labor que realiza la Biblioteca del Congreso, que tenga por misión digitalizar, para luego compilar y en último término indexar el ordenamiento jurídico completo. Esta indexación-compilación debiera ser asumida por el Estado y publicada en papel y en una página web, y por cierto mantenida al día “en tiempo real” en Internet y con una periodicidad razonable en la edición en papel.

El trabajo de indexación-compilación requiere de un equipo de bibliotecarios y abogados para la formación de un índice razonable que abarque todo el ordenamiento. No exige ninguna sistematización modificadora de artículos ni de textos jurídicos, sino simplemente crear un “árbol” y colgarle todas las normas formalmente vigentes, con el trabajo adicional de mantener el esquema al día. Como he dicho, un proyecto “lograble” como éste cumple con al menos los dos siguientes objetivos básicos que normalmente se asocian a una codificación: a) desde un punto de vista político, se otorga a los ciudadanos un acceso más franco al ordenamiento jurídico, requisito exigido por la naturaleza democrática de nuestro sistema político y por la presunción de conocimiento de la ley impuesta a todos los habitantes; b) desde un punto de vista económico, se trata de un bien público cuya provisión por el Estado tiene un sólido fundamento en la eficiencia⁵¹. Además, es indudable que esta indexación-compilación pue-

⁵¹ Es un “bien público” en sentido económico: su consumo es no-rival, lo que significa que el consumo de una persona no impide el consumo de la siguiente, o, más técnicamente, que el costo marginal de extender el consumo a un siguiente consumidor es cero. Dado que es posible excluir a quienes no pagan, y en vista del enorme costo inicial que implica establecer la base de datos –lo que opera como una barrera de entrada–, es posible que empresas como LexisNexis provean el servicio de entregar información jurídica pública. Pero tal servicio privado de información relativa al ordenamiento jurídico, considerada desde una perspectiva social, no es eficiente: por una parte está subutilizado (lo usan menos personas que el óptimo) y por otra parte es incompleto (no incluye

de servir de base para la posterior codificación en las áreas en las que se estime conveniente racionalizar y armonizar.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO UN EJEMPLO LIBERALIZADOR ANTE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

a) Exégesis, conceptualismo dogmático y positivismo kelseniano: las tres piezas del compacto que forma nuestro pensamiento jurídico operativo

Hasta aquí hemos presentado al Derecho administrativo como un caso *irremediable* para la codificación. Pero es indispensable ir más allá y realizar una introspección en el edificio de nuestro pensamiento jurídico *operativo* para demostrar que el Derecho administrativo es también un caso *liberalizador* frente a la dogmática jurídica. Por *operativo* entiendo aquí la forma cotidiana y concreta de entender el Derecho de parte de abogados y jueces. No hay duda que se trata de una generalización y, por ende, sujeta a un alto grado de inexactitud, pero creo que el esfuerzo vale la pena.

Mi impresión es que nuestro pensamiento jurídico es un compacto formado por tres capas fundamentales: *escuela de la exégesis, conceptualismo dogmático y positivismo kelseniano simplificado*. En este sentido, el impacto de la codificación no se entiende en forma completa si se lo desliga de las capas que le prosiguieron y que terminaron por configurar la manera cómo entendemos el Derecho y, por ende, el aislamiento en que se encuentra su estudio respecto a las demás ciencias sociales.

Tal como la entendemos hoy, la dogmática jurídica cumple esencialmente dos funciones básicas vinculadas entre sí. La primera, que asociamos a la escuela de la exégesis, se centra en la interpretación y aclaración del significado de la ley escrita. Se trata de una labor de índole más bien

Continuación nota ⁵¹

todo el ordenamiento). Estas ineficiencias se agravan dado el poco respeto que hay en Chile por la propiedad intelectual y dado el reducido tamaño de los mercados (desde mi experiencia en la indexación-compilación del Derecho pesquero y acuícola, me parece claro que el pequeño número de interesados en comprar la información legal relativa a ciertas áreas del ordenamiento determina que el sector privado no producirá tal información; sólo lo hará en sectores aislados del sistema legal que sí son de interés masivo; e incluso en estos últimos casos, el servicio estará siempre subutilizado, dado que el costo marginal real es cero y la empresa cobra una tarifa de acceso, excluyendo así a un número considerable de eventuales clientes).

descriptiva, en el sentido que el jurista busca explicar qué es lo que dice la ley. La segunda es una función normativa y tiene que ver con la elaboración del andamiaje conceptual o doctrinario que permite explicar y comprender las normas legales. Estas dos facetas son denominadas de distintas maneras, así por ejemplo, Ihering las llama “ciencia jurídica inferior” y “ciencia jurídica superior”⁵²; Aulis Aarnio, “dimensión práctica” y “dimensión teórica” del Derecho⁵³; y Carlos Nino, “función explicativa” y “función legislativa”⁵⁴.

La codificación, con sus ideales de completitud, generalidad y lógica-sistema, fue un campo fecundo para la labor descriptiva de la primera ciencia legal. Aunque con raíces ancestrales en los Glosadores, la Escuela de la Exégesis dio lugar a un “culto a la ley” que aún perdura en nuestros días. Es más, esta conocida escuela que dominó en Francia y en Latinoamérica en el siglo XIX –en Chile, el ramo de Derecho civil llegó a llamarse “Código Civil”⁵⁵– centraba toda la labor en la sistematización de la ley escrita, negándose a sí misma cualquier capacidad para establecer principios no sentados por el legislador. Al suponer la obra del legislador como un todo completo racional y sin lagunas, la actividad del jurista se reducía a un estudio directo y analítico de las distintas partes del Código, especialmente en el trazado de antagonismos y paralelismos entre las diversas normas del mismo⁵⁶.

Hacia fines del siglo pasado se produjo una especie de cambio de mando en el positivismo jurídico: pasamos de un positivismo legal a un positivismo científico. En efecto, la decadencia de la Escuela de la Exégesis coincide con la dictación del Código Civil alemán (BGB), código que constituye la culminación de la jurisprudencia de conceptos iniciada por Savigny y seguida por Puchta, el primer Ihering, Windscheid y la

⁵² Vid. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la Filosofía del Derecho Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 95 y ss.

⁵³ Vid. AARNIO, Aulis, “The Systematization and Interpretation of Statutes. Some Thoughts on Theoretical and Practical Legal Science”, en Wintgens, Luc J., *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999, pp. 1 y ss.

⁵⁴ Vid. Nino, *supra* nota 9, p. 79.

⁵⁵ El nombre de la cátedra de Derecho privado en la Universidad de Chile da cuenta de la importancia de la escuela de la exégesis. En los planes de estudio de 1853, el curso se denominaba “Derecho Civil”. Esto se cambió en la reforma de 1863 y el curso pasó a llamarse “Código Civil”. El nombre actual se restablece con la reforma de 1902 (Vid. Baeza Marambio, *supra* nota 23, pp. 136 y ss.). Recuérdese la famosa frase de BUGNET, profesor de la Universidad de París: “yo no conozco el Derecho civil; y no enseño más que el Código de Napoleón”.

⁵⁶ Vid. HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, *Metodología del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, p. 50.

mayor parte de la doctrina alemana del siglo XIX (la pandectística alemana)⁵⁷. Este relevo—al menos desde la perspectiva periférica de un país como el nuestro—incorporó el *constructivismo* o *conceptualismo* propio de la jurisprudencia de conceptos, permitiendo a la dogmática consolidar su autonomía como ciencia social. Desde entonces que el uso de conceptos jurídicos fundamentales, la genealogía de conceptos, la búsqueda de principios generales del sistema y el interés por estructurar el ordenamiento con fundamento más allá de los textos legales constituye una parte importante de la labor de los juristas⁵⁸.

El trabajo conceptualista de la jurisprudencia de conceptos es el responsable de la elaboración de todas las *partes generales* de las disciplinas jurídicas, partiendo por la del Derecho civil⁵⁹. Piénsese por ejemplo en las teorías del derecho subjetivo o del acto jurídico que, como tales, no tienen fundamento inmediato en los Códigos del siglo XIX. Todo el arsenal conceptualista ideado por los seguidores de la dogmática ha terminado por condicionar la manera más primaria según la cual los abogados entendemos el mundo normativo. Y no sólo en el Derecho privado, sino en todas las demás disciplinas jurídicas, pues la estructura fundamental de la dogmática ha sido exportada a todas las otras ramas del Derecho⁶⁰.

La dogmática jurídica se erigió entonces como ciencia autónoma y neutral, ungiéndose de la superioridad que se suponía propia de las disciplinas de carácter objetivo. De hecho, a tal nivel llegó esta autosugestión que los juristas han llegado a negar el carácter normativo de la dogmática, creyéndola meramente *científica* y, por ende, descriptiva⁶¹. Esta falsa pretensión de neutralidad y objetividad ha golpeado especialmente fuerte en Latinoamérica⁶².

⁵⁷ Vid. WIACKER, *supra* nota 10, pp. 333-452 y Larenz, *supra* nota 11, pp. 39-56.

⁵⁸ Vid. WIACKER, *supra* nota 10, p. 352. Si bien un cierto grado de *constructivismo* siempre ha formado parte de la labor de los juristas, es a partir de la jurisprudencia de conceptos que esto toma una dimensión cualitativamente superior.

⁵⁹ Vid. BADENES GASSET, Ramón, *Metodología del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 123.

⁶⁰ WIACKER, *supra* nota 10, p. 491 explica todo esto magistralmente en los siguientes términos: “El positivismo científico del siglo XIX, con la elaboración de un sistema acabado y de una teoría general del Derecho privado, no sólo completó las exigencias del concepto cartesiano de la ciencia y del Derecho racionalista en el método de la jurisprudencia, sino que al mismo tiempo interpretó científicamente y legitimó espiritualmente la imagen social de la sociedad burguesa de su tiempo. Esta particularidad convirtió al Derecho privado y al método de la Escuela histórica [la jurisprudencia de conceptos] en modelo indiscutible para todas las ramas de la ciencia jurídica, hasta el mismo Derecho penal y la Teoría general del Estado”.

⁶¹ Vid. NINO, *supra* nota 9, p. 77.

⁶² Así, por ejemplo, BIELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*, Santa Fe, Castellví, 1961, p. 70, clama ufanamente que “El dogmático del derecho es, en cierto modo, un geómetra, y de ahí que

Es innegable que el éxito de la dogmática jurídica en el campo del Derecho civil la convirtió en una ciencia autosuficiente. Eso sí, la autonomía se consiguió a costa de atrapar al Derecho en un formalismo que pervive hasta el día de hoy⁶³. Esto por cuanto el positivismo científico defendió firmemente su pretensión de derivar los preceptos jurídicos y la suma de conceptos con total prescindencia de valoraciones extrajurídicas. Como decía Windscheid en 1884, “las consideraciones éticas, políticas o económicas no son asunto del jurista como tal⁶⁴”, o Laband en 1888, “todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas –sin perjuicio del valor que puedan tener en sí mismas– no tienen ninguna relevancia para el análisis doctrinal de los materiales legales concretos, y usualmente sólo sirven para esconder la falta de trabajo reconstructivo⁶⁵”.

Desde entonces, los problemas doctrinarios creados al interior de cada una de las ramas del Derecho han permitido a generaciones de juristas vivir dedicados al cultivo de esta disciplina sin tener la menor necesidad de mirar al mundo exterior y, por ende, al desarrollo de otras ciencias sociales conectadas con la realidad. La dogmática es una “torre de marfil”, una especie de teología de la ley, donde es posible refugiarse del mundo concreto y los problemas que éste plantea. Tiene sus ángeles y demonios, valores y disvalores, y un conjunto de criaturas que ha cautivado la atención de sus cultores al punto de abstraerlos por completo del entorno.

Miradas las cosas desde una perspectiva gremial, mientras la dogmática jurídica fue reina entre las ciencias sociales –en sus dos fases, exégesis y conceptualismo–, los abogados fuimos dueños del panorama sin enfrentar la competencia de ningún adversario serio. Durante el siglo XIX y principios del XX, la cultura de abogados dominó sin contrapeso en la política y en la Administración Pública. No sólo me refiero al hecho que

Continuación nota ⁶²

tenga fundamento dialéctico la afirmación que hacemos al decir que en las discusiones sobre derecho procedemos con la serenidad del geómetra, pues la dogmática no se dirige a fines políticos, económicos o sociales, ni está influida por ellos; es el derecho positivo el que está influido de direcciones, miras o tendencias; tampoco tiene substratum *valorativo*; también por eso la dogmática es *objetiva*. Pero, claro está, su ciencia, acierto y eficacia depende del jurista que construye el concepto”.

⁶³ Según WIACKER, *supra* nota 10, p. 367, “desde Thibaut hasta H.U. Kantorowicz y el formalismo tan repetidamente censurado en los últimos años, cuyo sentido de política legislativa era la independencia de la política, la validez general y el rigor de la teoría del Derecho privado le debe a aquella la ciencia pandectística alemana su éxito mundial a fines del siglo XIX” (referencias omitidas). *Vid. también*, LARENZ, *supra* nota 11, p. 44.

⁶⁴ Citado por WIACKER, *supra* nota 10, p. 392.

⁶⁵ Citado por ALEXY, *supra* nota 6, p. 16.

los abogados ocupaban una serie de puestos públicos claves, sino que además diseñaban las instituciones y las políticas públicas prácticamente a todo nivel. Es lo que, entre nosotros, Bernardino Bravo ha llamado la “edad de oro de los abogados⁶⁶”. Todo esto cambió con el advenimiento del Estado Social a partir de fines de la década de 1920. La intervención estatal requería ahora de técnicas de desarrollo social y económico que los abogados, por su educación, no estaban en condición de brindar. Ingenieros y economistas sustituyeron paulatinamente a los abogados, recluyéndolos casi por completo del debate y desarrollo de las políticas públicas⁶⁷.

Por último, es necesario hacer referencia al tercer elemento de este compacto que forma nuestro pensamiento jurídico, esto es, lo que llamo aquí el *positivismo kelseniano simplificado*. Hans Kelsen es un pensador extremadamente sofisticado y su obra es por cierto de una influencia decisiva en el pensamiento jurídico del siglo XX, incluyendo campos tan variados como el Derecho constitucional, el Derecho internacional, la filosofía moral, la teoría política y la teoría del Derecho. Pero su pensamiento llegó a nuestro medio en una versión simplificada o *vulgarizada* como apunta De Castro⁶⁸. Creo que, de un modo u otro, la epistemología jurídica de Kelsen hizo eco con la escuela de la exégesis y volvió a reflotar un positivismo legalista que no había sido completamente vencido por las nuevas tendencias científicas –pandectísticas y luego sociologistas– de principios del siglo XX. Tuvimos así buen combustible para alimentar la ideología de la esclavitud a la ley.

Creo no equivocarme al afirmar que el *positivismo kelseniano simplificado* dio pie para mirar con desprecio no sólo los esfuerzos teóricos no-normativistas –esto es, no vinculados al mundo del *deber* sino al del *ser*,

⁶⁶ BRAVO LIRA, Bernardino, *supra* nota 15, pp. 97-98.

⁶⁷ En Chile, *vid.* IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Adolfo, “Los Ingenieros, el Estado y la Política en Chile. Del Ministerio de Fomento a la Corporación de Fomento. 1927-1939”, en *Historia* N° 18, 1983, p. 53: “Con el Gobierno de IBÁÑEZ [el primer IBÁÑEZ] los ingenieros –considerados como tales y no en cuanto particulares– alcanzaron una situación preponderante en la conducción política chilena conforme al nuevo concepto de política” (vuelve sobre el punto también en las pp. 99-100). Para el caso norteamericano, *vid.* ACKERMAN, Bruce, *Del realismo al constructivismo jurídico*, BARCELONA, Ariel, 1988, p. 146.

⁶⁸ Así lo indica, en el contexto español, DE CASTRO, Federico, “Notas Críticas. La segunda edición de ‘Reine Rechtslehre’”, en *Anuario de Derecho Civil* N° XIV-1, 1961, p. 168: “[KELSEN] ha corrido la suerte que parece seguir a los clásicos. Es continuamente citada, pero apenas se lee, ni se estudia, su doctrina. Vulgarizada, mal reproducida, se le reduce a una serie de dichos tópicos”. En idéntico sentido, en el contexto mexicano, Rolando TAMAYO Y SALMORÁN, “Presentación”, en KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 7 (traducción de la segunda edición alemana de 1960).

como por ejemplo, la sociología jurídica⁶⁹— sino además para tratar con relativa desconfianza el trabajo conceptualista de la doctrina. Esta recepción anticonceptualista del pensamiento de Kelsen no es en ningún caso aberrante, pues la relación de este último con la dogmática es ambigua⁷⁰. Por una parte, Kelsen se autorreconoce continuador de la escuela de Derecho público de Gerber-Laband-Jellinek⁷¹, que precisamente se caracteriza por llevar al Derecho público el conceptualismo que la jurisprudencia de conceptos había creado en el Derecho privado. Pero por otra parte, le asestó duros golpes. Tanto en la primera como la segunda edición de la *Teoría Pura*, Kelsen rechaza el constructivismo jurídico que la dogmática había levantado en nombre de la interpretación sistematizadora: “La tesis de que es posible, mediante una mera interpretación intelectual cognoscitiva del Derecho válido, lograr Derecho nuevo, es el fundamento de la llamada jurisprudencia de conceptos, rechazada por la teoría pura⁷²”. Ahora bien, lo que sí es claro es que los aspectos más liberadores de la doctrina de Kelsen —sobre todo en el ámbito de la interpretación del Derecho— no tuvieron ningún calado, y la visión del juez como esclavo de la ley no sufrió ningún proceso de revisión a la luz de las nuevas doctrinas. Doy este caso como un mero ejemplo para mostrar cómo el proceso simplificador hizo eco con la exégesis.

En definitiva, el positivismo kelseniano simplificado tuvo un duro impacto sobre el desarrollo de la dogmática en nuestro país, haciendo

⁶⁹ Es de destacar que Kelsen no niega que pueda existir una pluralidad de ciencias del Derecho. Una cosa es que haya tratado de preservar su *teoría pura* libre de toda facticidad, y otra es que haya despreciado a la sociología del Derecho como tal. Según demuestra Treves, Renato, “Kelsen y la Sociología”, en Correa, Óscar (Ed.), *El otro Kelsen*, México, Universidad Autónoma de México, 1989, pp. 195 y ss., Kelsen hizo valiosos aportes a la sociología del derecho.

⁷⁰ Vid. Larenz, *supra* nota 11, p. 92.

⁷¹ Así lo indica expresamente el mismo Kelsen, en Kelsen, Hans, “The Pure Theory of Law, ‘Labandism’, and Neo-Kantianism. A letter to Renato Treves”, en Paulson, Stanley (Ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, New York, Clarendon, 1998, p. 170: “la Teoría Pura del Derecho es por cierto una continuación de la tradición que se inicia en Alemania con Gerber, quien simplemente extiende al derecho público un principio fundamental que fue autoevidente en el campo del derecho privado por un largo tiempo”. Gerber, Laband y Jellinek, herederos de las categorías del conceptualismo dogmático, dependían de elementos fácticos como voluntad y poder para explicar el Estado como persona jurídica y como titular de derechos subjetivos (incluida la soberanía y el *imperium*). El normativismo de Kelsen busca eliminar todo rastro de facticidad de dichas construcciones, y he ahí su originalidad frente a la dogmática clásica.

⁷² Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, New York, Clarendon, 1992, §39, pp. 83-84 (traducción inglesa de la primera edición alemana de 1933), y Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 1979, §47, pp. 355-356 (traducción de la segunda edición alemana de 1960).

reaflorar un legalismo de corte exegético. Sólo la constitucionalización del Derecho, a partir de 1980, ha venido a rescatarnos de este agujero en que yacíamos postrados por un culto a la ley absolutamente demodé. Creo no equivocarme al afirmar que, de hecho, recién ahora nos estamos atreviendo a entrar sin reservas en la fase constructivista de la dogmática. Por lo mismo, todavía no nos atrevemos a salir de la dogmática y a explorar nuevos ámbitos que traspasen la visión del Derecho centrada en la labor *de lege lata*. Es precisamente en este último sentido que el Derecho administrativo constituye un caso liberalizador que conviene revisar.

*b) Derecho administrativo y su pasado fundacional:
más allá de la dogmática*

El Derecho administrativo ha estado siempre en una posición ambivalente frente a la dogmática. De partida, cabe indicar que las mismas razones apuntadas a propósito de su incodificabilidad han hecho de la labor descriptiva y exegética una misión dudosa. Nadie ha estado muy dispuesto a tomarse totalmente en serio el texto positivo de la infinidad de normas legales y reglamentarias que cambian día a día. En otras palabras, al no contar con un Código ni tampoco con un cuerpo milenario de normas *sabias* –la *ratio scripta* del Derecho romano– el Derecho administrativo nació fuera del alcance de los patrones de un racionalismo radical.

Por otra parte, las bases del edificio del Derecho administrativo han sido obra de la jurisprudencia francesa. Se trata de una creación del Consejo de Estado, que emergió de cara a la realidad social y económica del país⁷³. Es por ello una producción *esencialmente* jurisprudencial⁷⁴ y de

⁷³ Vid. BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, París, PUF, 1995, p. 19. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo”, en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 25, hace referencia a la siguiente cita de WEIL: “[El Consejo de Estado] forjó, actuando ante cada caso concreto, las reglas aplicables a la Administración, y cómo se fraguó la existencia de un Derecho Administrativo autónomo, es decir, de un Derecho que, ciertamente, podría tener alguna semejanza en determinados puntos concreto con el Derecho Civil. El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquélla, éste no hubiese nacido”.

⁷⁴ Vid. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, París, Montchrestein, 2001, 15ª Ed., T. I, p. 6, indica que el Derecho administrativo “es un derecho fundamentalmente jurisprudencial”. Asimismo, CASSESE, Sabino, “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”, en Casse, Sabino (Ed.), *Tratato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milan, Giuffrè, 2000, I, pp. 49 y ss. lo califica como un *judge-made law*. Vid. también BROWN, L.N. y BELL, J.S., *French Administrative Law*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 2 y pp. 293-295, y GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *supra* nota 37, T. I, p. 90.

carácter sustancial, o sea, no formalista⁷⁵. Las vigas fundacionales del ordenamiento administrativo y la manera de comprender este campo del Derecho surgieron a través de la resolución de casos concretos. En una era legalista, el Derecho administrativo emergió así no sólo al modo de una costumbre, sino de una costumbre correctiva de la norma legislada⁷⁶.

En su dimensión doctrinaria, el Derecho administrativo fue fundado sobre la base de elementos tanto *conceptualistas* como *realistas*. En cuanto a los primeros, ya hemos mencionado que fue la publicística alemana del siglo XIX de Gerber, Laband y Jellinek la que trasladó la catedral conceptual del Derecho privado al Derecho público. Esto partió por la aplicación del concepto de persona jurídica al Estado, para luego traducir las relaciones de poder entre éste y los ciudadanos en relaciones jurídicas propiamente tales, incluyendo la capacidad de dominio máxima del Estado como persona, esto es, la soberanía/*imperium*. Con ello, la teoría tradicional del Estado, usualmente contaminada con elementos políticos, sociales y filosóficos, quedaba planteada únicamente desde una perspectiva jurídica⁷⁷. En el ámbito particular del Derecho administrativo, fue Otto Mayer quien, basado en el material francés, importó la catedral dogmática de la pandectística en el famoso *Derecho administrativo alemán* (versión original alemana de 1895-1896)⁷⁸.

Pero aparte del conceptualismo de Otto Mayer y de la publicística alemana del siglo XIX, el Derecho administrativo moderno encuentra principalmente en Léon Duguit y Maurice Hauriou a sus principales fundadores⁷⁹. Lo interesante de esto es que ambos fueron además funda-

⁷⁵ Vid. HAURIU, Maurice, "Classical Method and Juridical Positivism", en BRODERICK, *supra* nota 44, p. 126, quien explica que "lo que el Consejo de Estado aplica no es forma, sino sustancia, el contenido del orden y la justicia".

⁷⁶ Vid. Marcel WALINE, *supra* nota 44, p. 144.

⁷⁷ Vid. DE VEGA GARCÍA, Pedro, "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", en Obra Colectiva, *La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX*, México, Universidad Autónoma de México, 1998, p. 9.

⁷⁸ Según FORSTHOFF, Ernst, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966, p. 66, Otto MAYER es el fundador del derecho administrativo alemán (citado por ALI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 49-50).

⁷⁹ Marcel WALINE, *supra* nota 44, pp. 157-158, explica lo rudimentarios y faltos de sistema que eran los tratados de Derecho administrativo en Francia antes del *Précis de droit administratif* (1892) de HAURIU, y cómo su publicación establece la autonomía del Derecho administrativo respecto a otras ramas del Derecho. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Cuatro maestros de París, una época del Derecho administrativo", en *Revista española de Derecho Administrativo* N° 26, 1980, pp. 477-486, basado en RIVERO, De Laubadère y Vedel, califica a HAURIU y DUGUIT como los *faiseurs de systèmes* (hacedores del sistema).

dores de la sociología del Derecho⁸⁰. De hecho, tanto el “servicio público” de Duguit como el “institucionalismo” de Hauriou fueron el resultado de una reflexión profundamente realista, y más aún, conscientemente articulada en reacción al formalismo alemán del siglo XIX⁸¹. Con esto, quiero resaltar el hecho que la originalidad de estos dos autores—que pervive aún en la base del Derecho administrativo— ha determinado que la dimensión conceptualista-formalista de la dogmática nunca haya esclavizado el desarrollo normativo y académico de esta disciplina.

Especial atención merece aquí Duguit, debido a su profunda influencia en el Derecho público chileno. Profesores como Ernesto Merino, Guillermo Varas Contreras, Manuel Jara Cristi, Patricio Aylwin y Enrique Silva Cimma, fueron herederos confesos de la “escuela del Derecho público”. Su fundador fue un pensador de una creatividad avasalladora. Toda su teoría del Derecho público descansaba en la idea de interdependencia social o solidaridad—como hecho empírico—, a partir de la cual buscaba desactivar y desechar todos los conceptos fundamentales de la dogmática alemana, bajo la acusación de ser “metafísicos”. La persona jurídica, el derecho subjetivo, el poder, e incluso el Estado, todos cayeron ante la falta de realismo⁸².

Duguit—al igual que Hauriou⁸³— declaraba que el problema fundamental del Derecho público es la limitación del poder del Estado⁸⁴. Para dar solución a ese punto, revirtió toda la concepción del poder en una del deber y del “servicio público⁸⁵”. Se trató en consecuencia de un pensador

⁸⁰ Vid. GURVITCH, Georges, *Sociology of Law*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001, pp. 106 y ss.; JONES, H.S., *The French State in Question*, New York, Cambridge University Press, 1993, pp. 149 y ss.

⁸¹ Lamentablemente, no tenemos espacio aquí para revisar la obra de Maurice HAURIOU. En general, vid. el conjunto de artículos reunidos en Broderick, *supra* nota 44.

⁸² Vid. DUGUIT, Leon, *La transformación del Estado*, Madrid, F. Beltrán, 1922, pp. 56 y ss. Es notable destacar que mientras Kelsen se rebelaba contra el *facticismo* de la noción de *poder* en Jellinek, DUGUIT también lo hacía, pero por su carácter metafísico.

⁸³ Según explica WALINE, Marcel, *supra* nota 44, p. 142, HURIOU, en la primera edición del *Principes de droit public* (1910), afirma que la autolimitación del Estado y la realización del Estado de Derecho, “en un cierto sentido constituye[n] la única cuestión del derecho público”.

⁸⁴ Vid. DUGUIT, Leon, “The Law and the State”, en *Harvard Law Review* N° 31, 1917, pp. 1-2; y, DUGUIT, Leon, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, F. Beltrán, 1924, pp. 77-78.

⁸⁵ Según DUGUIT, “The Law and...”, *supra* nota 84, pp. 184-185, “the principle underlying the whole system of modern public law may be summarized in the following proposition: Those who in fact hold the power do not have a subjective right of public power; but they are under the obligation to employ their power to organize public service, to assure and to control its development. None of their acts are of binding force or of political value, except when they tend toward this end. ...The will of those who govern has no force as such; it has value and force only to the extent that it makes for the organization and the functioning of a public service”.

confesadamente *realista* y no dogmático, que buscó las soluciones en la realidad y no en la abstracción. Así lo declaraba él mismo: “La doctrina realista tiene la pretensión, que considero rusticada, de eliminar del dominio jurídico todo concepto, elaborando un sistema sobre la constatación de hechos, sobre la comprobación de los hechos sociales⁸⁶”.

En síntesis, y a diferencia de otras disciplinas jurídicas, el Derecho administrativo se libró de la exégesis y ha vivido una relación mucho más dinámica con la fase prescriptiva de la dogmática. Se ha caracterizado también por un contacto bastante directo con los movimientos políticos y sociales del siglo y también con los avances de otras ciencias sociales. Por ende, el ejemplo dado por pensadores tan cautivantes y atrevidos como Duguit y Hauriou nos demuestra que no debemos ser tímidos y que debemos arriesgar la incorporación de nuevas ciencias sociales al análisis jurídico. En los inicios del siglo XXI esto es un ejemplo para todas las demás disciplinas jurídicas.

c) Constitucionalización del Derecho en el siglo XX y su internacionalización en el XXI: dos golpes recientes a la dogmática jurídica

El origen del Derecho administrativo nos recuerda cuán fecunda puede ser la adopción de una posición de desconfianza y distancia con la dogmática jurídica. Esta intuición fundacional es más que confirmada por la constitucionalización y la internacionalización que ha vivido y está viviendo el Derecho en los últimos cien años de historia. Por cierto que el compacto *exégesis-jurisprudencia de conceptos-positivismo kelseniano simplificado* no ha llegado a nosotros intacto, sino que ha recibido la crítica de un sinnúmero de escuelas y movimientos de los más diversos tipos y tendencias. Entre ellas, me interesa aquí concentrarme en dos: constitucionalización y especialmente internacionalización⁸⁷.

La codificación y la exégesis sufrieron un serio revés con el constitucionalismo a lo largo del siglo XX. Se trata de un efecto que en

⁸⁶ DUGUIT, *El Pragmatismo...*, *supra* nota 84, p. 99.

⁸⁷ Muy poco se ha hablado entre nosotros de la internacionalización del Derecho y su impacto en la educación. Deben destacarse tres artículos: MUÑOZ MERKLE, Susy, “Importancia de la internacionalización del currículo de la carrera de derecho en la era de la globalización”, en GJ N° 283, enero 2004, pp. 26-33, y OLIVOS M., Carlos, “Los obstáculos al cambio en la enseñanza del derecho”, en *Revista del Abogado* N° 20, Colegio de Abogados de Chile, noviembre 2000, pp. 10-12; y, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Globalización: Rol del Derecho Público y transformación del Estado”, en *RChD*, Número Especial, 1998, pp. 45 y ss.

Chile nos llegó tardíamente porque, al fin y al cabo, la Constitución de 1980 es la primera en nuestra historia que ha tenido una aplicación efectiva como norma jurídica, más allá de como texto político⁸⁸. Sólo en los últimos 25 años nos estamos tomando en serio la Constitución y el *efecto directo* que sus normas imponen sobre el ordenamiento, especialmente en lo relativo a derechos fundamentales⁸⁹. Lo anterior sin perjuicio que, al mismo tiempo, la Carta Fundamental ha vivido un permanente riesgo de ser fagocitada por la exégesis. La aplicación literal y lineal de la Constitución por los Tribunales Ordinarios de Justicia y la falta de *seriedad* normativa frente a sus principios y valores, es un fenómeno de sobra conocido.

La constitucionalización se ha dejado sentir con distinto grado de energía en diferentes campos del Derecho. Dado que la Constitución otorga un altísimo grado de discrecionalidad al legislador para el desarrollo del ordenamiento jurídico –que puede calificarse como discrecionalidad *fuertísima*⁹⁰–, sectores completos del Derecho civil se han podido salvar de la influencia constitucional por estar en “zonas permitidas”. Aunque también, algunos de sus sectores no tuvieron tanta suerte y se vieron en la obligación de reformular sus bases, como por ejemplo, el Derecho de familia. Por su parte, el Derecho administrativo –que no es sino “Derecho constitucional concretizado” según la típica afirmación de Werner– se ha visto en la necesidad de efectuar una revisión constitucional más o menos completa⁹¹.

Como decíamos, con la constitucionalización han entrado en escena una larga serie de principios, muy en particular aunque no exclusivamente los derechos fundamentales, lo que ha generado una gran disrupción en la concepción exegética de la interpretación y aplicación del Derecho. La pretensión cartesiana de reducir el Derecho a un conjunto de reglas ha visto

⁸⁸ Por todos, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, 3ª ed.

⁸⁹ No sugiero que la Constitución pueda ser aplicada directamente en cualquier situación, especialmente cuando ello implica dejar inaplicada una ley que sí es constitucional. Mi comentario sólo busca dar cuenta de la supremacía normativa de la Constitución, sin tomar posición respecto a problemas más concretos de aplicación directa de la Constitución.

⁹⁰ *Vid.* ATIENZA, Manuel, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 85, 1995, ahora en *Revista Española de Derecho Administrativo* N°s. 1-100, Civitas, Madrid, CD-ROM, 1999.

⁹¹ En Francia ha sido la escuela de Georg Vedel la que más ha insistido en la reformulación del Derecho administrativo desde la Constitución. De hecho, Vedel da inicio a su célebre tratado afirmando que “la Administración y el Derecho Administrativo no pueden, ni desde el punto de vista pedagógico ni desde el teórico, definirse de manera autónoma. Su definición sólo es posible a partir de la Constitución” (VEDEL, Georg, *Droit Administratif*, París, PUF, 1984, 9ª ed., p. 55.

su fin con el constitucionalismo. Tomar en serio la Constitución y sus principios en cuanto normas jurídicas efectivas y primordiales conduce a los tribunales a tener que hacerse cargo de unos poderes que la codificación y los ideales ilustrados quisieron borrar del proceso jurisdiccional. En un ordenamiento jurídico constitucionalizado los tribunales deben ponderar, valorar, “balancear intereses” y en definitiva “juzgar” en el sentido más sutil y complejo de la expresión.

Pero tampoco tenemos que exagerar el impacto de la Constitución sobre la dogmática en el Derecho. El resultado ha sido una revisión de los presupuestos doctrinarios y su reemplazo en los casos en que haya una inadecuación insostenible. El efecto final parece ser considerable pero no excesivo, lo que se debe básicamente a que no hemos logrado salir del formalismo ni tampoco de algunos de los límites que nos impone la jurisprudencia de conceptos. Aunque por cierto no puede negarse que se trata de un formalismo más amigable y más sofisticado; algo así como una “dogmática blanda”⁹².

Desde un punto de vista histórico, la constitucionalización del Derecho es un fenómeno del siglo XX. Lo propio del siglo XXI, que amenaza con impactar el edificio tradicional de una manera tanto o más intensa, es la *internacionalización del Derecho*. Incluso para países como Chile que no forman parte de ninguna unificación política de gran calibre, la globalización está impactando profundamente el ordenamiento jurídico. La globalización no es una mera etiqueta ideológica, sino que representa genuinamente un movimiento profundo hacia una forma de Derecho no centrada en la producción normativa estatal. En el nuevo esquema, el Derecho internacional está cumpliendo un rol estelar, cuyas consecuencias recién empezamos a dilucidar⁹³.

Sin ningún ánimo de ser exhaustivo, creo que al menos cuatro conjuntos de tratados internacionales están teniendo un enorme efecto sobre el ordenamiento interno: los tratados de derechos humanos, la OMC y su sistema normativo, los marcos regulatorios globales medioambientales y los tratados de protección de inversiones⁹⁴. Estos órdenes de tratados

⁹² El mismo Alexy, *supra* nota 6, p. 18, se confiesa continuador de la jurisprudencia de conceptos: “la lógica moderna, la teoría del método, y la filosofía práctica proveen herramientas que mantienen viva la expectativa de un desarrollo fructífero de la investigación conceptual y de su ubicación en un modelo completo de teoría integradora. En este sentido, la teoría estructural propuesta aquí se basa en la gran tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos”.

⁹³ Una visión general más bien optimista del nuevo orden global en SLAUGHTER, Ann-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

⁹⁴ Incluyo en esta última categoría a los tratados de libre comercio que tienen un capítulo de protección de inversiones, como el tratado Chile-Estados Unidos y Chile-Corea.

comienzan a crear un conjunto de normas y principios destinados a orientar la acción estatal al interior de su propio territorio. Con ello, el antiguo y clásico principio del Derecho internacional del “dominio reservado a la jurisdicción estatal exclusiva” es ya cosa del pasado. Comienza a emerger un verdadero Derecho administrativo global, que rige tanto en el espacio regulatorio global propiamente tal como en el espacio regulatorio estatal tradicional⁹⁵.

Desde la perspectiva de un país como el nuestro, mi impresión es que los tribunales arbitrales creados por la Convención de Washington de 1965 para resolver disputas entre inversionistas extranjeros y los Estado anfitriones, constituyen el principal foco globalizador del Derecho administrativo. En efecto, la enorme cantidad de Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones celebrados tanto por Chile –38 tratados⁹⁶– como en general por el mundo entero –más de 2.300 de estos tratados a la fecha⁹⁷– tienen un impacto de primer orden en el sometimiento de los Estados a límites trazados por un sistema normativo supranacional⁹⁸.

Sobre la base de principios tan abstractos y generales como la no discriminación, trato nacional, trato justo y equitativo, entre otros, los distintos tribunales del CIADI están avanzando a paso firme y decidido en la creación de obligaciones sustantivas que los gobiernos deberán cumplir conforme a los dictados del Derecho de la inversión extranjera. El Derecho administrativo local ya no agota así el marco normativo ni los remedios procesales que rigen la actuación administrativa en el territorio nacional. Para que no se crea que exagero en mi diagnóstico, el 1° de julio de 2004, uno de estos tribunales arbitrales decretó la nulidad de un decreto dictado por una autoridad tributaria ecuatoriana⁹⁹.

⁹⁵ Vid. KINGSBURY, BENEDICT, KRISCH, Nico & B. STEWART, Richard, *The Emergence of Global Administrative Law*, IILJ Working Paper, 2004/1, disponible en <http://www.iilj.org/papers/2004/documents/2004.1KingsburyKrischStewart.pdf>; y STEWART, Richard B., “US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, en *Law and Contemporary Problems*, 2005 (por publicar). Ver en general el sitio web sobre derecho administrativo global de New York University en http://www.iilj.org/global_adlaw/index.html (última visita, 23 de mayo de 2005).

⁹⁶ Vid. http://www.direcon.cl/otros_acuerdos_appi.php (última visita, 21 de mayo de 2005).

⁹⁷ Vid. United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2004*, New York, Naciones Unidas, 2005.

⁹⁸ Vid. MONTT OYARZÚN, Santiago, “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, en *RChD*, Vol. 32 N° 1, 2005 (por publicar).

⁹⁹ Me refiero al caso *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, London Court of International Arbitration Administrated Case N° UN 3467, de fecha 1° de julio de 2004, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf (última visita, 3 de abril de 2005).

Nuestro país ya ha tenido al menos una experiencia traumática. En el caso *MTD v. Chile*, decidido el 25 de mayo de 2004, el tribunal arbitral no aceptó la defensa chilena basada en la simple potestad discrecional y por ello soberana de no modificar un plan regulador en beneficio de un inversionista extranjero¹⁰⁰. Concretamente, el tribunal exigió una conducta coherente de parte de los distintos órganos del Estado, en este caso, entre el Comité de Inversiones Extranjeras y las autoridades urbanísticas. Aunque el fallo es a lo menos confuso y está todavía en proceso de revisión jurisdiccional, ha quedado claro que el Estado no puede defenderse invocando simplemente la calidad de discrecional de una determinada potestad frente a una inversionista cuyo proyecto ha sido previamente autorizado por el Comité de Inversiones Extranjeras. Otras razones y justificaciones son necesarias para dar legitimidad a una decisión, las que deben ir más allá de un simple rechazo basado en una “inconveniencia” o una “política de gobierno”.

Alguien podría todavía pensar que el Derecho “creado” en los paneles del CIADI no tiene un efecto profundo en el ordenamiento interno, pues se trata de normas que sólo afectan a inversionistas extranjeros. Pero, ¿permite nuestra Constitución –sobre todo en vista del principio de igualdad ante la ley– que el Derecho chileno otorgue sistemáticamente un trato desfavorable a los inversionistas chilenos respecto de los inversionistas extranjeros? Yo creo que no, y esto nos va a exigir igualar el Derecho administrativo interno a los estándares del Derecho internacional cada vez que exista una brecha. Este fenómeno, conocido entre los miembros de la Unión Europea como *discriminación reversa*, es insostenible. Este ejemplo sirve aquí para resaltar el hecho que así como todas las disciplinas del Derecho han tenido que trabajar en su constitucionalización, así también muchas de ellas tendrán que hacer lo mismo por su internacionalización.

En síntesis, y volviendo a uno de los temas centrales de este artículo, este nuevo Derecho administrativo global no responde a la estructura conceptual de la dogmática del Derecho continental. La internacionalización nos aleja de los Códigos, de la dogmática tradicional y del positivismo kelseniano simplificado. Primero, de los Códigos, pues se rompe con su lógica sistematizadora de índole local y centrada en la producción normativa estatal¹⁰¹. Este nuevo desafío del Derecho en los inicios del siglo XXI

¹⁰⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, caso ICSID N° ARB/01/7, de fecha 25 de mayo de 2004, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award.pdf> (última visita, 3 de abril de 2005).

¹⁰¹ En este sentido también MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 59. Vid. también, ALLI ARANGUREN, *supra* nota 78, pp. 366 y ss.

constituye una razón adicional para olvidarse de la codificación del Derecho administrativo. Segundo, de la dogmática, pues los problemas que nos presenta no tienen solución con las categorías tradicionales de la jurisprudencia de conceptos. En efecto, la internacionalización nos impone un Derecho externo, no generado por los órganos democráticos nacionales, con el consiguiente déficit democrático y de soberanía, agregando además un grado de complejización del sistema normativo en todos sus niveles, todo lo cual carece de solución desde la perspectiva formalista tradicional¹⁰². Tercero, nos separa también del positivismo kelseniano simplificado, pues el nuevo sistema normativo ha dejado de parecerse a la tradicional pirámide kelseniana y ha empezado a aproximarse más bien a una red¹⁰³.

IV. EDUCACIÓN JURÍDICA Y

DERECHO ADMINISTRATIVO: NUEVOS REFERENTES

a) A la búsqueda de las ciencias sociales perdidas: una antigua e inalcanzada meta

Hasta aquí la exposición ha sido negativa: no a la codificación, no a la dogmática, aunque se trata de un *no* sólo a medias, pues no busco su eliminación sino simplemente desarticular su monopolio. Es momento de ponerse positivo. Mi postura en este aspecto no tiene nada de novedosa, sino que hace eco de una larga pretensión de la educación jurídica nacional: complementar las ciencias jurídicas con las ciencias sociales, sin abando-

¹⁰² Vid. STEIN, Eric, "International Integration and Democracy: No Love at First Sight", en *American Journal of International Law* Nº 95, 2001, pp. 489 y ss. Dahl, Robert C., "Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic's view", en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano (Eds.), *Democracy's Edge*, New York, Oxford University Press, 1999, pp. 19 y ss.; Von Bogdandy, Armin, "Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization", en Griller, Stefan (Ed.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, Viena, Springer-Verlag, 2003, pp. 103 y ss.; Franck, Thomas M., *Delegating State Powers: the effect of treaty regimes on democracy and sovereignty*, Ardsley, Transnational Publishers, 2000. En relación al Derecho administrativo, Alli Aranguren, *supra* nota 78, pp. 162-163.

¹⁰³ La tesis que nos hemos movido de un sistema tipo pirámide a un tipo red ha sido formulado por OST, F. y VAN DER KERCHOVE, M., *De la pirámide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, citado por HAARSCHER, Guy, "Some Contemporary Trends in Continental Philosophy of Law", en GOLDING, Martin P. y EDMUNDSON, William A., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, MALDEN, Blackwell Publishing, 2005, pp. 300 y ss. Vid. también MUÑOZ MACHADO, *supra* nota 37, I, p. 463.

nar el formalismo pero combinándolo con visiones sustantivas de la realidad social, económica y política¹⁰⁴.

Desde que José Victorino Lastarria inició el estudio del Derecho público a la manera moderna es que se ha estado librando una batalla por derrocar el modelo formalista y memorístico que ha dominado sin par en nuestras aulas¹⁰⁵. Le han sucedido personajes del calibre de los rectores Andrés Bello y Valentín Letelier (este último también profesor de Derecho administrativo). Hacia mediados del siglo antepasado, el primero decía:

Desearía, en fin, que se ensanchase y ennobleciese el estudio de la jurisprudencia misma; que el joven abogado extendiese sus miras más allá del reducido y oscuro ámbito de la práctica forense; que profundizase los principios filosóficos de esta ciencia sublime, y la contemplase en sus relaciones con las bases eternas de la justicia y de la común utilidad; y que se la olvidase de temprar su severidad, amenizándola con el cultivo asiduo de la filosofía y de las humanidades, sin las cuales no ha habido jamás ningún jurisconsulto eminente¹⁰⁶.

Hacia fines del siglo XIX, Valentín Letelier clamaba también, encendidamente, en contra de la exégesis y el dogmatismo:

Lo mismo se hace en la facultad jurídica de nuestra Universidad: indiferente al desarrollo del saber, empeñada en formar abogados antes que jurisconsultos, y dirigida al propósito profesional de desarrollar la destreza para registrar las leyes, la enseñanza de aquella facultad reduce cada ciencia a un código; da preceptos en lugar de verdades, y desatendiendo la interdependencia de los conocimientos, se desarrolla en escrupulosa conformidad por el orden fijado por el legislador¹⁰⁷.

A lo menos otros dos grandes profesores chilenos lucharon también en este sentido. El primero fue el civilista e internacionalista Alejandro Álvarez, responsable directo de la reforma curricular de 1902. En sus ensayos sobre educación legal¹⁰⁸, el célebre profesor atacó rudamente la

¹⁰⁴ Esto, por lo demás, no es un fenómeno único de Chile Para el caso de Francia, *vid. CARBONNEAU, Thomas E., "The French Legal Studies Curriculum: Its History and Relevance as a Model for Reform", McGill Law Journal* N° 25, 1980, p. 457.

¹⁰⁵ *Vid. BAEZA MARAMBIO, supra* nota 23, pp. 126 y ss.

¹⁰⁶ Andrés BELLO, citado por AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, "Introducción", en BELLO, Andrés, *Obras Completas*, Santiago, Universidad de Chile, 1932, T. IV, p. 6, citado por BAEZA MARAMBIO, *supra* nota 23, p. 64.

¹⁰⁷ LETELIER, Valentín, *Filosofía de la Educación*, Buenos Aires, Caubart y Cía., 1927, edición aumentada y corregida (primera edición de 1892), p. 535.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ, Alejandro, *La reforma de los estudios jurídicos y políticos*, Santiago, Imprenta Turín, 1901; *La Nueva Tendencia en el Estudio del Derecho Civil*, Santiago, Imprenta Moderna, 1900; "De la necesidad de una nueva concepción del Derecho", en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1920, pp. 177-198.

exégesis y propuso un trabajo académico y docente más humanista, centrado en el constructivismo conceptualista y también en la historia, en el derecho comparado y en sociología del Derecho. Álvarez planteaba así una mezcla entre conceptualismo y cientificismo positivista¹⁰⁹. El segundo fue el decano Juan Antonio Iribarren –también profesor de Derecho administrativo–, quien escribió su tesis de grado sobre educación jurídica (1913)¹¹⁰. De hecho, fue creación de Iribarren el famoso lema de “¡Más allá de los Códigos!” que hoy aparece más válido que nunca¹¹¹. Siguiendo el camino ya abierto por Álvarez, Iribarren postulaba el ajuste de la enseñanza del Derecho “a las necesidades sociales que se han de satisfacer con la enseñanza en nuestra Facultad¹¹²” conforme “a las exigencias del progreso científico¹¹³” (refiriéndose principalmente a la sociología). En un tono que recuerda al de Andrés Bello de sesenta años atrás, afirmaba que,

“Si bien es cierto que nuestra Escuela tiene hoy la misión de formar los abogados, preciso es que llegue a tener la de orientar, realmente, la formación de hombres de gobierno i de la administración, del periodismo i la diplomacia. Debe proveer, pues, a dar a la sociedad, buenos profesionales; ‘repúblicos’ a la nación, i ciudadanos instruidos a la colectividad; elementos eficientes todos del progreso efectivo del país. Es necesario, al fin que se indica, que nuestros abogados adquieran ‘los conocimientos que van surgiendo en la evolución de las ciencias i que puedan servir para inyectar sangre nueva en el organismo existente del Derecho positivo’”¹¹⁴.

Pero el formalismo terminó siendo más fuerte que todos los reformismos que han pasado entre nosotros, y se impuso triunfante en las aulas a lo largo

¹⁰⁹ El cientificismo sociológico aparece afirmado claramente en *La Nueva Tendencia...* y en “De la necesidad...”, aunque curiosamente es negado por falta de madurez en *La reforma...* (todos citados en la nota 108). En *La Nueva Tendencia...*, p. 4, plantea literalmente esta visión que intenta mezclar dogmática y sociología: “En el primero de ellos [el constructivismo jurídico] se trata sólo de una cuestión de pedagogía: la mejor manera de penetrarse del objeto, significado i alcance preciso de las reglas jurídicas existentes; en el segundo, de una cuestión de sociología: de la influencia de los factores i de las doctrinas sociales modernas en la orientación que imprimen o tratan de imprimir al Derecho Civil actual”. Más adelante, afirma que “es indispensable, por consiguiente, iniciarse en la cuestión del método sociológico i observación de los fenómenos sociales, para proceder con seguridad en estas delicadas materias” (*íd.*, p. 20). En “De la necesidad de...”, ÁLVAREZ destaca una y otra vez el concepto de *solidaridad* y sus alcances, dando cuenta de la influencia de Duguit.

¹¹⁰ IRIBARREN, Juan Antonio, *Los Estudios Jurídico-Sociales*, Santiago, Biblioteca del Centro de Estudiantes de Derecho, 2ª ed., 1913.

¹¹¹ *Vid. íd.*, p. 24 (“¡Más allá de los Códigos!’ debe ser la divisa de la enseñanza en nuestra Escuela”). *Íd.*, p. 28 (“‘El Derecho va más allá de los Códigos’”).

¹¹² *Íd.*, p. 63.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Íd.*, pp. 32-33.

del siglo XX. Hoy, sin duda, se encuentra en una crisis generalizada. Quienes más han sufrido con esto hemos sido los propios abogados, pues hoy ya no contamos con las herramientas para comprender el mundo que nos rodea. Sobre todo en el ámbito de las políticas públicas y del diseño institucional –nuestros baluartes del siglo XIX–, donde hemos sido desplazados por ingenieros y economistas. No es raro que el rol de los abogados se reduzca hoy a redactar en lenguaje legal las decisiones tomadas por estos últimos, o simplemente a considerar la plausibilidad constitucional o legal de tales soluciones. Es hora entonces de salir a la búsqueda de las ciencias sociales perdidas. A continuación presentamos una alternativa en el ámbito del Derecho administrativo.

*b) Eficiencia-justicia y fallas de
mercado-fallas de gobierno: dos dicotomías
para aproximarse al Derecho administrativo material*

¿Qué significa en concreto abrir el Derecho administrativo a otras ciencias sociales? Lo primero es tomar conciencia de la limitación de la dogmática en varios de los problemas fundamentales del Derecho administrativo contemporáneo, incluyendo, por ejemplo, aspectos tan esenciales como son el concepto mismo del Derecho administrativo –que se haya refugiado hace décadas en aspectos formales–, aspectos organizativos de la Administración y el estudio de las técnicas formales de intervención¹¹⁵. Este último caso es especialmente representativo: el estudio de las diversas técnicas de policía, fomento y servicio público por la dogmática va unida a la terrible conclusión que todas –o casi todas– ellas son intercambiables, es decir, que un determinado programa o política pública puede usar unas u otras sin ninguna limitación doctrinaria. Algo así como un “todo da lo mismo”. ¿No es esta renuncia a toda visión sustantiva un panorama desolador?

Frente a la aridez y aislamiento de la dogmática, las ciencias sociales han tenido avances espectaculares a lo largo del siglo XX. Es hora de volver la mirada a los contenidos materiales de las vastas áreas de acción del Estado que se encuadran dentro de los límites formales del Derecho administrativo¹¹⁶. Concretamente, de la economía y de las ciencias políticas hay dos

¹¹⁵ En mi opinión, otros grandes temas en los que la dogmática no logra dar con respuestas medianamente satisfactorias son, por ejemplo, expropiaciones regulatorias, relación ley-reglamento, retroactividad y derechos adquiridos y discrecionalidad administrativa.

¹¹⁶ Así lo afirma también MUÑOZ MACHADO, *supra* nota 37, p. 58 (“Para el Derecho Administrativo es capital, desde luego, el estudio de las técnicas de que se vale la Administración

pares de conceptos nucleares, dos dicotomías o antinomias, que deben adoptarse para comprender con más precisión qué es lo que ocurre allá afuera en la realidad. Uno es *eficiencia-justicia* y el otro es *fallas de mercado-fallas de gobierno*.

La dicotomía *eficiencia-justicia* es esencial al Derecho administrativo. El Estado moderno es un implementador de políticas públicas, las que pueden tener fines de eficiencia –esto es, de crecimiento económico, de “hacer más grande la torta”– o de justicia –en el sentido más amplio posible, vale decir, de búsqueda de valores en cuanto tales–. A principios del siglo XXI ya hemos aprendido que no puede atenderse a ninguna de estas dimensiones en forma exclusiva. Eficiencia a toda costa conlleva sacrificios intolerables en términos de justicia, especialmente de justicia social; e inversamente, una visión deontológica despreocupada por el crecimiento económico y por la eficiencia no sólo puede llevarnos a adoptar políticas muy “caras” –más de lo que como sociedad estamos dispuestos a pagar por los valores adoptados–, sino incluso podemos terminar *todos* peor de lo que estábamos. Lo relevante es que, lejos de presenciar una crisis del Estado social –como muchos afirman o presagian– vivimos una época de tensión y balance entre eficiencia y justicia, especialmente en su aspecto distributivo¹¹⁷.

En principio, la eficiencia va de la mano con los mercados libres. Cumplidas las condiciones de mercado perfecto, los precios –que reflejan exactamente el costo de cada bien (costo marginal)– informan a los ciudadanos de las oportunidades que deben dejar pasar a cambio de consumir una unidad de un cierto producto¹¹⁸. En el modelo de mercado libre, es entonces el ejercicio de la autonomía individual el que da lugar a un resultado eficiente, esto es, aquel que produce el mayor grado de

Continuación nota ¹¹⁶

para actuar y las garantías de que pueden valerse los particulares para frenar sus decisiones irregulares. Pero tan importante como esto es saber y analizar el contenido de la acción de la Administración, los sectores que comprende, y los fundamentos en que se basa, porque de ello depende tanto el grado de limitación de los derechos como la procura de bienestar de los ciudadanos”).

¹¹⁷ Sobre eficiencia y justicia, *vid.* COLEMAN, Jules, “Los Fundamentos del Bienestar”, en *Revista de Derecho y Humanidades* N° 10, 2005 (por publicar); ROSE-ACKERMAN, Susan, *Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State*, New York, Free Press, 1992; Sunstein, *supra* nota 42; el mismo, *Free markets and social justice*, New York, Oxford University Press, 1997, y MONTT OYARZÚN, Santiago, “Law & Economics: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos”, en *Revista de Derecho y Humanidades* N° 10, 2005 (por publicar).

¹¹⁸ *Vid.* PRZEWORSKI, Adam, *States and Markets. A Primer in Political Economy*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 23-24.

bienestar¹¹⁹. Pero, como las cosas perfectas no existen en este mundo, la misma eficiencia constituye un primer argumento que justifica la intervención estatal. Las *fallas de mercado* dan cuenta de situaciones en las cuales el equilibrio competitivo es ineficiente; potenciales ganancias de bienestar quedan sin ser captadas –se pierden para todos– y, por ende, la acción estatal teóricamente las puede traer de vuelta a la mesa¹²⁰.

Por su parte, razones de justicia –en su sentido más amplio, incluyendo todos aquellos valores que, como sociedad, consideramos apropiados– constituyen un segundo argumento que justifica la intervención estatal. Dado que las distribuciones de la gran torta eficiente pueden resultar inaceptables desde una perspectiva valorativa, la intervención del Gobierno se hace necesaria para obtener resultados deontológicamente aceptables. En un sentido similar, creemos que el Estado debe intervenir para alterar conductas irracionales de los ciudadanos –por ejemplo, regulación de remedios y drogas–, y para alterar preferencias personales que se consideran contrarias a ciertos valores fundamentales –por ejemplo, discriminación por raza, género o clase social–. Aunque no es función del Derecho administrativo elaborar una teoría moral o de justicia social, sí resulta crucial ser capaz de situar la acción estatal en el contexto filosófico y político en el que se desarrolla. Por suerte, para nuestra disciplina, como dice certeramente Sunstein, “usualmente es posible resolver problemas difíciles del Derecho y de políticas públicas sin tener que resolver profundas y debatidas posturas sobre la justicia, la democracia, y los apropiados fines del Estado¹²¹”.

Hasta acá pareciera que el Estado es la solución a todos los problemas. Lamentablemente éste no es el caso. Así como el mercado falla, lo mismo ocurre con el Gobierno. Las soluciones públicas vienen dadas a un cierto

¹¹⁹ En términos técnicos, los dos teoremas fundamentales de la economía de bienestar establecen que: *Primero*, la asignación de bienes en equilibrio perfecto constituye siempre un óptimo de PARETO; *Segundo*, cualquier asignación de bienes que sea un óptimo de Pareto es obtenible vía equilibrio competitivo en la medida en que se parte de distintas distribuciones iniciales con que parte cada actor antes de entrar al mercado.

¹²⁰ Los casos típicos de fallas de mercado son entre otros: monopolio natural, bienes públicos, externalidades, asimetrías de información, problemas de acción colectiva, cuestiones de coordinación. La bibliografía aquí es muy abundante. Vid. SUNSTEIN, *supra* nota 42, pp. 47 y ss. PRZEWORSKI, *supra* nota 118, pp. 28 y ss.; BREYER, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, pp. 15 y ss.; VISCUSI, Kip W. (Et. Al), *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge, The MIT Press, 2000; KAHN, Alfred, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, Cambridge, The MIT Press, 1970-1971.

¹²¹ Sunstein, Cass, *Risk and Reason. Saftey, Law, and the Environment*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 99.

precio, y éste se llama *fallas de gobierno*¹²². Es aquí donde los avances de la ciencia política positiva de los últimos 50 años tienen mucho que aportar al Derecho administrativo. En términos generales, se puede afirmar que así como la gravedad curva el espacio en la teoría de Einstein, la política y el poder curvan los planes y programas que el Estado busca adoptar de buena fe. Los beneficios derivados del ejercicio del poder estatal son reclamados normalmente por los grupos de ciudadanos más organizados y con mayores recursos—la captura del regulador, a nivel de regulaciones¹²³—de modo que los esfuerzos por solucionar problemas de eficiencia y justicia terminan aprovechando a aquellos que menos lo requieren¹²⁴.

Por cierto que la captura no es la única falla de gobierno: la consecución de políticas públicas cortoplacistas absolutamente dañinas en el mediano y largo plazo, y planes y programas que responden más a la lógica funcional que a cualquier otro fin racional, son casos que conocemos de sobremanera en Latinoamérica. También hay que considerar los problemas de información que enfrenta el Gobierno y las dificultades naturales que hay que enfrentar en el diseño e implementación de políticas públicas (incluyendo desde obstáculos técnicos serios a inoperancia funcional)¹²⁵. En todo caso, lo más importante de todo es que, dado que el remedio puede ser más dañino que la enfermedad, las fallas de mercado deben recibir intervención estatal sólo cuando son de una gravedad suficiente como para garantizar que las fallas de gobierno tienen un costo menor¹²⁶. Captura, populismo y burocratismo-ineficacia deben estar bajo control, pues, de lo contrario, más vale entregarse al mercado como la solución menos mala.

El Derecho administrativo material debe entender la acción estatal a la luz de las fallas de mercado y también a la luz de otros planes que, más allá de su eficiencia, se estiman conforme a un programa fundamental de

¹²² Vid. WOLF, Charles, "A Theory of Non-Market Failures", en *The Public Interest* N° 55, 1979, pp. 114 y ss.

¹²³ Aunque por problemas de "decisión social" no podamos saber qué es el bien común—teorema de Arrow—, hay situaciones que claramente las podemos reconocer como captura. En general, sobre las dificultades conceptuales para determinar una situación de captura del regulador vid. LEVINE, Michael, "Regulatory Capture", en NEWMAN, Peter, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, 1998, T. III, pp. 267 y ss. Vid. también, LEVINE y FORRENCE, *supra* nota 29, pp. 167 y ss.

¹²⁴ Vid. MASHAW, *supra* nota 47, pp. 1 y ss.; SUNSTEIN, *supra* nota 42, p. 56; el mismo, *Factions, self-interest, and the APA: Four Lessons since 1946*, en *Virginia Law Review* N° 72, 1986, p. 274. Vid. también la bibliografía de la nota 43.

¹²⁵ Vid. SUNSTEIN, *supra* nota 42, pp. 74-110.

¹²⁶ Vid. SUNSTEIN, *supra* nota 124, p. 275. Este cálculo debe realizarse siempre en concreto y no en abstracto. No hay soluciones ideológicas ni de formulario para estos problemas.

justicia; en ambos casos el análisis económico tiene infinidad de aportes que aportar al Derecho administrativo¹²⁷. Al mismo tiempo, el Derecho administrativo debe trascender la visión tradicional centrada en el control judicial y debe ser capaz de sostener una visión de la Administración Pública que permita aportar al debate público sobre el Estado, sus programas y su reforma. Para ello, debe conocer y tomar en cuenta las fallas de gobierno y los demás aportes provenientes de los modelos realistas de la ciencia política positiva o *Public Choice*, que parten de la base que políticos y burócratas no necesariamente persiguen el bien común o el interés general, sino que andan en la búsqueda de la maximización de sus propios intereses personales.

En definitiva, el Derecho administrativo debe hacer propio el arsenal conceptual que ofrece la economía y la ciencia política¹²⁸. Sólo entonces podrá avanzar más allá de la concepción de sí mismo como un mero conjunto de organizaciones administrativas dotadas de ciertas técnicas de intervención y del control judicial de su actuación, que es como vemos las cosas hoy día desde la pura formalidad¹²⁹. Es indispensable encontrar en las ciencias sociales sustantivas visiones que nos ayuden a responder preguntas básicas de eficiencia y de justicia: qué organizaciones, qué competencias, qué técnicas son las justas y apropiadas para lograr en forma efectiva *verdaderos* fines de interés general¹³⁰. Dejar cosas tan importantes

¹²⁷ Vid. ROSE-ACKERMAN, Susan, "Law & Economics: Paradigma, Política o Filosofía", en *Revista de Derecho y Humanidades* N° 10, 2005 (por publicar). De hecho, campos enteros de la regulación actual son incomprensibles sin nociones básicas de fallas de mercado, tales como regulación eléctrica, telecomunicaciones, medio ambiente, recursos naturales, AFP, etc.

¹²⁸ Así, por ejemplo, estas teorías predicen que el secretismo estatal —como aquel que todavía nos caracteriza en materias tales como información pública y procedimiento administrativo— son caldo de cultivo ideal para la captura de los reguladores. Vid. CONTESSE, Jorge, "La Opacidad del Administrador: Cinco Años de Jurisprudencia sobre Acceso a la Información en Chile", en GONZÁLEZ, Felipe (Ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales (por publicar), y Cordero Vega, Luis, "Limitando la ley de procedimiento administrativo. Una interpretación intolerable", en *RChD*, Vol. 30 N° 3, 2003, pp. 549 y ss.

¹²⁹ Como dice GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, "Una renovación del sistema y de la dogmática del Derecho Administrativo: el Tratado de Santiago MUÑOZ MACHADO", en *Revista española de Derecho Administrativo* N° 122, 2004, p. 226, "los nuevos hechos que se están produciendo de algún tiempo a esta parte en el ámbito de las relaciones entre el individuo y el poder público están demandando la construcción de un nuevo Derecho administrativo", lo cual no quiere decir que haya que "hacer tabla rasa del pasado".

¹³⁰ Vid. FARINA, Cynthia, "Faith, Hope, and Rationality or Public Choice and the Perils of Occam's Razor", en *Florida State University Law Review* N° 28, 2000, p. 111, nota al pie 8 ("the task of administrative law is to help discover the legal doctrines, administrative and judicial processes, and regulatory structures and strategies that facilitate a practice of regulatory government perceived by citizens as just, appropriate, and efficacious").

como éstas en manos de ingenieros y economistas es una irresponsabilidad social de parte de los abogados¹³¹.

V. CONCLUSIONES

Como siempre, al final, nos aguardan las grandes preguntas. Academia y enseñanza jurídica son un reflejo, al menos parcial, de la concepción del Derecho que se adopte. La tesis que he defendido aquí es que tenemos que volver la atención a visiones sustantivas, tal como nos enseñan los maestros fundadores del Derecho administrativo. Y en este punto, si frente a la globalización un autor propone volver la mirada a Duguit¹³², yo creo que es más apropiado que sea a Hauriou. El dualismo de Hauriou es una forma clásica de ver la relación entre lo público y lo privado que sigue teniendo plena vigencia en la actualidad: subjetivismo versus objetivismo, forma versus sustancia, individuo versus sociedad. Ahora hay que agregar nuevas tensiones de difícil solución, tales como eficiencia-justicia y fallas de mercado-fallas de gobierno.

El modelo de síntesis de Hauriou sigue estando vigente porque las tesis que esgrimen la crisis del Estado Social y el restablecimiento de la ideología liberal son falsas. El Estado del siglo XXI no es un Estado no-social, sino un Estado que busca nuevos equilibrios entre eficiencia y justicia. El Estado no se ha achicado; más bien, por el contrario, se ha agrandado, y si bien la gestión de servicios de interés general está en manos privadas, lo está al costo de un enorme cúmulo de regulación y control público.

Vuelvo nuevamente a la imagen del cerebro: a las funciones primarias es necesario añadir otras nuevas. La labor tradicional de la dogmática jurídico-administrativa debe integrarse con nuevas dimensiones conceptuales derivadas de la economía, de la ciencia política y de las ciencias de la administración¹³³. No pretendo aquí desconocer la importancia del

¹³¹ Como dice ACKERMAN, *supra* nota 67, p. 149, "Mis discusiones con licenciados en administración de empresas y doctores en filosofía en la universidad, la industria y el gobierno han puesto a menudo de manifiesto un compromiso con un tipo de discurso de valor tan primitivo y vulgar que haría ruborizar incluso a los juristas de la escuela de Chicago". La traducción al español de Ariel es muy deficiente en este punto; en la versión en inglés ACKERMAN se refiere a los MBA (Máster in Business Administration), MPA (Máster in Public Administration) y Ph.D. (Doctorados), y no a los filósofos.

¹³² *Vid.* MIR PUIGPELAT, *supra* nota 101, p. 230.

¹³³ Como dice ACKERMAN, Bruce, "Law, Economics, and the Problem of Legal Culture", en *Duke Law Journal* N° 1986, pp. 929-930, respecto de los seguidores de la versión *débil* o no

formalismo. La exégesis se necesita cuando hay buena densidad normativa legal y de buena calidad; la dogmática, para dar sentido y contexto al sistema, especialmente frente a textos pobres, confusos o contradictorios. Pero la vida del Derecho no puede reducirse a eso. Siguiendo la huella de Alejandro Álvarez creo que hay que insistir en una mezcla entre conceptualismo y cientificismo *pospositivista*. Es hoy más que nunca necesario incorporar los avances que las ciencias sociales han puesto a disposición del Derecho.

Debemos rescatar el trabajo *de lege ferenda* que nuestra educación y cultura jurídica han relegado a una posición indigna. La monopolización del discurso legal que ha ejercido la dogmática durante los últimos 150 años — despreciando todo lo demás como “no Derecho” — ha sido muy perjudicial para el desarrollo de los abogados. Entre los problemas más graves de esta postura ante el Derecho se encuentra el hecho que la investigación jurídica *de lege lata* reduce a los abogados a la defensa del *status quo* y con ello a la *tiranía del pasado*. Esta metodología y sus alcances normativos parecen adecuados para preparar abogados dedicados al ejercicio liberal de la profesión, pero no para preparar alumnos y más en general, personas que estudian el Derecho en su dimensión axiológica de cara al mundo concreto que les (nos) toca vivir. ¿O es que todos estamos satisfechos con nuestra sociedad como la vemos hoy?

¿Qué clase de abogados queremos formar en nuestras escuelas de Derecho? El Derecho administrativo, fuera del alcance de los Códigos y a distancia prudente de la dogmática, nos permite preguntarnos cómo debe enfocarse la educación legal en el siglo XXI. En mi opinión, debemos intentar educar personas que sean capaces de mirar la sociedad y ver de qué manera el Derecho puede ser una herramienta de consecución de fines nobles, de autonomía personal, de crecimiento económico y de justicia social. La repetición de Códigos y la defensa tácita del *statu quo* son inaceptables en una sociedad como la nuestra que dista de ser justa; en otras palabras, la educación legal no puede ser tributaria de un estado de cosas tan mediocre como el actual.

En definitiva, la reflexión acerca del tipo de sociedad que queremos para nuestro país es una pregunta demasiado importante para que quede sin respuesta por los abogados. Debemos volver a formularnos las preguntas

Continuación nota ¹³³

imperialistas del law & economics: “Su principal tarea es integrar la distintiva gramática del análisis económico del Derecho en forma más tradicional del discurso legal, generando una mayor riqueza en la concepción de los argumentos legales”.

fundamentales sobre eficiencia, justicia y equidad que el positivismo adormeció entre nosotros. La dogmática no puede agotar nuestros esfuerzos; es necesario tomar distancia de ella, mirarla con un poco más de desconfianza, consejo válido incluso para los penalistas¹³⁴. Como decía el decano Bahamondes y otros profesores de Derecho en 1920, “hai urgencia manifiesta en completar estos estudios, si no queremos quedar rezagados en la lucha política, social i económica de los tiempos actuales¹³⁵”. No proceder así pone en riesgo el cumplimiento de la meta que Andrés Bello nos fijó como facultad al establecer la Universidad de Chile.

“A las facultades de leyes y ciencias políticas se abre un campo, el más vasto, el más susceptible de aplicaciones útiles. Lo habéis oído: la utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente espera de la Universidad el gobierno; es lo que principalmente deben recomendar sus trabajos a la patria”¹³⁶.

¹³⁴ Nuestros penalistas, tan germanizados en este punto, deberían tomar más en cuenta cómo en otros países de sólidas tradiciones “rationales” como Inglaterra, Francia y Estados Unidos, no sienten ninguna necesidad de una dogmática penal al modo de la “teología” penal alemana. Sobre las dificultades de la dogmática penal para hacer frente a la realidad normativa actual, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Madrid, Civitas, 2001.

¹³⁵ BAHAMONDES (et. al), “Reforma del plan de estudios...”, *supra* nota 3, p. 275. En el mismo sentido, ÁLVAREZ, Alejandro, “De la necesidad...”, *supra* nota 108, p. 198: “Con esta nueva orientación de la Filosofía del Derecho, positiva y práctica, podrán desaparecer las causas de anarquía i descrédito que hasta ahora la han afectado, quedando en aptitud de cumplir debidamente sus fines: ilustrar a la opinión pública i darle una conciencia más clara de sus aspiraciones; dirigir a los lejisladores en las reformas que deben llevarse a efecto, i a los jueces en la interpretación i desarrollo de la legislación positiva”.

¹³⁶ Andrés BELLO, “Discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile”, en Silva Castro, Raúl, *Antología de Andrés Bello*, Santiago, Zig-Zag, 1965, p. 157.