

EL DERECHO PÚBLICO EN VÍAS DE TRANSFORMACIÓN

por AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES
Instructor Facultad de Derecho, Universidad de Chile

I. Introducción

En la víspera de la Primera Guerra Mundial, León Duguit asombraba a la comunidad académica con sus proféticos anuncios acerca la transformación paralela y simultánea del derecho privado y del derecho público, en la creencia de que un sistema jurídico de carácter "realista y socialista" reemplazaría al precedente de carácter "metafísico e individualista". Específicamente, en lo que atañe al derecho público "moderno", éste se resume en la siguiente proposición: "Los que de hecho tienen el poder no tienen un derecho subjetivo de poder público; pero tienen el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento"¹, que ocuparía el lugar del derecho tradicional fundado en el concepto de soberanía (nacional) y en el derecho natural. El organicismo social del Decano de Burdeos, empapado de la euforia de la III República francesa, exalta al Estado como proveedor de servicios y de bienes y, a la par, condiciona la titularidad de derechos de las personas al reconocimiento estatal. Sin poner en cuestión los méritos contingentes de los postulados de Duguit, esta hora es, aparentemente, la alborada de un estadio distinto a los tenidos a la vista a principios del siglo XX.

Interesa en estas líneas introducir, brevemente, algunos aspectos que caracterizan al derecho público de nuestros días y, con especial énfasis, en la transformación del "objeto" de esta aproximación jurídica y las consecuencias que de ello se siguen en la definición de los espacios públicos y en la concepción de libertad.

II. La emergencia del sujeto en el ordenamiento estatal. ¿Hacia una nueva filosofía pública?

Las personas (individuos, sujetos) siempre han ocupado un lugar relevante en el derecho público, aunque muchas veces se haya centrado el estudio de éste en el Estado y en la acción estatal, en los términos de Duguit u otros. Sin embargo, según nuestro parecer, el objeto de la disciplina pareciera orientarse hacia una mayor centralidad de los derechos y libertades subjetivas, restándole autonomía de enfoque al estudio del Estado, el cual sólo se entiende y comprende a partir de tales derechos y libertades.

Para que ello ocurra ha sido necesario que la persona sea entendida no sólo como depositaria de una serie de prerrogativas anteriores al Estado, conforme al tradicional enfoque

¹ *Las transformaciones del derecho público*, segunda edición, Librería de Francisco Beltrán, Madrid, ¿1926? El texto en francés es de 1913 (Librairie Armand Colin, Paris).

iusnaturalista, que se han positivizado en el orden jurídico estatal y supraestatal, sino que también como “sujeto”, “ciudadano” y “agente”. Es el desarrollo y exaltación de esta última faceta la que obliga a una nueva lectura del derecho público, en tanto todas esas expresiones denotan la asunción por parte de la persona de un rol protagónico en la defensa de los derechos y libertades públicas y en su realización concreta. Para entender lo anterior es crucial distinguir entre la “potestad” de tutelar los derechos y libertades naturales y/o reconocidas por el Estado y la “función” de velar por la eficacia de tales derechos y libertades. En lenguaje contractualista, Locke estimaba que, con la finalidad de preservar la propiedad y de castigar las ofensas a ella, los miembros de la sociedad política se han “despojado de este poder natural, renunciando a él y poniéndolo en manos de la comunidad”²; pero de ello no se sigue, necesariamente, que las personas hayan abdicado, en el lenguaje de Ihering, de luchar por la eficacia de sus derechos o de sus semejantes. Así, la potestad de disponer –con legitimidad coercitiva– la vigencia de un derecho se radica en los agentes del Estado, sin perjuicio de que la función de velar por la tutela de los mismos se adjudique, en las sociedades modernas, en forma prioritaria a las mismas personas. Este es el sentido que tiene, entre muchos otros ejemplos posibles, la promoción de asociaciones de consumidores y su legitimación activa desde una perspectiva procesal, como asimismo la decisión estatal de conferir potestades sancionatorias de normas a los ciudadanos a través de plebiscitos. Esta visión algo nos recuerda de la denominada “democracia gobernante” de Georges Burdeau.

Cobra sentido a este respecto, entonces, la apología de Amartya K. Sen³ de la idea de “libertad de ser agente”, distinta y más amplia de la idea de “libertad de bienestar”, en cuya virtud las personas están dotadas tanto de *poder* para conseguir los resultados elegidos como de la facultad de *control* sobre los procesos de elección, cualquiera sea el objetivo escogido. Así, la función estelar que se le asigna a las personas no se reduce a un compendio de posibilidades para impedir la arbitrariedad (libertad-control, sea ésta ejercida en nombre propio o asegurada por un tercero dotado de potestad para ello), sino que se ensancha mediante la exigencia de que las consecuencias de las elecciones sociales se ajusten a los objetivos personales (libertad-poder).

El nuevo horizonte que se abre al derecho público se vislumbra con mayor claridad, si tenemos a la vista la proposición de Alain Touraine, recogida en sus últimas obras⁴, en cuya virtud se ensalza al “sujeto” como el movimiento social relevante de la modernidad. Es decir, para que el individuo supere la etapa de dominación social y se convierta en sujeto, es menester que se erija en actor social y, por ende, asuma su aptitud de transformar el entorno que le rodea, superando con ello las desviaciones estatistas y de mercado exacerbadas, incubadas en la misma modernidad, que procuran la cohesión social reduciendo el individuo a la mera calidad de súbdito (gobernado) y de consumidor, respectivamente. A estas alturas es oportuno preguntarnos, ¿cómo se compatibiliza el derecho público “moderno” con semejante criatura? Es efectivo que este planteamiento, efectuado por un estudioso de los comportamientos sociales y no por un jurista, es objeto de recelo o sospecha heredadas del antiguo régimen; empero, es imposible configurar una visión de lo “público” sin asimilar las aptitudes transformadoras de la sociedad que el ejercicio de

² Segundo ensayo sobre el gobierno civil, véase en John Locke: *Dos ensayos sobre el gobierno civil* (Espasa Calpe, Madrid, 1991, pág. 265).

³ Véase en *Bienestar, justicia y mercado* (Ediciones Paidós, Barcelona, 1997, 1ª reimposición de 1998), especialmente, *El bienestar, la condición de ser agente y la libertad. Conferencias John Dewey de 1984*, págs. 39 y ss.

⁴ Consúltense, especialmente, *Crítica de la modernidad* (1992), *¿Qué es la democracia?* (1994) y *¿Podremos vivir juntos?* (1997), que conforman una tríada inseparable.

la libertad humana es capaz de desplegar. Asimismo, es recomendable la revisión del concepto y figura del agente público entendido éste exclusivamente como un funcionario "estatal", toda vez que, ante la emergencia de un sujeto que está en condiciones de asumir tareas antes reservadas exclusivamente a los agentes estatales, notoriamente se enriquece el concepto de "sujeto" del derecho público.

III. La consideración de los derechos y libertades en el espacio público.

La "abstracción" liberal y el "sociologismo" comunitario:

¿debate disyuntivo o conjuntivo?

Interesa aquí relevar que la distinta consideración de los derechos y libertades esconde, por una parte, una discusión acerca su fundamentación ético-doctrinaria y, por la otra, la consideración de circunstancias cambiantes de valoración social o histórica. A este respecto el debate entre liberales y comunitarios puede ser interminable, por lo que en estas líneas, provocativamente, queremos formular que ni la idea liberal renuncia necesariamente a la perspectiva sociológica de considerar el sentido de pertenencia a una comunidad ni la lógica comunitaria supone una ausencia de compromiso ético-doctrinario con una visión "universal" de la libertad y de los derechos fundamentales.

En cuanto a lo primero, es claro que, al menos en sus orígenes, entre la idea liberal y el comunitarismo no existía una necesaria antípoda, toda vez que John Locke edificó su idea de "sociedad política" sobre la base de la idea de comunidad⁵. Un concepto similar se recoge en la Constitución de Filadelfia, cuando en su Preámbulo expresa que dicha Carta ha sido otorgada por un colectivo que se identifica a sí mismo valiéndose de la primera persona plural, a saber: "nosotros" el pueblo de los Estados Unidos de América. Por lo mismo cobra valor que, desde una vereda liberal, Carlos Peña⁶ afirme la necesidad de incorporar elementos de análisis "historicistas" a la reflexión moral. En este sentido, nos atrevemos a decir que es la pretensión de "identidad" de valores, principios, objetivos, historia o cultura, más que la idea de "pertenencia" a una comunidad, la que suscita con mayor ardor la discusión entre liberales y comunitarios, teniendo a la vista que cada escuela de pensamiento posee diversas acepciones y matices.

Tampoco cuenta con nuestro beneplácito la aseveración de que el reconocimiento del "particularismo" o de los particularismos culturales sea inevitablemente una negación de la pretensión de universalidad de determinados "valores" que la humanidad, en el curso de la historia, ha ido desarrollando, entre los cuales se cuentan los derechos fundamentales y la idea de libertad. Así, un comunitario como Amitai Etzioni, sin sustraerse de la concepción que asocia la idea de bien común con una comunidad específica, defiende la postura de combinar los principios universales con los particulares para constituir una justificación normativa comunitaria completa⁷. En la misma línea, creemos, se encuentran otros comunitarios como Michael Walzer y Michael Sandel.

⁵ Son numerosos los pasajes del Segundo Ensayo en que esta relación es manifiesta, en especial los recogidos en el Capítulo VIII ("Del inicio de las sociedades políticas").

⁶ En su artículo *Notas sobre las relaciones entre privacidad y autonomía*, publicado en este mismo volumen, Carlos Peña señala que la reflexividad que hace posible la reflexión moral posee, no hay duda, piso histórico (y en eso lleva la razón el historicismo vinculado al pensamiento comunitarista); aunque de ahí no se sigue que el debate moral esté históricamente pautado (y aquí lleva razón el liberalismo que hace pie en Kant).

⁷ Esta es, a nuestro juicio, la tesis central de su libro *La nueva regla de oro. Comunidad y moralidad en una sociedad democrática*, (Paidós, Barcelona, 1999).

Ahora bien, al afirmar que determinadas expresiones morales admiten diversas aproximaciones históricas concretas, nos permite descartar la conservadora complacencia con el inmovilismo institucional y, a la par, abrirse a la posibilidad de asimilar realizaciones concretas diversas, sin renunciar con ello a la pretensión de que todas ellas se sustenten en reflexiones morales universales (históricamente construidas) que una comunidad hace suyas. Es ese dinamismo el que ahora nos permite afirmar que la transformación del derecho público, que vislumbraba Duguit hace cerca de 100 años, es hoy también posible, aunque no necesariamente en la misma dirección doctrinaria.

Así, sin que quepa duda, se ha consolidado en nuestra sociedad la creencia en el valor de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la perspectiva universalista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del constitucionalismo contemporáneos, más allá de las resistencias que siempre se originan y despliegan. Y ello también permite aventurar el advenimiento de una profunda transformación en nuestro derecho público, encontrando en la noción de “espacio público” un marco de referencia para el despliegue libre y creativo de las personas, en términos semejantes a los aludidos en trabajos de Carlos Peña⁸, Gabriel Salazar⁹ y María Isabel Pavez¹⁰ publicados en este mismo volumen, cada cual con su distintiva aproximación reflexiva.

Si bien la vinculación entre espacios públicos y el concepto de libertad puede fundarse desde distintas perspectivas, sea que pongamos el acento en la idea de espacio público (visión republicana) o en una formulación de la libertad y los derechos fundamentales (visión libertaria), lo cierto es que ambos caminos conducen a una revisión de los dominios del derecho público. Constituyen expresión de este proceso de transformación la preocupación por los temas de la privacidad y la intimidad, de suerte que lo privado pasa a ser un tema recurrente del publicismo, como ocurre con un sinfín de materias. Y este proceso ha sido posible por la asunción casi sin excepciones del principio de supremacía constitucional; empero, consideramos que ello se debe, fundamentalmente, por la ampliación de la extensión de los dominios del derecho constitucional a través de las reservas normativas en favor del poder constituyente derivado y, particularmente, por la extensión de los dominios en los cuales los textos constitucionales, entendidos éstos en un sentido lato, han consagrado, expresa o implícitamente, una serie de valores y principios rectores¹¹. En atención a esto último, no debe sorprender que las constituciones aborden temas netamente “políticos”, como era en su origen, sino que también sienten las bases de la economía (constitución “económica”), la organización de la sociedad (constitución “social”) e, incluso, más últimamente, los valores y principios con arreglo a los cuales se desarrolla la intersubjetividad (constitución “cultural”). No obstante, esta extensión de los do-

⁸ Ob. cit.

⁹ *Dialéctica inconclusa del espacio público en Chile (1830-2000)*.

¹⁰ *Espacios públicos: un proceso de deconstructivismo contra ciudadano*.

¹¹ En la literatura extranjera y nacional encontramos ilustres defensores de este desarrollo. Así, a modo meramente ejemplificativo, Robert Alexy, en *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997); Pablo Lucas Verdú, en *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural* (Editorial Dykinson, Madrid, 1997); Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz, en *Principios, fines y derechos fundamentales* (Editorial Dykinson, Madrid, 2000); Germán J. Bidart Campos, en *El derecho de la constitución y su fuerza normativa* (Ediar, Buenos Aires, 1995); José Luis Cea Egaña, en *Tratado de la Constitución de 1980* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988), especialmente en los Capítulos I y III (*La Constitución Plena y Fisonomía de la Nueva Constitución*), y en varios artículos: i) *La interpretación axiológica de la Constitución* (véase en *Interpretación, integración y razonamiento jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, págs. 89 y ss.) y ii) *Descubriendo el futuro de nuestra sociedad estatal* (en *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 20 N^o 2 y 3, Tomo I, págs. 209 y ss.).

minios del derecho constitucional no debe entenderse como un ensanchamiento del Estado, según vislumbraba Duguit, sino como un mayor reconocimiento de las libertades públicas y los derechos fundamentales en los espacios públicos.

En base a lo expresado cobra actualidad el diagnóstico de Michael J. Sandel¹², en cuya virtud la democracia americana está en búsqueda de una nueva “filosofía pública” que dé cuenta del descontento generalizado sobre el funcionamiento de nuestras democracias, en la perspectiva de recuperar el sentido del “self-government” y de compartir valores comunitarios. Esta nueva filosofía pública vendría a reemplazar la filosofía pública liberal, sea en su vertiente utilitarista o de raigambre neokantiana, que ha dominado la vida pública estadounidense en los últimos cincuenta años, caracterizada por la neutralidad valórica del Estado en una perspectiva democrática meramente procedimental ora limitando el concepto de “bien común” a los valores de la tolerancia y, últimamente, de la justicia, en la perspectiva de Rawls, sin explicar suficientemente por qué han de preferirse esos valores o fines a los muchos otros que una sociedad política puede o debe perseguir o por qué ha de limitarse el catálogo de los valores comunitarios a los de tolerancia y de justicia.

En suma, asumida como un acervo comunitario, la convicción centrada en la persona, sus derechos y potencialidades pasan a ser la perspectiva esencial del derecho público, aproximación que no reconoce límite institucional ni social alguno y que suple la tradicional noción que identificaba la esfera de lo público con lo estatal. Por lo mismo, el Estado deja de ser una “superestructura” ajena a las personas y se convierte en un ámbito idóneo para el despliegue de la personalidad y de la totalidad de los valores que comunidad hace suyos.

IV. A modo de colofón

El derecho público se encuentra en trance de transformación desde una disciplina centrada en la organización y funcionamiento del Estado a otra, cuya finalidad es la promoción y desarrollo de los principios, valores y fines que rigen la convivencia comunitaria. Entre estas consideraciones destacan, por una parte, la positiva e irrestricta adopción de la cultura de los derechos fundamentales, indistintamente de la fundamentación ético-doctrinaria que se siga, y, por la otra, el reconocimiento y promoción de una noción amplia de espacio público, entendido éste como el ambiente físico e institucional en el cual el actor central es la persona, independientemente de la necesaria subsistencia de agentes estatales.

En esta línea de reflexión se hace necesario consensuar una nueva filosofía pública, la que, a nuestro juicio, debe surgir de la confluencia intelectual entre el liberalismo de raíz kantiana y el comunitarismo partidario de las libertades públicas y de la tolerancia. Desde una perspectiva netamente constitucional, esa colaboración debe traducirse en un acuerdo en torno a los principios y valores que la Carta Fundamental debe recoger.

¹² Para estos efectos recomendamos la lectura de *Democracy's discontent. America in search of a public philosophy* (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1996).