

## EL INTERÉS PÚBLICO EN EL CONSTITUCIONALISMO POSTMODERNO

MARISOL PEÑA TORRES  
CECILIA ROSALES RIGOL  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la convocatoria a estas XXXII Jornadas de Derecho Público, dedicadas al tema de “La Constitución Política. Veinte años después” parece oportuno debatir acerca de la teoría de los derechos fundamentales y, particularmente, sobre la forma en que la noción de “interés” ha impactado en las clásicas nociones de los derechos, básicamente aquellos que responden a la característica de individuales o sociales, respectivamente.

La noción de interés público ha permeado la concepción clásica de los derechos fundamentales, ya sea como límite de los mismos, como fundamento de las restricciones que puede imponer la autoridad o, por último, como criterio para resolver colisiones o conflictos de derechos consagrados en la Constitución Política.

A nuestro juicio, lo anterior obedece a un profundo proceso de transformación caracterizado porque la diferencia entre las categorías tradicionales de “lo público” y “lo privado” se han atenuado para mezclarse y servir de respuesta a las nuevas realidades que tienden a revitalizar a la sociedad civil frente al Estado como también a hacer frente a la necesidad de amparar bienes jurídicos que trascienden las fronteras de un solo Estado.

Lo anterior puede servir de fundamento para sostener la transversalidad del derecho y no sólo su constitucionalización, ya que es evidente que muchos problemas jurídicos del presente se resuelven a partir de la influencia del derecho constitucional en el resto de las ramas del ordenamiento jurídico, pero también con el recurso a institutos propios de derecho privado que permiten, justamente, resolver la colisión entre derechos consagrados constitucionalmente<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 120/1983, se afirma que la libertad de expresión no sólo está limitada en los términos que resultan del artículo

## II. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

No hay duda que la noción de interés público ha evolucionado considerablemente y en una misma línea con conceptos, realidades y valores tales como Sociedad, Estado, Derecho, Democracia, Libertad e Igualdad. Hoy tales conceptos y valores han superado su clásica contraposición para pasar a integrar un contenido mucho más consistente y amplio, a partir de la consideración de la dignidad de la persona humana y sus consecuentes derechos.

Recordemos que bajo los postulados de la democracia liberal, la Sociedad estaba dotada de un orden propio, de unas normas que le eran inherentes, entre las que se destaca como base la consideración del hombre, en cuanto individuo aislado o como expresa GARCÍA PELAYO “inmediatamente conexionado con la Humanidad o con el Estado” y la exaltación de los valores de la libertad e igualdad. Frente a este orden propio que constituye la Sociedad Civil se ubica el Estado como una creación artificial, cuya finalidad es servir de garantía a ese orden social preexistente. De ahí que las modernas declaraciones de derechos van a buscar el reconocimiento de un grupo de derechos individuales que, considerados patrimonio del individuo en su condición presocial, vendrán a delimitar una esfera de libertad personal frente al poder del Estado. Esa esfera de libertad impone, necesariamente, una limitación y una sumisión de la actividad del Estado.

Bajo estos presupuestos la noción de interés público ha de estar restringida o reducida en la misma proporción que la actividad estatal, pero por lo mismo resulta mucho más precisa y segura.

Por otra parte, el cambio social que los excesos del liberalismo impondrá en la Europa Occidental ejercerán una influencia tal que el Estado liberal va a devenir en un Estado Social, forma de Estado en la que éste, según Pizzorusso, “...asume el compromiso de no asistir pasivamente al conflicto entre individuos y clases, en el terreno económico y social, interviniendo en este ámbito con vistas a asegurar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar...”.

En términos generales, podemos afirmar, siguiendo a García Pelayo, que el Estado Social significa el intento de adaptación del Estado tradicional liberal burgués a las condiciones sociales de la civilización industrial y

---

20.4 de la Constitución, sino que además su ejercicio debe enmarcarse en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7° del Código Civil expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Citada por Retortillo Baquer, Lorenzo Martín. Derechos fundamentales y Constitución. Editorial Civitas. S.A., Madrid, 1992. P. 113.

postindustrial con sus nuevos y complejos problemas pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos.

El Estado social de Derecho se sustenta en los principios democráticos y en los postulados del constitucionalismo clásico, pero considerando los nuevos datos de la realidad como las desigualdades reales para aspirar ya no a una justicia conmutativa sino distributiva a partir de un Estado promocional puesto al servicio y a la realización del bienestar general.

En resumen, tomando las palabras de Vanossi, el Estado social es el solidarismo frente al individualismo o al colectivismo propios del Estado Liberal y del Estado socialista, respectivamente. Porque el Estado social busca, precisamente, niveles reales y generales de igualdad como requisito o condición necesaria de permanencia de la democracia y participación efectiva de la realidad.

En lo que respecta a los derechos, el Estado Social de Derecho constituye un aporte en varios aspectos. En primer lugar, trae consigo el reconocimiento de derechos sociales orientados hacia metas de seguridad y justicia distributiva en aras de una mayor igualdad. En segundo lugar, conceptualiza los derechos individuales de manera que incluyan límites y funciones sociales. En tercer lugar, presenta un régimen de derechos políticos que permita alcanzar niveles adecuados de legitimidad y participación dentro del marco de la democracia social. Y por último, ha de estructurar siempre un régimen de derechos que asegure plena garantía y adecuado control a fin de que se realicen el máximo de las iniciativas particulares.

En esta nueva configuración, el Estado asume un papel activo, como dice Solari: "...planifica y participa del proceso económico –sobre todo redistribuidoramente– e interviene en la configuración de la sociedad –sobre todo igualadoramente–, con el objeto de procurar, especialmente a la población más carente, las condiciones indispensables para el desarrollo –material y cultural– de la vida humana...".

En esas condiciones la noción de interés público se va difuminando progresivamente puesto que la línea divisoria entre la esfera de lo público y lo privado se vuelve menos precisa y por tanto, más confusa.

En esta línea de evolución, aparecerán nuevos derechos que vendrán a complementar el catálogo de derechos individuales y sociales o económicos; son los denominados derechos de la tercera generación (en relación con los anteriores que serían los de primera y segunda generación), aportados por la creciente industrialización, la cada vez más estrecha interrelación de los acontecimientos políticos y económicos de los distintos Estados y el progresivo deterioro del medio ambiente. Bajo tales presupuestos surgirán estos derechos como reivindicaciones colectivas profundamente sentidas por los integrantes de nuestra comunidad occidental.

Los derechos de la tercera generación escapan a las categorías tradicionales del derecho, que distingue entre los derechos de corte individual (propios de la primera generación que aparecen junto con la democracia liberal) y derechos sociales o colectivos (propios de la segunda generación que devienen con los socialismos). En ese sentido presentan una particularidad, están dotados del doble carácter individual y supraindividual o colectivo; por lo mismo exigen para su protección la conjunción de los diversos ordenamientos e instituciones tanto públicos como privados. Pensemos en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los derechos de los consumidores, los derechos vinculados a valores culturales y espirituales como la conservación del patrimonio histórico o artístico y el mantenimiento de la paz.

### III. DE LA DEMOCRATIZACIÓN DEL ESTADO A LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

El proceso de transformación descrito se explica dentro de un fenómeno, propio de una Sociedad en expansión, cuya característica más sobresaliente se expresa en la extensión del poder del Estado hacia el campo de la Sociedad Civil. Es lo que se reconoce como el paso de la Democracia Política a la Democracia Social.

Tal como afirma Norberto Bobbio: “Ahora bien, lo que está sucediendo es que el proceso de democratización, o sea, el proceso de expansión del poder ascendente, se está ampliando de la esfera de las relaciones políticas, de las relaciones en las que el individuo es tomado en consideración en su papel de ciudadano, a la esfera de las relaciones sociales, donde el individuo es tomado en consideración en la diversidad de sus status y papeles específicos...”<sup>2</sup>.

Originariamente, la noción de Estado se estructuraba en torno a una concepción tomista o unitaria de la sociedad, en cuya virtud el todo estaba antes que las partes.

Con el advenimiento de la democracia, se constata que la esfera política, es decir, las instituciones gubernamentales, o en otras palabras, el poder político, está comprendido dentro de una esfera más amplia que es la sociedad civil y que toda decisión política está condicionada y determinada, en definitiva, por lo que sucede en ella.

Factor determinante en este proceso fue el industrialismo que, con las necesidades de las fuerzas capitalistas, la división del trabajo y la consecuente especificación del mercado, trajo consigo la formación de una multiplici-

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 42.

dad de centros de poder en orden a la obtención de sus fines individuales. A partir de estas circunstancias, se hizo difícil mantener, en una Sociedad compleja, el ideal de la unidad estatal por encima de las partes.

Bajo los presupuestos de un orden político liberal, la distinción entre sociedad civil y Estado se construirá sobre la base de una relación de oposición, como dos sistemas con alto grado de autonomía, de modo que el Estado estaba inhibido frente a los problemas sociales en tanto que la sociedad se autodeterminaba. García Pelayo, analizando ambos términos, sostiene que: “El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación”. Por su parte, la sociedad “... era considerada como una ordenación, es decir, un orden espontáneo dotado de una racionalidad... inmanente, que se puede constatar y comprender... no de estructura vertical o jerárquica, sino horizontal y sustentada capitalmente sobre relaciones competitivas... Tal estructura inmanente a la Sociedad no sólo tiene una solidez superior a cualquier orden o intervención artificial, sino que genera, además, el mejor de los órdenes posibles...”<sup>3</sup>.

Lo interesante es que el Estado, organización artificial, bajo tales consideraciones no podía modificar ese orden social natural, sino sólo asegurar las condiciones mínimas necesarias para su funcionamiento. La Sociedad y el Estado, entonces, eran dos sistemas distintos, autónomos y con unas mínimas relaciones.

Tal como Hermann Heller señala, acertadamente, refiriéndose al pensamiento de los grandes sociólogos de la primera mitad del siglo XIX, “...la contradicción entre libertad e igualdad en sentido material y en sentido formal, era el problema que latía en el fondo de la oposición entre Estado y Sociedad”<sup>4</sup>.

La experiencia producida por esta dicotomía trajo consigo la necesidad de reconocer al Estado su rol como regulador decisivo del sistema social en orden a corregir o neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo social y económico no controlado. Para esto tuvo que ceder a las presiones en orden a introducir los cambios que los movimientos sociales propugnaban.

Por eso es que el proceso de democratización que experimenta el Estado supone la proyección del poder desde abajo hacia arriba, de modo que los integrantes de la Sociedad civil, ya considerados en forma aislada, ya en grupo no sólo participan otorgándole legitimidad al sistema sino, también,

---

<sup>3</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del...* ob. cit., p. 22.

<sup>4</sup> HELLER, Hermann, *La teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 137.

lo hacen interviniendo en los procesos de toma de decisiones que van a afectar su esfera de atribuciones.

Así, el constitucionalismo social actual reconoce que el Estado y la sociedad constituyen dos sistemas, pero ya no autónomos y autorregulados, sino por el contrario, fuertemente interrelacionados a través de relaciones múltiples y complejas, cada uno de los cuales sirve a finalidades complementarias y principios estructurales igualmente complementarios.

Resulta interesante y muy relacionado con el proceso que se viene advirtiendo, la distinción que realiza Alfred Stepan entre Sociedad Civil, Sociedad Política y Estado.

Analizado las nuevas relaciones político-militares a partir de las experiencias de regímenes autoritarios castrenses existentes en Brasil y otros países del Cono Sur, el autor parte de la base de la necesidad de distinguir tres áreas políticas, de difícil conceptualización pero claramente diferenciadas entre sí y a la vez en constante interrelación, como son: La Sociedad Civil, área donde se manifiestan los movimientos sociales y las organizaciones cívicas de distinta clase que buscan constituirse en un orden con miras a la obtención de sus intereses; la Sociedad Política, que es el área en la cual, la política específicamente se ordena a sí misma para dar respuestas políticas y alcanzar el control sobre el poder público y el aparato del Estado; y, por último, el Estado, como la continuidad administrativa, legal, burocrática del sistema coercitivo que afecta al manejo del aparato estatal, a las relaciones estructurales entre el poder civil y el poder político y a la estructura de relaciones importantes con la Sociedad Civil y la Sociedad Política.

Partiendo de estas definiciones, Stepan sostiene que dentro de un proceso de transición de un régimen autoritario a uno democrático, la Sociedad Civil cumple con un papel trascendental de oposición al Estado a través de los diferentes grupos que subyacen en ella. En efecto, constata que, gracias a una liberalización del sistema social, iniciada o permitida por el propio régimen militar, se tendió a dar mayor consistencia, variedad y complejidad a la trama social, favoreciendo la separación entre la Sociedad Civil y el Estado en orden a producir un deterioro en el gobierno autoritario. Esta liberalización se proyectará con posterioridad a la Sociedad Política dando paso a un proceso aún más amplio de democratización, en que, quienes decidirán acerca de los que ejerzan el papel de gobernantes, serán los propios ciudadanos<sup>5</sup>.

La realidad, hoy, es que tras un sistema verdaderamente democrático, subyace una Sociedad pluralista.

---

<sup>5</sup> Véase STEPAN, Alfred, *Rethinking Military Politics. Brazil and The Southern Cone*, Princeton University Press, New Jersey, 1988. Chapter one: Military Politics in Three Polity Arenas: Civil Society, Political Society and the State, pp. 2 - 12.

Podría pensarse que el fortalecimiento de la sociedad civil frente al Estado implicaría un debilitamiento de éste; no obstante, Cea Egaña sostiene que es posible construir ambos términos en base a su potenciación, cada cual en el ámbito legítimo que les incumbe en una comunidad democrática: “Otorgamiento de ciertas competencias al Estado para cumplir sus cometidos mediante las funciones que realizan los órganos públicos; y reconocimiento de nuevos roles a la Sociedad Civil que así se despliega, libre pero ordenadamente, en territorios y labores coadyuvantes del bien común, ejecutados por grupos intermedios dotados de autonomía, ejercida dentro de la Constitución y las leyes de la República”<sup>6</sup>.

Aún más, la materialización concreta de los derechos sociales o de la segunda generación supone el esfuerzo de la sociedad civil o del “No Estado”, “de modo que el Estado-Gobierno sea siempre llamado a intervenir en la tarea, pero siempre con un rol subsidiario”<sup>7</sup>.

#### IV. INTERÉS GENERAL, INTERÉS PÚBLICO, INTERÉS COLECTIVO E INTERÉS PRIVADO O INDIVIDUAL

Dentro de este fenómeno de democratización, la literatura política reiteradamente hace referencia, sin definir con precisión, a expresiones tales como interés general, interés nacional, interés público o interés colectivo para situarlos en oposición a los términos tales como interés privado, interés individual o propio.

Porque tal como hemos visto, el proceso de democratización supone o exige como antecedente inicial el reconocimiento de una pluralidad de grupos o movimientos sociales intermedios entre el individuo y el Estado que ubicados dentro de la Sociedad Civil buscan satisfacer sus propios intereses (interés particular), incluso intentando influir en las decisiones políticas, convirtiéndose en cauces normales de participación de los integrantes de la Sociedad Civil en la vida política.

Por otra parte, se observa un fenómeno inverso, es decir, desde la perspectiva del Estado mismo. Tal como señala Bilbao Ubillos, “en numerosos ámbitos (desde la Seguridad Social a la recaudación de impuestos, pasando por el servicio de correos), la Administración recurre a técnicas jurídico privadas para poder alcanzar más fácilmente sus objetivos, prefiere actuar sometida total o parcialmente, al Derecho privado, mucho menos rígido,

---

<sup>6</sup> CEA EGAÑA, José Luis, *Estado regional y sociedad descentralizada*, en *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990 - 2000*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Noviembre, 2000. p. 307.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 313.

planteándose, así, con toda crudeza, el clásico dilema entre eficacia y preservación de las garantías de los administrados... ”<sup>8</sup>.

Este fenómeno, que se conoce como la huida del Derecho Administrativo, deja en evidencia la crisis, generalizada, de la dicotomía entre lo público y lo privado.

La contraposición entre poderes privados y públicos ha dejado de ser nítida. El poder, utilizando las palabras de Bilbao Ubillos, asume un rostro indiferenciado: Mientras el poder público se privatiza, el privado adquiere connotaciones públicas.

El interés público versus el interés privado, reiteramos, no está exento de esta ambigüedad.

Hay que considerar que la expresión interés admite dos acepciones: una restringida, y en este sentido equivale a interés económico, interés seccional o propio; y por otro lado, una amplia que parte del hecho que toda acción supone siempre una motivación, luego cualquier comportamiento es por ende un comportamiento interesado, sea éste económico o no.

Bobbio, previamente a concluir el fenómeno de expansión del proceso de democratización, observa que la situación de la democracia actual en vez de estar caracterizada por la representación política en que el representante está llamado a velar por los intereses nacionales, ha sucedido exactamente lo contrario de modo que “...los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente pertinentes...”<sup>9</sup>. Sobre esa base, señala que en la mayor parte de los Estados Democráticos europeos la representación política ha cedido a una representación de intereses de los grandes grupos de presión.

En ese estado de cosas, Bobbio se plantea la siguiente interrogante: “Por encima del hecho de que cada grupo tiende a identificar los intereses nacionales con los intereses del propio grupo ¿existe algún criterio general que permita distinguir el interés general del interés particular de este o aquel grupo, o de la combinación de intereses particulares de grupos que se ponen de acuerdo entre ellos en detrimento de otros...?”<sup>10</sup>.

Friedrich Hayek, al intentar demostrar que un orden basado en la libertad<sup>11</sup> contribuye al bienestar general –porque permite a todos utilizar su

<sup>8</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw Hill, Madrid, 1997, Nota preliminar, p. XIII.

<sup>9</sup> BOBBIO, op. cit., p.18.

<sup>10</sup> BOBBIO, op. cit., p.19.

<sup>11</sup> HAYEK, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial S.A, Madrid, 1973. Volumen I, p. 14. Interesa sobre este punto tener presente su concepto de libertad: Pero si conviene recordar por qué prefiero la fórmula abreviada que he utilizado tantas veces para describir una situación de libertad (un estado en el que cada cual puede utilizar su saber personal para alcanzar sus propios fines) a la clásica definición

personal saber para alcanzar sus propios fines—, analiza las expresiones interés público e interés privado, desde el momento en que constata que expresiones como “público” y “privado” aplicadas al derecho (Derecho Público - Derecho Privado) resultan desorientadoras<sup>12</sup>. “Su semejanza con las expresiones interés privado e interés público puede sugerir que el derecho privado sólo beneficia a determinadas personas, que sólo el derecho público pretende el bien general... Pero la idea de que sólo el derecho público persigue el bien público únicamente será cierta si interpretamos “público” en un sentido estricto y especial, que designa tan sólo lo que afecta a la organización del gobierno, y si en consecuencia no entendemos el término “interés público” como sinónimo de interés general, sino que lo aplicamos exclusivamente a los fines particulares que persigue directamente la organización gubernamental... Considerar que sólo el derecho público sirve al bien general y que el derecho privado protege exclusivamente los intereses egoístas del individuo supondría una total inversión de la verdad...”<sup>13</sup>.

Bajo estos presupuestos Hayek, llega a la conclusión que el interés público, general o común o el bienestar general, como otras tantas veces lo denomina” no consiste en la satisfacción directa de las necesidades personales...” (que constituyen el interés privado) “...sino en la creación de un conjunto de condiciones en base a las cuales los individuos o grupos de individuos pueden ocuparse de la satisfacción de las mismas...”<sup>14</sup>. Luego la primera obligación de la gestión pública es la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar cualquier actividad según sean sus necesidades. En cierta forma esta idea —y Hayek lo reconoce dentro de su concepción neoliberal— es coincidente con la *utilitas publica* a la que muchas veces se hacía referencia en la Edad Media y que aludía estrictamente a la preservación de la paz y la justicia.

Por otra parte, también hace referencia al interés colectivo, cuando admite que en ciertos casos el aparato estatal debe satisfacer algunas necesida-

---

de Adam Smith: Todo hombre mientras no viole las leyes de la Justicia, debe ser plenamente libre para perseguir a su manera sus propios intereses..

<sup>12</sup> El orden a que se refiere Hayek, y que se sustenta en la libertad, está constituido por normas y principios generales de comportamiento con los que la comunidad está comprometida y en cuya virtud la autoridad está limitada en cuanto al ejercicio del poder coercitivo (Derecho Privado). Frente a este orden se encuentran las normas para la organización de los servicios gubernamentales destinadas a los fines específicos previstos por la autoridad (Derecho Público). Para el autor esta distinción, durante los últimos cien años, se ha ido desvaneciendo en aras de los llamados fines sociales. Véase HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, Vol I, op. cit.; *La transformación del derecho privado en derecho público mediante la legislación*, pp. 217 y ss.

<sup>13</sup> HAYEK, op. cit., pp. 205 - 206.

<sup>14</sup> *Ibidem*, volumen II, p. 7.

des a través de servicios que sólo pueden ser prestados de manera conjunta a cuantos miembros componen un determinado grupo. Luego señala que el interés colectivo no coincide necesariamente con el interés general y que incluso puede llegar a ser opuesto a este último, cuando el Gobierno lo hace por exigencias de diversos colectivos de tipo político o burocrático que le prestan su apoyo electoral.

Asimismo, otros autores y corrientes de pensamiento han intentado, por diversos motivos, definir el interés general a partir del concepto de interés privado.

Bentham se pregunta: “¿Qué es por consiguiente el interés de la comunidad? ...sino la suma de los intereses de los miembros que la integran...”<sup>15</sup>.

Otro tanto nos presenta la teoría de la elección pública, más conocida como *Public Choice*, consistente en la aplicación de los instrumentos de análisis de la teoría económica neoclásica al estudio de los fenómenos políticos, entendidos éstos en un sentido amplio.

Los supuestos de partida sobre los cuales descansa la *Public Choice* son: primero, que el hombre es un ser egoísta y que busca maximizar su utilidad; segundo, que el hombre es el único ser que siente disgusto o placer y por tanto, el único que toma decisiones por lo que las elecciones colectivas son el resultado de algún método de agregar las decisiones individuales; tercero, los individuos que participan en los procesos de elección colectiva son las mismas personas que intervienen en el mercado con las mismas motivaciones; y cuarto, existe una estrecha interrelación entre los fenómenos económicos y las instituciones y los procesos políticos<sup>16</sup>.

Objetando la intervención del Estado en la economía desde el momento que se constatan las fallas o las imperfecciones del mercado en lo que se refiere a la asignación de los recursos, Henry Le Page señala: “Los economistas se comportan como si examinaran dos patrones, dos medidas diferentes según analicen la economía privada o la economía pública. Así, por un lado, hay individuos que son guiados por su interés egoísta y estrechamente individual, los agentes económicos, consumidores, directores de empresa, etc. cuyas motivaciones conviene corregir mediante una reformulación colectiva que encarne el interés general; por otro lado, el Estado, supermecanismo divino, es el reflejo de los intereses de la colectividad que está animado por funcionarios que no tienen otra motivación que la afirmación y el respeto del interés público. Es de esa ficción de la que hay

---

<sup>15</sup> BENTHAM, J., *Introducción a los principios morales y la legislación*, nueva edición, Londres, 1923. Vol. I.

<sup>16</sup> CASAS PARDO, José, *El análisis económico de lo político. Estudio Introductorio*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984.

que huir... ”<sup>17</sup> .

Partiendo de los supuestos antes mencionados, el campo de análisis de la *Public Choice* lo constituyen, fundamentalmente, los problemas básicos de la acción política, entendida como el procedimiento para llegar a alcanzar o tomar decisiones sociales o colectivas sobre la base de las preferencias individuales y las condiciones que permiten que las preferencias individuales puedan ser agregadas en orden a alcanzar una decisión social consistente o a construir una función completa de bienestar social<sup>18</sup> .

Tratando de redefinir la función de bienestar social James Buchanan sostiene: “...que es necesario suponer que las personas que toman decisiones en el Gobierno tienen tendencia a actuar de acuerdo con sus propios intereses más que con arreglo a un interés público general vagamente definido...”<sup>19</sup> . En un análisis de la actividad de los grupos de presión en base a las imperfecciones constatadas en las soluciones gubernamentales a los problemas privados, Robert Mc Cormick y Robert D. Tollison señalan: “Un agente público no perseguirá algo llamado el interés público; contrapuesto a la búsqueda de su interés personal, más de lo que hagan los agentes privados...” , y al respecto concluyen: “El interés público es un resultado o un producto de la búsqueda del interés personal dentro de un marco institucional dado...”<sup>20</sup> .

Para comprender la teoría de la elección pública, resulta conveniente tener presente que siempre se plantea como un análisis sobre el modo de actuar de los distintos agentes económicos en la práctica, poniendo énfasis en esta última expresión.

También resulta interesante la distinción que realiza Evans de la Cuadra, cuando trata la expropiación por causa del interés nacional o la utilidad pública. En efecto, dice que la utilidad pública “es un bien jurídico que implica beneficio colectivo sin relación a personas o grupos... El interés nacional en tanto, puede englobar todos los bienes jurídicos que tengan alguna significación general o en que juegue o se haga presente un imperativo de

---

<sup>17</sup> LE PAGE, Henry, *Mañana el capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 155 - 156.

<sup>18</sup> Una tercera área de estudio dentro de la *Public Choice* la constituye el análisis de las instituciones mediante un estudio positivo y comparativo de los Gobiernos, los parlamentos, las judicaturas, los partidos políticos, los grupos de presión y las burocracias en cuanto agentes económicos que participan e influyen en la toma de decisiones económico-colectivas.

<sup>19</sup> BUCHANAN, James M., *Límites constitucionales al Poder Fiscal del Estado*, en *El análisis económico de lo político*, op. cit., p. 142.

<sup>20</sup> MC CORMICK, Robert - TOLLISON, Robert, D., *Análisis del Estado*, en *El análisis económico de lo político*, op. cit., p. 187.

acción de la autoridad pública para promover o defender el bien común de la nación y de sus integrantes”<sup>21</sup>.

#### V. RELATIVIZACIÓN DE LO PÚBLICO: CONCLUYENDO EN TORNO A UNA IDEA

Puede afirmarse hoy que las Sociedades de masas o Sociedades pluralistas, características del mundo contemporáneo o postmoderno –como también se lo ha denominado–, están asentadas sobre el principio teórico de la relativización del interés público.

El viejo concepto de interés público, tal como fue elaborado bajo los presupuestos del Estado Liberal individualista, con un recelo a todo tipo de grupo que pudiera interponerse entre el individuo y el Estado, contaminando la voluntad general, ha entrado en crisis, sobre todo teniendo en cuenta, además, el apaciguamiento ideológico que se ha venido dando.

Por cierto, el panorama expuesto en orden a expresiones como interés público, general o común y el interés privado revela un aspecto positivo en torno al cual es posible convenir: La formulación de un interés general sobre la base del interés individual (como algunos dirían, exageradamente, la superioridad del particularismo por sobre el principio de la unidad orgánica) sin que exista ni identidad ni contradicción, sino concomitancia o concordancia.

Porque si la actividad del Estado exige una cierta unidad orgánica en torno a sus fines, no puede olvidarse que su existencia es sólo accidental o instrumental puesta al servicio de la persona humana, como entidad substancial y un fin en sí misma. Por eso, la autoridad no puede perder de vista las múltiples y variables necesidades, pretensiones y fines que se persiguen, sin que se entienda que ella pueda asumirlas en su totalidad, puesto que es imposible, primero conocerlas y luego satisfacerlas todas.

Cuando en aras del interés general se afecta o limita el interés individual es porque se busca generar un orden en que el conjunto de los múltiples intereses individuales que conviven en la Sociedad civil puedan ser realizados sin afectarse considerablemente; en tales términos, que el fin de uno no anule al del otro.

Es por todo esto que el interés general, público o común son una misma cosa. A menudo la expresión “pública” se entiende, en un sentido restringido, referido sólo a todo cuanto afecta o es preocupación de los servicios gubernamentales, pero como hemos visto esa esfera de intereses no puede ser otra distinta que el interés de la comunidad expresado en un sentimien-

---

<sup>21</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 464.

to generalizado de aceptación a ciertos valores o principios que hacen posible la convivencia y la realización de sus proyectos particulares (interés privado o propio).

Desde esta perspectiva, el contenido efectivo de la noción de interés público se torna esencialmente variable, por lo que cada Sociedad y en cada época de su historia tiene su idea de cuáles serán los imperativos susceptibles de regir la vida en comunidad.

En este sentido, el desarrollo de los procesos de internacionalización, de transnacionalización y de globalización ha venido demostrando, también, un profundo cambio en la concepción del interés público identificado con el interés nacional propio de los que –hasta no hace mucho tiempo atrás– eran los principales actores de la arena internacional: los Estados-naciones.

En efecto, Kegley y Wittkopf se preguntan: ¿Qué es el interés nacional? ¿Qué valores persiguen hoy los Estados? “En tiempos pasados, la respuesta era fácil: El Estado debía promover el bienestar interno de sus ciudadanos, proveer la defensa contra la agresión externa (proveniente del enemigo común propio del esquema de la guerra Fría) y preservar los valores del Estado y su forma de vida”<sup>22</sup>. Hoy las cosas han cambiado: los Estados están crecientemente preocupados por valores y bienes colectivos que conciernen a toda la humanidad, como la adecuada provisión de petróleo y de energía, el cambio climático y el deterioro de la capa de ozono, la necesidad de garantizar la biodiversidad y de evitar la deforestación.

Así, el concepto mismo de seguridad nacional se ha ampliado comprendiendo no sólo la seguridad del estado mismo sino que también la de la globalidad del planeta. Por lo mismo, el concepto que mejor traduce esta preocupación global no es, por cierto, el de seguridad nacional, sino que el de “seguridad medioambiental” (environmental security)<sup>23</sup> demostrando que la noción de interés público se proyecta más allá de las fronteras de cada unidad estatal para abarcar la protección de bienes jurídicos que importan a la humanidad toda.

De hecho, se ha sostenido que “el hilo conductor que traspasa y une todos esos nuevos modos de interacción internacional es *la* armonización de intereses político-económico-jurídicos, por medio de renunciaciones a competencias soberanas, con el fin de alcanzar un objetivo común, tanto más amplio cuanto mayor sea la complejidad del mecanismo utilizado”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> KEGLEY, Charles W. Jr. - WITTKOPF, Eugene R., *World Politics*, McMillan Press Ltd., New York, 1999, p. 549.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>24</sup> TOSCANO FRANCA FILHO, Marcilio, *Integración regional y globalización de la economía: Las dos caras del nuevo orden mundial*, en *Revista de Estudios Políticos* N° 100, Madrid, abril - junio 1998, p. 115.

Estas reflexiones no pueden dejar de considerar el extraordinario reforzamiento que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos, en un mundo crecientemente interconectado, en el cual la defensa de la dignidad de la persona ha pasado a constituir un valor verdaderamente universal. La indiscutida necesidad de promover y defender los derechos básicos de la persona constituye, también, un interés público, de carácter universal que trasciende las fronteras propias de cada Estado y que ha llevado al fortalecimiento de la institucionalidad internacional para favorecer tal propósito como ocurre con la creación de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente para juzgar los denominados “crímenes de lesa humanidad”.

#### VI. LA NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO Y SU APLICACIÓN EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

##### 1. *El interés público como concepto delimitador del ejercicio de los derechos fundamentales.*

El interés público (o colectivo) se ha erigido como un importante límite al ejercicio de derechos de corte individual. Así, por ejemplo, la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana ha desarrollado la denominada “cláusula de comunidad”, según la cual pertenece a la esencia de los derechos fundamentales el que no se les pueda hacer valer cuando con ello se hagan peligrar bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad<sup>25</sup>.

Una aplicación interesante de la doctrina en cuya virtud un derecho individual se ve constreñido o limitado en su ejercicio en virtud de consideraciones de interés público se encuentra también en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que ha privilegiado consideraciones de seguridad nacional, vinculadas a un interés público o colectivo para reconocer la validez del límite impuesto a ciertos derechos clásicos como la libertad de expresión.

Probablemente, uno de los casos más paradigmáticos, en este sentido, esté constituido por el fallo de la Suprema Corte referido al caso de “Los Papeles del Pentágono” (*The Pentagon Papers*) que, en plena década de los 70, limitó el acceso a la información de documentos claves producidos al interior del Pentágono en medio de la Guerra de Vietnam cuando un ex agente de la CIA facilitó su acceso con el objeto de que el referido informe confidencial fuera publicado por los diarios Washington Post y New York Times.

Cabe hacer notar, en todo caso, que el Tribunal Constitucional español ha mirado con precaución la invocación del interés público (o social) como

<sup>25</sup> RETORTILLO BAQUER, ob. cit., p. 112.

límite de los derechos constitucionales. En Sentencia 22/1984, de 17 de febrero de ese año, ha respondido la argumentación del Fiscal General del Estado, en el sentido de que “el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social que, como general, es de rango superior”. Para el Tribunal: “...una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce inevitablemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero –y ello es, a nuestro juicio, lo esencial– ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos, y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social, pero ello no ocurre así con otros derechos”<sup>26</sup>.

Entre nosotros, el “interés público” se ha constituido en un importante límite al derecho a la privacidad garantizado tanto en el N° 4 como en el N° 5 del Art. 19 de la Constitución Política de la República.

Es así como mediante Ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial de 14 de diciembre de 1999, se modificaron diversas disposiciones de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Específicamente, se agregó un Título III, nuevo referido a la “Probidad Administrativa”, cuyo párrafo 3° contempla la obligación de ciertas autoridades y funcionarios de la Administración del Estado de efectuar una “declaración de intereses” que debe contener la individualización de las actividades profesionales y económicas en que participe la autoridad o el funcionario respectivo<sup>27</sup>. Entre los fundamentos de dicha iniciativa destaca la protección del administrado frente a una posible resolución adversa dictada sobre la base de intereses particulares del funcionario. Así, el conocimiento anticipado de sus intereses (de carácter patrimonial) contribuye a calificar el grado de independencia de la autoridad y a adoptar oportunamente las medidas tendientes a prevenir una situación corrupta.

El debate parlamentario de la Ley N° 19.653 es revelador en cuanto a la importancia que jugó la noción de interés público a la hora de fijar este

---

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13 N° 39, Septiembre - Diciembre 1993, p. 239.

<sup>27</sup> El detalle del contenido y forma que deben revestir estas declaraciones de intereses, a la luz del Reglamento respectivo y de las instrucciones impartidas por la Contraloría General de la República puede ser consultado en Informes Constitucionales N°s. 2.311 y 2.313, de 13 y 15 de septiembre de 2000, respectivamente.

nuevo requisito al ejercicio de determinadas funciones y cargos públicos. Es así como el Senador Augusto Parra recordó que la existencia de una declaración obligatoria –que originalmente era de patrimonio– fue una propuesta de la Comisión Nacional de Ética Pública. Agregó que “la declaración de intereses tiene por objeto hacer efectivas ciertas inhabilidades de los parlamentarios o los funcionarios para participar, adoptar determinadas decisiones cuando hay intereses incompatibles... Es eminentemente preventiva cuando hay subordinación del interés público al privado”<sup>28</sup>. El Senador Ricardo Núñez agregaba que “por medio de los intereses, normalmente se influye para los efectos de provocar la corrupción”<sup>29</sup>.

## *2. El interés público como cláusula de habilitación para el ejercicio de potestades públicas.*

La noción de “interés público” juega también un rol fundamental como cláusula de habilitación para el ejercicio de las potestades públicas. En este sentido, “...la articulación entre los intereses del grupo en cuanto tal y los de cada uno de sus miembros constituye una tarea fundamental de los Poderes Públicos, que encuentra su expresión en conceptos tales como el orden público o el servicio esencial. Estos conceptos significan la búsqueda de un equilibrio entre la *dimensión social*, dirigida a asegurar una convivencia ciudadana pacífica con unas mínimas dotaciones esenciales, y una dimensión individual dirigida al respeto de los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos por la Constitución”<sup>30</sup>.

Las nociones expresadas precedentemente constituyen, pues el soporte de la teoría de la necesidad en el derecho público que da origen a un derecho de excepción para hacer frente a aquellas situaciones o riesgos que el Estado no puede enfrentar basado exclusivamente en el derecho que rige durante los períodos de normalidad.

Así, se reconoce el imperativo de que los órganos públicos cumplan las funciones y cometidos que les han sido encomendadas en orden a la consecución de los fines esenciales de la comunidad que, esencialmente, se refunden en la supervivencia del Estado, el mantenimiento de los servicios esenciales y también del orden público. Lo anterior permite que “la necesidad” opere de dos formas: i) por medio de normas escritas en las se habría sido positivizada (por ejemplo, el derecho de excepción); y ii) como principio general del derecho que sirve de cláusula de cierre o “válvula de escape ante

---

<sup>28</sup> *Diario de Sesiones del Senado*, sesión N° 10, de 1° de julio de 1998, p. 860.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 877.

<sup>30</sup> ALVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en el Derecho Público*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1996, p. 240.

supuestos de imprevisión normativa”<sup>31</sup>.

En Gran Bretaña, el concepto de interés público es el fundamento de la inmunidad que tradicionalmente fue conocida como “privilegio de la Corona”, en virtud del cual puede llegar a limitarse el derecho que, entre nosotros se conoce con el nombre de igualdad en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la justicia (Art. 19 N° 3 de la Constitución Política). Precisamente, la inmunidad del interés público del sistema británico excluye la evidencia, esto es, autoriza a no presentar pruebas relevantes ante el tribunal, usualmente documentos, en razón del interés público que pueda comprometer su exhibición. De hecho, se ha sostenido que la alegación de esta inmunidad no constituye un derecho sino que un deber de los órganos del Estado. Así, en el caso *Makanjuola vs. Commissioner of Metropolitan Police*, el Lord of Justice Bingham falló: “Cuando un litigante asegura que los documentos son inmunes a su presentación o revelación en los casos de interés público, él no está (si la alegación está bien fundada) ejerciendo un derecho, sino que cumpliendo un deber (...) Ello no significa que siempre que una parte sostenga que un documento pertenece a una categoría inmune prima facie, ella esté obligada –en razón de este deber– a persistir en una afirmación de inmunidad incluso cuando, en la ponderación del interés público se ha declarado que existe un claro balance a favor del interés público en la revelación del documento, con el objeto de mejorar la administración de justicia ...”<sup>32</sup>.

### 3. *El interés público como criterio delimitador para resolver la colisión o conflicto entre derechos fundamentales:*

La noción de interés público que se ha venido examinando no sólo se constituye en cauce limitador para el ejercicio de determinados derechos fundamentales sino que puede ser invocado como criterio para resolver determinados conflictos o colisiones de derechos otorgándole al juez la herramienta eficaz que, ante la ausencia de una norma precisa que resuelva la controversia, le permita dar pleno cumplimiento al deber de inexcusabilidad que la Constitución Política le impone (Art. 73 inciso 2°).

Hay que tener presente que, en este caso, si el conflicto planteado se resuelve a favor del interés público es porque éste, sin duda, ha sido reconocido como un límite al derecho de que se trata. Por ello estaríamos en la situación planteada en la letra a).

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 41 - 42.

<sup>32</sup> FORSYTH, Christopher, *La inmunidad del interés público: Avances recientes y futuros*, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 N° 3, Julio - Septiembre, 2000, pp. 515 - 516 (traducción del Profesor Jaime Arancibia Mattar).

Al respecto se ha sostenido que: “El procedimiento de la ponderación de bienes tiene que partir necesariamente –en otro caso el análisis sería lógicamente imposible– de que los derechos y libertades a limitar y los bienes constitucionales (como el interés público, la moral pública o la salubridad pública) son cosas distintas, susceptibles de ser contrapuestas. En tal caso, si lo que realmente está en juego es un bien constitucional, no hay más que dos posibles alternativas: o el derecho constitucional se afirma a pesar de todo, porque es objeto de un reconocimiento constitucional que no permite subordinarlo a otros bienes.... O el bien constitucional debe ser objeto de efectiva protección y el derecho debe ceder ante él”<sup>33</sup>.

Aun cuando se convenga que el interés público es propiamente un límite al derecho de que se trata, lo cierto es que se manifiesta en esta oportunidad en conflicto con el aludido derecho debiendo el tribunal efectuar la correspondiente ponderación para decidir por la primacía del interés público, en cuanto bien constitucionalmente protegido, o por el derecho fundamental.

Estimamos que una manifestación de lo expresado se produjo en el fallo del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2001, Rol N° 325, que rechazó el requerimiento de constitucionalidad deducido contra el Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 22 de enero de 2001, que extendió la restricción vehicular a los automóviles con convertidor catalítico. En el considerando 46° de esa sentencia, el Tribunal Constitucional argumenta lo siguiente: “...La medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y de pre-emergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8° del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución”.

Aparentemente, el fallo aludido le da primacía al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas para resolver el conflicto suscitado con la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad, cuya vulneración fue invocada por los requirentes. Sin embargo y, en definitiva, la protección de la salud de la población que puede entenderse comprendida dentro del

---

<sup>33</sup> RETORTILLO BAQUER, ob. cit., p. 123.

mandato que se otorga al Estado, en el inciso final del artículo 1º, en orden a “dar protección a la población y a la familia” es el criterio que resulta definitorio para resolver el conflicto planteado.

## VII. CONCLUSIONES FINALES

Nuestras conclusiones son:

1. La tradicional distinción entre “lo público” y “lo privado” aparece hoy atenuada por múltiples factores, entre los que destaca la presencia cada vez más activa de la sociedad civil en la gestión de los asuntos públicos.

2. La noción de interés público debe entenderse en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho cuya finalidad esencial ha de ser la persona, su dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes. En ese contexto, la invocación del interés público contribuye a reafirmar los valores de libertad, igualdad, justicia y seguridad que dicha fórmula estatal propugna.

3. Consecuentemente, el interés público no puede ser algo distinto del interés general, común o estatal, puesto que si el Estado está al servicio de la persona, sus órganos, finalidades, tareas y cometidos se orientan, precisamente, a su promoción.

4. La afirmación precedente debe tener en cuenta que la promoción de la persona, de su dignidad sustancial y de sus derechos fundamentales excede hoy el quehacer particular de cada Estado. En la práctica, se ha transformado en una preocupación de carácter universal que, influida por el desarrollo del proceso de globalización, ha llevado a ampliar el concepto de interés público a la tutela de bienes jurídicos que exceden el mero ámbito de las fronteras estatales para transformarse en intereses verdaderamente globales (biodiversidad, defensa de los derechos humanos, etc.).

5. Cuando hablamos de interés público nos referimos a aquel valor, beneficio o bien jurídico que satisface el conjunto de los derechos fundamentales así como de los intereses individuales y colectivos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil. En este sentido, la Constitución política de 1980, al conceptualizar el fin del Estado, en el inciso 4º de su Art. 1º, utiliza acertadamente, a nuestro juicio, las expresiones “... que permitan a *todos y cada uno* de los integrantes de la comunidad nacional...”. De esta forma, queda claro que el interés público, común o estatal no se identifica sólo con los intereses o bienes individuales de quienes conforman la sociedad (postura liberal) ni tampoco con el solo interés de la sociedad toda con prescindencia de los intereses particulares (postura colectivista).

6. En el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, la noción de interés público juega un rol decidor.

7. En primer lugar, se plantea como un límite de los mismos, ya que para satisfacer el interés público necesariamente se sacrifican algunos derechos o bienes particulares, como ocurre, por ejemplo, con la libertad de expresión o el acceso a la información administrativa.

8. En segundo lugar, el interés público se plantea como una cláusula de habilitación para el ejercicio de determinadas potestades públicas que operan cuando el Estado asume ciertas funciones y cometidos relacionados con la consecución de fines esenciales de la comunidad como es su propia preservación.

9. Por último, el interés público sirve como criterio para resolver determinados conflictos o colisiones de derechos permitiendo armonizar derechos en conflicto o contrapuestos otorgándole al juez una herramienta concreta para privilegiar unos derechos por sobre otros atendido, precisamente, el bien social comprometido en la armonización que se pretende.