

NOTAS SOBRE EL DERECHO PUBLICO

Introducción

No resulta demasiado necesario llamar la atención acerca de las nuevas perspectivas que se abren para el derecho público en el mundo contemporáneo, y, por lo tanto, en Chile. Sean cuales sean nuestras particulares inclinaciones intelectuales, científicas o ideológicas, desde los cuales juzgar el fenómeno, lo cierto es que lo público tiende a invadir toda la esfera de lo personal. La tan antigua distinción entre derecho público y derecho privado cada vez más pierde su configuración sustancial y sus límites recíprocos, y, junto a las acotadas márgenes del derecho privado contenido en los códigos tradicionales del segundo, un ya inabarcable conjunto normativo de nuevo cuño se ha venido a desplegar, superando dichos códigos de modo creciente.

Este conjunto de derecho no-codificado es propia y técnicamente un derecho nuevo (*ius novum*), que acaso no presentara dificultades científicas especiales, si las concepciones que lo hubieran animado hubiesen sido las mismas o similares a aquellas que sabemos insuflar el derecho de los códigos. Es cierto que aún así una gran labor científica y jurisprudencial se abriría para los juristas frente al tratamiento de ese nuevo derecho. Pero tal labor consistiría en la inserción casi natural y no forzada de las nuevas manifestaciones normativas en el sistema previamente dado, y el anterior dominio secular de ese sistema por parte de los juristas, convertiría la tarea de integración del nuevo derecho en el antiguo en relativamente fácil.

La dificultad está, no obstante, en que las concepciones inspiradoras del derecho nuevo ya no son más coincidentes con las animadoras del antiguo. Esto significa propiamente que no estamos ante el mero y natural desarrollo del antiguo derecho a partir de sus propias premisas, sino frente a la superposición al antiguo de un derecho

*Discurso pronunciado en el acto de inauguración de las VII Jornadas de Derecho Público, celebradas en las Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, entre los días 15 y 17 de julio de 1976. Han sido omitidas las palabras de circunstancia.

distinto, fundado en premisas autónomas y separadas de las de aquél. Los obstáculos que la integración entre ambos derechos presenta nos parece que quedan insinuadas por la circunstancia de que, por regla general, tal integración ni siquiera se ha intentado en nuestro país.

1. *El doble concepto de derecho público*

1. Sin el ánimo de ser exhaustivo, al parecer, como antes ha quedado dicho, el signo que marca la sustancia del derecho nuevo es el signo de lo público. Pero debemos aclarar que entendemos la expresión "público" en su sentido genuino, no necesaria ni totalmente ligado a lo estatal, que tan sólo constituye una parte de lo público.

Ese genuino sentido está dado por la etimología de nuestra expresión, cuya base se encuentra en *populus-populicus-publicus*. *Publicus*, siendo el adjetivo que corresponde a *populus*, es así, lo concerniente al *populus*, o, como diríamos hoy, a la sociedad. La contraposición más propia de *publicus* es *privatus*, aquello que concierne al *privus*, esto es, en nuestro actual lenguaje, al particular, al individuo integrante (*partícula* o pequeña parte) de la sociedad. En esta contraposición, lo atañente al poder social, que desde el s. xvi llamamos estado, va incluido en lo público, porque dicho poder es, de manera primigenia, una organización destinada al regimiento de la sociedad y no de los particulares.

Esta consideración más amplia de lo público es esclarecedora, y explica situaciones que no se explican con la acepción de público íntegra y totalmente congruente con lo estatal. Nos referimos a aquellas situaciones, cada vez más frecuentes, de intervenciones potestativas en detrimento de lo privado pero sin beneficio, al menos directo, de lo estatal, y que, por lo tanto, no podrían calificarse de públicas, si público se identifica con estatal.

Todo lo anterior implica, al menos en el orden de los conceptos, el reconocimiento de la existencia de dos esferas: la pública, cuyo sujeto, por así decir, es precisamente el *populus*, y la privada, cuyo sujeto es el *privus*, el particular. Como quiera que cada una de ellas exige la regulación proveniente de un cierto derecho, lo que caracteriza en general y a este respecto, a ambas esferas, y lo que las diferencia,

es la específica capacidad de cada sujeto para dar a su respectiva esfera, de modo autónomo y suficiente, la regulación que le corresponda. De esta manera, aquella regulación que hace el *populus*, a través del poder público, para el servicio de su propia esfera, es el objeto específico de la ley, que por tal razón se llama pública; y aquella otra que hace el particular, para el servicio de la suya, es el objeto específico de otra clase de ley, que se llama privada. Hoy día ya no hablamos más de ley pública y de ley privada, sino simplemente de ley y de negocios jurídicos, observando que un remoto resabio de aquella primera distinción es lo que aún ahora suele designarse con el nombre de ley del contrato.

2. No hay ningún inconveniente en dar el nombre de derecho público al derecho generado por las leyes públicas, es decir, a aquel regulante de la esfera propia de la sociedad y de su organización de poder, que ahora es el estado. Sin embargo, la naturaleza de las cosas exige a veces que, en el ámbito propio de los particulares, el poder público asuma una cierta intervención. Situaciones específicas, que en abstracto trascienden la pura esfera privada, obligan a una regulación general con ribetes de mandatos y prohibiciones, para lo cual el instrumento adecuado de intervención resulta ser precisamente la ley pública, aquella cuyo objeto normal, sin embargo, está constituido por la esfera pública. Ello se justifica porque entonces quiere decir que algo de la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes a lo público.

Estos mandatos y prohibiciones, o, más en general, estas regulaciones vinculantes contenidas en la ley pública que afectan la esfera privada, también constituyen un derecho público, cuya característica consiste en que el particular, al regular el mismo, a través de sus negocios jurídicos, la esfera de competencias que le es propia, las debe tomar necesariamente en cuenta bajo sanción de ineficacia de dichos negocios.

Con los antecedentes que preceden, podría aparecer claro que existe una doble concepción del derecho público o, lo que es igual, que un derecho puede ser público, pero de doble y distinta manera: uno es el derecho público, resultante tal por ser el propio de la esfera pública, y que es entonces público por su origen y por su

objeto; y otro aquel que es público por entrar a regular, desde un punto de vista publicístico, una esfera, como la privada, que normalmente no le competería regular.

3. El problema consiste en que, siendo normal que tanto el derecho público propio de la esfera pública, como el público afectante de la privada se contengan en la ley (pública), no debiera, sin embargo, ser normal que el derecho propio de la esfera privada, es decir, el derecho privado, también se contuviera en leyes públicas, sino, únicamente, en negocios jurídicos o leyes privados. No siempre ha sido así, y a tal eminencia de la ley pública sólo se ha llegado por un largo proceso histórico, del que hablar aquí sería excesivo.

Así planteadas las cosas, las correspondientes distinciones pueden configurarse de la siguiente manera: existen leyes públicas de derecho público (en ambos sentidos) y leyes públicas de derecho privado. Lo que caracteriza a las primeras es su carácter irrenunciable y necesario, esto es, que las leyes privadas o negocios jurídicos deben adecuarse a ellas de modo ineludible, bajo sanción de ineficacia. Las leyes públicas de derecho privado, en cambio, son supletorias de las declaraciones negociales de los particulares, y pueden ser renunciables por éstos.

Pero, como es bien sabido, escolásticamente se formula la siguiente crítica: que hay leyes de derecho privado de carácter irrenunciable y a las cuales no es posible considerar supletorias. Se menciona así a todas las disposiciones de, p. ej., un código civil que ordenan o prohíben, sin dar al particular la posibilidad de sustraerse a tales mandatos o prohibiciones.

En esta crítica juega un equívoco. Propiamente hablando, las leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada, con carácter necesario, no son leyes de derecho privado sino precisamente de derecho público. Sólo que aquí derecho público está tomado en el segundo sentido, es decir, en el de intervenciones públicas en la esfera privada, y no en el primer sentido, esto es, en el de derecho regulador de la esfera naturalmente pública.

En realidad, el problema de la renunciabilidad y supletoriedad de las leyes sólo tiene sentido a este respecto: tratándose de leyes cuyo tema está constituido por la esfera privada. ¿Qué sentido, en efecto, tiene hablar de renunciabilidad o supletoriedad, tratándose

de leyes constitucionales, de impuestos, penales o que organizan los servicios públicos, respecto del particular? En casos muy excepcionales las categorías de la renuncia y supletoriedad pueden darse aún a propósito de esta clase de leyes, pero nunca en relación con un particular, sino respecto de los propios agentes públicos que actúan como tales y no en su calidad de particulares. De esta manera, la renuncia y la supletoriedad, como criterios de distinción entre derecho público y derecho privado siguen vigentes de modo plenisimo, pero sólo tienen lugar entre el derecho privado y el derecho que es público en cuanto se contiene en leyes imponentes de un estatuto al particular, que éste, a lo sumo, sólo puede aceptar o rechazar en bloque, sin poder modificarlo.

Nuestro punto de partida fue diferenciar lo público de lo estatal, en el sentido de que esto último constituye tan sólo una parte de lo primero. Si hacemos penetrar lo jurídico en el ámbito público, nos habremos de encontrar con que se forma entonces un derecho público constituido de doble manera: uno es el derecho público inmediatamente atañente a lo estatal, y otro el derecho público que, sin concernir a lo estatal, consiste en la presentación de estatutos a la esfera particular, publicísticamente concebidos, porque la sociedad, a través de sus órganos, llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares la regulación de determinados aspectos de su esfera natural de competencias, debido a las implicancias extra privadas que conllevan. Este segundo sentido del derecho público es el que ahora nos interesa destacar.

II. *La publicización del derecho privado*

1. El fenómeno de transformación jurídica al que asistimos y del que hablamos al principio, ha consistido precisamente en cada vez más sobrecargar la esfera privada con regulaciones provenientes del *populus*, de carácter irrenunciable y no-supletorio. Esto implica la imposición de un derecho público a la esfera privada, la cual cada vez más tiene menos posibilidades de dictarse su propio estatuto. Como quiera que hay ciertas leyes que llamamos de derecho privado, que ofrecen al particular un estatuto, pero que no se lo imponen, la aparición de aquel otro derecho ha venido a implicar una modificación sustancial en el plano objetivo de las normas. No sólo la esfera particu-

lar se ha visto más intensamente regulada, sino que el derecho que, como supletorio antes se le ofrecía, se ha visto modificado por un derecho público irrenunciable. A esto queríamos aludir cuando al comienzo decíamos que lo característico del derecho nuevo que nos rige está marcado por el signo de lo público.

Esta publicización de la esfera privada proviene preferentemente del ámbito del derecho administrativo. En ese derecho si bien hay aspectos fundamentales cuya consideración de derecho público es similar a la consideración de derecho público del derecho constitucional, porque se refieren esos aspectos a la organización del ámbito propio de la cosa pública, existen otros, y cada vez más crecientes, que son de derecho público en el sentido de imponer regulaciones de carácter irrenunciable y no supletorio a la esfera privada. Gráficamente podríamos decir que el derecho privado se administrativiza.

2. Lo peligroso de este fenómeno, aparte del juicio que en sí nos merezca, es la tendencia a resolver las situaciones conflictivas por el trámite administrativo y no por el trámite judicial.

Mientras el derecho administrativo se mantuvo como derecho público en el sentido de regular el ámbito de la cosa pública, es decir, su ámbito natural y específico, no se sintió la necesidad de la intervención jurisdiccional, que es la forma propia de intervención pública en el caso de conflictos producidos en el ámbito de la esfera privada. Pero, extendido el derecho administrativo a esa esfera privada, la consecuencia natural hubo de ser la judicialización de ese derecho. Paradojalmente, pues, este último, que es público, se vio sometido a una técnica del derecho privado, por lo que a este problema se refiere. Y parece que ésta es la única salvaguardia que la decaída esfera privada tiene frente al fenómeno de administrativización de su derecho propio, el derecho privado.

Bien sabemos que en Chile no hemos conseguido, sino muy parcialmente, la judicialización del derecho administrativo. Asistimos así al espectáculo de ver que la esfera privada es tratada como se trata a la esfera pública, es decir, administrativamente.

III. *La desconcentración del poder y su re-concentración*

Si las modernas evoluciones plantean desafíos tanto al derecho privado cuanto al derecho público considerado como interventor de la es-

fera privada, también el derecho público considerado como aquel natural regulador de la cosa pública y de la actividad de sus representantes, es decir, una parte del derecho administrativo y el derecho constitucional, encuentra no pocas nuevas realidades.

Quisiéramos detenernos brevemente en una de ellas, que es el fenómeno de la concentración del poder.

1. Bien sabemos que, históricamente, el poder público concentrado fue la forma de poder que la humanidad ha vivido la mayor parte de su existencia y que, sin perjuicio de precedentes, más bien de tipo teórico que práctico, la división del poder es una idea moderna. En referencia con la forma de organización política que llamamos estado, solemos hablar así de estado absoluto y de estado liberal, tomando como referencias para el paso de uno a otro la revolución estadounidense y la revolución francesa. Esto significa que el régimen de división del poder lleva apenas doscientos años en la historia.

No es necesario dilatarse acerca de los indicios de crisis de este sistema. Resulta, así, posible remitirse a todo cuanto antes se dijo relativo a la administrativización del derecho privado para comprobar esta observación. Ese fenómeno de administrativización es uno de los más claros indicios de la caída del principio de división del poder. La administración, cuya actividad se extiende día a día, es una expresión del llamado poder ejecutivo, y sus instrumentos, el reglamento, el decreto y la resolución, para no hablar de la legislación delegada, día a día impone nuevos estatutos obligatorios a la esfera privada. Nosotros hemos vivido por años este proceso, aún habiéndose mantenido formalmente el régimen de división del poder en ejecutivo y legislativo. Sin embargo, no hemos sentido la necesidad de protestar políticamente, porque hemos vivido el mito de que el estado liberal era la mejor salvaguardia de nuestros derechos. Aceptando el mito, hemos al mismo tiempo aceptado que lo público nos invadiera en nuestra propia esfera. Como se comprenderá, no es el momento de entrar a juzgar si ha estado bien o no que tal fenómeno se diera. Lo importante es recalcar el hecho. La división del poder no ha sido una salvaguardia para la indemnidad de la esfera privada. El régimen liberal ha sido víctima de sus propias premisas.

2. Nosotros tenemos por mejor salvaguardia de la legítima esfera privada el temor reverencial que inspira al poder el saber. La distinción entre autoridad y potestad se erige, así, como un eminente jurista

contemporáneo se ha encargado de ponerlo de manifiesto, en la más clara limitación al poder, que, naturalmente, debemos considerar unitario y no escindido*.

A propósito de esto quisiéramos declarar tan sólo dos aspectos, uno relativo a la autoridad y el otro a la potestad.

a) Por lo que se refiere a la primera, no es necesario que la autoridad conduzca a la tecnocracia. La tecnocracia, es decir, el gobierno de los poseedores de un saber operable, puede ser buena o mala, si bien es digna de reservas, pues resulta preferible la prudencia del gobernante a su saber, ella, en todo caso, nada tiene que ver con un régimen de autoridad. La tecnocracia supone la inserción del saber en el poder; la autoridad, en cambio, supone la separación del saber respecto del poder, precisamente para poder controlarlo.

En segundo lugar, hablar de autoridad no supone necesariamente un saber técnico específico, sino un saber vital derivado, naturalmente, de la ciencia, pero fraguado en la experiencia. La autoridad se da en todo orden, pero, como aquí hablamos de ella frente al poder soberano, su instauración supone incluso una vasta reforma social que propiamente conduzca a la constitución de verdaderos estamentos a cuyos más connotados miembros, la sociedad esté dispuesta a reconocerles una autoridad, fundada en la ciencia pero fraguada en la experiencia.

b) Por lo que respecta al poder, no debe entenderse que en el régimen de unidad de poder esté incluido el llamado poder judicial.

Antes hablábamos de que en la historia ha habido precedentes de división del poder, más bien teóricos que reales; pero ello ni siquiera se aplica a la jurisdicción. Es cierto que hubo épocas en que se consideró a la jurisdicción como privativa del príncipe; pero ha habido otras en donde la ley y la orden ejecutiva estuvieron radicadas en un mismo sujeto, no obstante que la jurisdicción se consideró independiente, al menos de hecho, de ese sujeto.

Propiamente hablando, la judicatura no es un poder del estado, ni la jurisdicción una función esencial suya. Lo propio del estado es la ejecución, es decir, la prestación de la fuerza para la realización de las decisiones judiciales; pero el decidir judicialmente es también una función de autoridad, de saber y no de poder.

*Nos referimos al egregio maestro Alvaro D'Ors, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.

Conclusión

Vivimos una época de transformaciones sustanciales en el derecho, y enormes problemas se nos presentan, de cuya adecuada solución dependerá la configuración de formas de vida más verdadera. Suele acusarse a los juristas de siempre ir a la zaga de los acontecimientos, y quizá esto sea cierto. Pero el hecho tiene una explicación que consideramos definitiva. El derecho es una forma de especulación espiritual que, sin embargo, está llamada a ser aplicada a determinadas realidades. El retraso de los juristas con respecto a las realidades se debe a la necesidad de que sus especulaciones pueden llegar a tener efectiva acogida social. No nos dejemos, pues, impresionar por sociólogos y estadísticos que desearían ver forzadas las cosas, imponiendo los hechos por sobre el derecho. La misión del derecho no es precisamente la de adaptarse a los hechos sino al revés, adaptar éstos a sus regulaciones: de lo contrario, el derecho habrá perdido su razón de ser. Una época de crisis lo que menos exige es apresuramiento e improvisación y demanda, por el contrario, examen, parsimonia y reflexión.

ALEJANDRO GUZMÁN B*.

*Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso.