

## EL DERECHO PÚBLICO A FINES DE SIGLO. ALGUNAS PREGUNTAS ABIERTAS

EDUARDO ALDUNATE LIZANA  
Universidad Católica de Valparaíso

1. El tema de la convocatoria podrá no decir mucho, pero es provocativo y sugerente. Es precisamente este vacío temático, la referencia circunstancial a lo temporal, y al icono que es un cambio de siglo -¡y vaya qué cambio, cuando es a la vez el paso a otro milenio!- el que mueve a una reflexión que escapa al rigor que usualmente exige nuestra disciplina, y que en su fuga contagia cierta libertad de estilo, validando licencias que, en otro contexto, pudieran quedar fuera de tiesto. Algunas de ellas se recogen a continuación, a modo de ensayo.

2. El Derecho Público a fines de siglo, nuestro Derecho Público en el momento actual, presenta algunas facetas que, evidentes, se sitúan en la atención de la actividad científica, y generan adhesión o rechazo. Estas son quizás las más saludables manifestaciones de lo que, según el caso, se puedan estimar problemas que afectan a nuestra disciplina, dentro de los cuales destaca el fenómeno de la *disolución del concepto de propiedad*, al que por su entidad se ha dedicado una ponencia aparte en estas mismas Jornadas.

3. Sin embargo, en otros casos aparecen consensos incuestionados que inmunitizan frente a la polémica a las materias sobre las que recaen. El énfasis en la vinculación del aspecto protectivo de los derechos constitucionales a la idea de seguridad encuentra aquí su sede. Cerrando el espectro se encuentran aquellos temas en los que -cual en huérfanos olvidados que se ocultan a la mirada en calles laterales no transitadas en la rutina diaria- simplemente no reparamos, a pesar de -y como aquellos- formar parte de lo nuestro cotidiano. Poco espectaculares resultan las referencias a la amenaza a la idea del Estado de Derecho por la inflación del valor de la seguridad en el campo de los derechos constitucionales, a la falta de vigencia del principio republicano como principio político-jurídico, a la función de la Ciencia del Derecho Público en el sistema del Estado Democrático de Derecho, en especial en relación al abandono de la responsabilidad propia de los tribunales en la argumentación jurídica. Y, sin embargo, estos son algunos aspectos que perfilan la situación de nuestro Derecho Público chileno a fines de siglo.

a) *La seguridad como valor, o 'el infierno está lleno de buenas intenciones'*

4. Ya en el Encuentro sobre Enseñanza del Derecho Público realizado en la Universidad de Valparaíso en julio de 1993 se saludó por uno de los asistentes, y con entu-

siasmo, como uno de los grandes avances en el ámbito de los derechos de la persona, el surgimiento de la noción de un "derecho a la seguridad". Creo que difícilmente hubiera podido sintetizarse mejor la evolución, el curso que por muchos caudales distintos ha tomado la teoría y la práctica de los derechos constitucionales en Chile. Especialmente esta última, determinada por el abuso del recurso de protección, que ha tomado la jurisdicción proteccional de los derechos constitucionales mayoritariamente en una jurisdicción ya no cautelar, en el más técnico sentido del derecho procesal, sino como anticipación de una decisión jurisdiccional, que en muchos casos será la definitiva. La intención puede ser loable: nada más legítimo, si se entienden los derechos constitucionales como bienes jurídicos a ser protegidos, el tratar de evitar, anticipar las lesiones a los mismos y prevenirlas -mucho mejor, podría con razón pensarse, que esperar que ellas se produzcan para intentar, posteriormente, remediarlas, en especial tomando en cuenta que, una vez producido el daño, todo remedio será, en alguna medida, necesariamente insatisfactorio. No en vano la recomendación del correspondiente adagio. De tal manera, los tribunales han asumido esta tarea con energía. Lo que se ha pasado por alto en este impulso protectorio en aras de velar por la seguridad como noción madre de los derechos de la persona, es que ella supera y echa por la borda el concepto de los derechos constitucionales como protección frente a la actividad estatal. Por una parte, porque dejan de considerarse condicionantes para el actuar estatal legítimo, sino que se empiezan a enfrentar como excluyentes de la actuación estatal en general. Sintomática aquí es la afirmación del Tribunal Constitucional, en defensa del derecho de propiedad, en el sentido que no cabe considerar el interés general en los casos en que se está frente a un interés particular (Fallo en rol nº 207, considerandos 50 y 60), siendo que en la concepción tradicional aquella noción del interés general surge precisamente para explicar restricciones a dicho derecho. Bajo esta perspectiva, los derechos de la persona no cumplen la función de formar o informar la actividad estatal, sino que se transforman en su negación. Por otro lado, los derechos constitucionales se empiezan a aplicar en una dimensión horizontal, respecto de otras personas. Y aquí toda prevención a la lesión de un derecho no puede realizarse sino a través de una restricción o limitación de la libertad de otras personas. Ello podrá estar claramente situado en sede jurisdiccional, pero no deja por ello de ser la perversión del principio sobre el cual se articula el Estado de Derecho, el principio de una libertad primaria que se protege y, como contrapartida, la responsabilidad en el caso de abuso o mal uso. Es de tal manera que en esta versión de la prevención, se restringen libertades para evitar que con su mal uso se dañen los derechos de otras personas. Esto no es otra cosa sino el retorno al estado policiaco, pero en su variante judicial.

*b) El abandono del principio republicano como principio jurídico político*

5. Más allá de la afirmación de que la definición de nuestro sistema constitucional como una república en el art. 4 implica, por negación, el hecho de no ser una monarquía, la vigencia del principio republicano no ha tenido mayor recepción y desarrollo en nuestra doctrina ni en nuestra práctica constitucional. Cuando mucho, se ha extendido su estudio a su vinculación al sentido de república tal como lo entendieran los Padres Fundadores en EE.UU., quienes fieles a la tradición clásica vieron en la idea de República una particular forma de entender el gobierno del pueblo, como opuesto a una democracia que fácilmente pudiera derivar en demagogia. En este sentido, la *república* efectivamente es cosa de todos, pero el gobierno mismo, las decisiones, quedan entregadas a aquel grupo que dentro de la nación se ocupa de

ello, a una minoría respecto de la cual se presume o a la cual se reconoce una cierta virtud cívica. Típica de esta idea es la forma de elecciones indirectas, que en EE.UU. se consagrara originalmente para la generación del Presidente de la Unión y del Senado. No ha sido este el principal sentido en el cual ha sido recibido en nuestro constitucionalismo el principio republicano, y ello es comprensible. Cuando surge se opone con fuerza al antecedente histórico de la Monarquía Española, y al ideario de quienes pretendían imponer en las naciones recién emancipadas un gobierno de carácter monárquico. De aquí que el satisfacerse con esta idea de República como negación de la Monarquía estuviera a la mano, y permanezcamos en ella en gran medida hasta el día de hoy. Difícilmente un texto de estudio le dedicará a esta parte del art. 4 CPR más de una página -¡y con mucho!-.

Sin embargo, el principio presenta una riqueza mucho mayor, y sus pilares aparecen hoy -quizás por no ser cuestionados- como amenazados en distintas vertientes de la práctica constitucional.

6. Lo que hace a una República ser la negación del sistema monárquico es el principio subyacente que diferencia a ambos sistemas: una Monarquía no puede subsistir sin un sistema de privilegios y exenciones al principio de responsabilidad (sobre el cual se funda el Estado de Derecho), aun cuando en el caso de las monarquías constitucionales ellas encuentren su consagración en el orden fundamental, o sean puramente formales. En algunos casos, sin embargo, no lo son tanto, y las rentas y bienes asociados a la Corona Real Británica se encargan de recordárselos a los súbditos del Reino Unido todos los años. Y esta referencia a los súbditos es la consecuencia de dicha diferencia: estriba en que existe una diferencia substancial entre gobernante(s) y gobernado(s).

Como principio jurídico político, el principio republicano apunta precisamente a definir y prescribir un orden político en que no existan esas diferencias, ni exenciones al principio de responsabilidad, ni ningún privilegio asociado a la persona en virtud de un cargo, y más allá de éste. Así, por ejemplo, y como caso del primero, el Presidente (y mucho más su cónyuge) es un ciudadano más: repugna a la conciencia republicana el que se le dé un tratamiento diferenciado respecto de otros ciudadanos, en actividades propiamente ciudadanas. Por ello que el comentario del noticiario central del Canal de Televisión de la Universidad Católica de Chile el día 27 de octubre de 1996, en el sentido que la Primera Dama habría tenido que vivir una "insólita situación" al tener que hacer la fila para votar *como cualquier otra ciudadana* no es sino un síntoma de la pérdida de esta conciencia republicana....¡ya que precisamente en ese momento ella no era nada diferente a cualquier otra ciudadana! Del mismo modo, y en el mismo acto eleccionario, se ha configurado una conducta constitutiva de delito (para los vocales de mesa) y que adicionalmente calza claramente con una causal de acusación constitucional, al haber votado el Ministro del Interior identificándose con su licencia de conducir. Hasta el momento no se conoce que se hayan hecho efectivas responsabilidades por este hecho, que de haber sido protagonizado por cualquier otro ciudadano seguramente no hubiera quedado impune. Este tipo de situaciones de hecho, en que se afirman exenciones al principio de responsabilidad por ser un ciudadano al mismo tiempo titular de un cargo público -o análogo, cual es el caso de la figura de la Primera Dama- transgreden el principio republicano de nuestro art. 4 CPR.

7. Pero aún hay más. La vigencia del principio republicano no se agota en esta vertiente del ordenamiento jurídico. En cuanto base de la institucionalidad debe ser aplicado como principio en la interpretación de los demás preceptos de la Constitu-

ción, según la jurisprudencia emanada de nuestro propio Tribunal Constitucional. Si esto se aplica, debe evitarse que se configuren cualesquiera situaciones que impliquen de hecho privilegios jurídicos para algunos ciudadanos respecto de otros. La aplicación efectiva de este principio tendría notables consecuencias en la interpretación de preceptos constitucionales. Por poner un ejemplo, al momento de interpretar la constitucionalidad de la prohibición de exhibir producciones cinematográficas, en cuanto para decidir una medida así necesariamente se tiene que ubicar a algunos ciudadanos en una situación de superioridad moral respecto de otros; aquellos que califican y eventualmente prohíben una producción cinematográfica son, respecto de la cinta cuya exhibición se prohíbe, ciudadanos privilegiados, doblemente en cuanto van a tener la posibilidad jurídica de ver algo que, estando destinado a la publicidad, otros ciudadanos no podrán ver, y en cuanto van a ser ellos mismos los que decidirán la posibilidad de que otros ciudadanos accedan a algo que ellos ya han conocido. Esta situación repugna a una correcta extensión del principio republicano como igualdad de los ciudadanos, en cuanto seres libres y moralmente iguales y autónomos. Dicho sea de paso: esta situación también atenta contra el principio de igualdad en la dignidad consagrada en el CPR.

8. Igualmente cabe dentro de la idea republicana la justa apreciación del principio de responsabilidad de los jueces. Si bien es cierto ella debe ser articulada de tal manera que asegure la independencia judicial, esto no es un argumento para señalar que a ningún evento pueda revisarse las resoluciones judiciales por la vía del art. 48 N° 2 letra c). Piénsese por un momento en los límites extremos de la antijuridicidad, en que a un sujeto se le condena por homicidio de quien está probadamente vivo. No basta aquí con señalar que esta es una situación que nunca podrá llegar a darse, sino de imaginar qué correspondería en un Estado de Derecho si es que ella llegara a darse. Y obviamente esto no podría ser otra cosa sino la calificación de lo fallado por los jueces como notable abandono de sus deberes, y el hacer efectiva la consecuente responsabilidad. Si no acepta esto, necesariamente hay que concluir en una exención al principio de responsabilidad atentatorio al principio republicano.

### *c) Función de la actividad científica*

9. Una de las principales cuestiones que debería preocupar a los cultores de nuestro Derecho Público a fines de siglo es la cuestión de la autorreflexión, o más precisamente, de la reflexión sobre la propia actividad que realizamos. No en vano los argumentos presentados por la doctrina son el capital argumentativo al cual recurren tanto las pretensiones ante el Tribunal Constitucional, como las decisiones del mismo, así como las partes en la práctica constitucional (por ejemplo, en las respectivas comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado). En este ámbito se actúa siempre en el peligro de someter a la ciencia jurídica, específicamente a la ciencia del Derecho Constitucional, a las exigencias de las distintas posiciones políticas, a fin de encontrar para ellas alguna argumentación que parezca amparándolas. La vulgarización del Derecho Constitucional se alimenta en primera línea de este fenómeno. ¡Es así como puede llegar a calificarse al acto del Senado que niega su consentimiento a la proposición del Presidente de la República para nombrar a una persona como miembro del Consejo del Banco Central como 'un acto administrativo' con efectos preclusivos equivalentes a los de la cosa juzgada!

10. Pero adicionalmente le corresponde a la doctrina un rol fundamental en el control de un sistema que se basa (o pretende basarse) en el principio de racionalidad, respecto de una práctica que en muchos casos no admite otro control institucio-

nal (como por ejemplo, en el caso de las decisiones Tribunal Constitucional). Casos de aberraciones los encontramos distribuidos en distintos ámbitos: en el no cuestionamiento, desde el punto de vista de la Teoría Constitucional, del principio de inexcusabilidad a nivel de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; a un nivel meramente jurídico, la falta de crítica a la adición de abogados integrantes en la misma Ley Orgánica; y en especial, en las transgresiones al deber de fallar conforme a derecho cuando el Tribunal Constitucional no ha incluido la fundamentación argumentada de sus decisiones, o una argumentación pro-forma claramente desnudable como tal<sup>1</sup>. El ejemplo más claro lo aporta aquí el fallo del Tribunal Constitucional librado con ocasión del proyecto de Ley de Bases del Medio Ambiente, rol n° 185, en cuyo considerando 12 b), y sin mediar otro antecedente, califica las restricciones a que alude el art. 19 n° 8 inciso II de la Constitución como previstas para los estados de excepción constitucional de los artículos 39 a 41 de la Carta (¡Sería interesante conocer la opinión del Tribunal respecto de los casos en que una restricción a derechos específicos a fin de proteger el medio ambiente podría tener cabida razonable dentro de algunas de las situaciones de excepción constitucional a que alude el art. 40!). Si no expresa las razones de una inconstitucionalidad, o si se limita a atribuir a un precepto una interpretación, no hablemos de errónea, sino que claramente absurda, no puede sostenerse seriamente que se cumpla mínimamente con el fallo conforme a derecho que exige el art. 81 en su inciso penúltimo.

#### *Observación final*

Las reflexiones precedentes quizás no tocan, ni lejanamente, los problemas fundamentales a que pueda verse enfrentado el Derecho Público a fines de siglo. Una amplia gama de temas en el campo del Derecho Internacional, del Derecho Administrativo, y de otras ramas que pueden reclamar legítimamente su lugar dentro de este concepto matriz, impiden que la perspectiva asumida en estas líneas, con un marcado enfoque a lo constitucional, pueda pretender alguna validez de carácter general. Pero me parece que al menos en este ámbito, del Derecho Constitucional, pueden servir para plantear algunos temas relevantes y que, a mi juicio, se ubican en una situación de tal consenso o conformismo, que tienden a petrificarse. Puede ser que su apreciación como problemas actuales o potenciales sea algo exagerada: pero si su inclusión en estas Jornadas puede incorporarlas a la agenda de debate de nuestro Derecho Público a fines de siglo como preguntas abiertas, pienso que el Derecho Público del siglo que comienza será algo más de controversia fructífera que de consenso estéril.

---

<sup>1</sup> En este sentido mi crítica al fallo librado en rol n° 207 en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVI, 1995, págs. 27 y ss.