
**¿QUE ES EL INTERES PUBLICO?
A PROPOSITO DE LOS "CONCEPTOS
JURIDICOS INDETERMINADOS"**

Por: CESAR AUGUSTO RODRÍGUEZ G. *

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*

¿QUE ES EL INTERES PUBLICO? "A PROPOSITO DE LOS "CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS"

Por: César Augusto Rodríguez G.

1. Introducción

La existencia y el uso de términos de contenido incierto - como los de "buena fe", "perjuicio irremediable" e "interés público"-, son hechos familiares para cualquier abogado o estudiante de derecho. Un juez o un litigante se verá ineludiblemente comprometido con la definición, por ejemplo, de la "fuerza mayor" como medio exonerador de responsabilidad. Un magistrado de nuestra Corte Constitucional se ha tenido que enfrentar en muchas ocasiones con la aplicación de cláusulas constitucionales como las de protección especial a personas que se encuentren en "circunstancias de debilidad manifiesta" (art. 13 de la constitución) o como lo que establece el debido proceso (art. 29). Ahora bien, ¿puede el juez, el abogado o el aprendiz del derecho darle cualquier contenido a esas expresiones? De hecho, los conceptos indeterminados han sido un comodín útil para sostener posiciones totalmente distintas frente a un mismo problema y en un mismo momento. Tal vez la muestra más clara de esto sea la aplicación del concepto de "Interés público": en su nombre se ha justificado desde la actividad interventora del Estado en la economía hasta el poder de éste para

castigar a los delincuentes, pasando por la fuerte restricción de los derechos fundamentales en los estados de excepción. ¿son, entonces, los conceptos indeterminados una carta blanca para la justificación de cualquier acción o cualquier solución jurídica?, o, por el contrario, ¿tiene un sentido único e inmodificable?. Este escrito parte de la crítica a estas dos soluciones tajantes. En mi opinión, los conceptos jurídicos indeterminados permiten la movilidad de las soluciones del derecho a los conflictos sociales, ofreciendo a la vez una base de certeza y un espacio para la introducción de valorizaciones cambiantes.

La respuesta a los anteriores interrogantes no puede provenir del mismo derecho, o mejor, de la ciencia del derecho. Lo que quiero decir es que ellas son preguntas sobre el derecho, y por tanto no se puede resolver a través del estudio sistemático de las normas y las instituciones jurídicas (que es el objeto de la ciencia del derecho). Por eso, el enfoque de este ensayo se enmarca dentro de la filosofía del derecho, toda vez que, como lo afirma el profesor Eusebio Fernández, "La filosofía del derecho responde, y aquí se encuentra su justificación, a la existencia de pregun-

tas acerca del Derecho que la ciencia jurídica no puede contestar".(1) Creo que la mirada a los problemas del derecho -como el de los conceptos indeterminados- desde la perspectiva de la filosofía del derecho, ayudaría de manera muy importante a su esclarecimiento. Muchas de las grandes confusiones sobre términos capitales como el de "interés público" previene de la pretensión de los juristas de darles contenido exclusivamente a través de una integración de los textos legales positivos. Si bien esta base es indispensable para aportar soluciones viables en un Estado de derecho, ella no agota las exigencias del problema. es necesario apoyarse en la reflexión sobre el derecho, esto es, en la filosofía del derecho, para hallar respuestas satisfactorias. Así lo sostiene Kant en sus *Principios metafísicos de la teoría del Derecho* :

"Una teoría del Derecho del derecho meramente empírica es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser hermosa, pero no tiene seso"(2)

Desde esta perspectiva, este ensayo se ocupará de la existencia y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, así como de su utilidad y su papel en el derecho. En este punto el análisis

se internará en problemas típicos del derecho público, centrándose fundamentalmente en las cláusulas abiertas contenidos en los textos constitucionales, por dos razones: primero, porque es la constitución el cuerpo de normas que, por su naturaleza general, acude más al uso de conceptos indeterminados; y segundo, porque es en las decisiones de casos constitucionales donde más se evidencia la conexión de los problemas jurídicos y los problemas de filosofía del derecho. Esa conexión, sin embargo, no ha sido satisfactoriamente establecida hasta el momento; como lo sostiene Ronald Dworkin, "se requiere una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, todavía está por establecerse."(3) Hecho este análisis general, me detendré en el de un concepto indeterminado en particular: el de "interés público". Creo que este concepto, fundamental para el derecho público(4), ha sido utilizado arbitrariamente, y que un esfuerzo por dilucidar su significado ayudaría a develar los usos inapropiados y a justificar los argumentos que se apoyan válidamente en él. Resulta especialmente extraño que el término que legitima en los Estados de derecho contemporáneos la limitación estatal de la libertad de los particulares, haya

(1) Eusebio Fernández. "Estudios de ética jurídica". Editorial Debate. Madrid, 1990. p. 17

(2) Citado por Eusebio Fernández, op. cit. p. 16

(3) Ronald Dworkin. "Los derechos en serio", trad. de Marta Guastavino. Ed. Ariel. Barcelona, 1984, p. 233.

(4) Héctor Escola, tratadista argentino, incluso ha postulado el interés público con fundamento del Derecho Administrativo. CE. su libro "El interés público como fundamento del Derecho Administrativo". Ed. Depalma. Buenos Aires, 1989.

preocupado tan poco a los teóricos del derecho, por lo menos en Iberoamérica.

2. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados

El debate acerca de los conceptos jurídicos indeterminados no es nuevo. En España, según lo afirma el profesor Eduardo García de Enterría(5), ya en 1959 el Tribunal Supremo estableció la diferencia entre las facultades discrecionales de la administración y la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, argumentando que mientras que en ejercicio de aquéllas el funcionario era libre de escoger cualquier opción, en el caso de los conceptos indeterminados había sólo una aplicación correcta en cada hipótesis concreta. Así, tales conceptos tenían un contenido determinable, y no podían ser interpretados arbitrariamente por la administración.

Pero los orígenes del problema en el derecho moderno se encuentran mucho más atrás en el tiempo. De hecho, el tema de los conceptos indeterminados ha ocupado el lugar central de la controversia sobre la *judicial review* (Control judicial de constitucionalidad) norteamericana desde el momento de que esta institución fue introducida por la sentencia *Marbury*

vs. Madison en 1803. A través de la interpretación de los jurídicos indeterminados la Corte Suprema de Estados Unidos ha llevado a cabo toda una labor de ajuste de la aplicación del texto constitucional a las situaciones sociales cambiantes, hasta el punto de ser acusada (al menos en la fase del Tribunal Warren a mediados de este siglo) de haberla reescrito (*rewritten*). El mismo texto constitucional la decimocuarta enmienda, que establece la garantía de "Igual protección de las leyes" para todos los ciudadanos, bajo el cual se había mantenido el sistema de separación racial, fue la base de la interpretación del Tribunal Warren que en 1954, en el caso *Brown vs. Board of Education*, ordenó la gradual terminación de las prácticas segregacionistas en los colegios norteamericanos. Cambios tan radicales en la interpretación de las normas constitucionales dieron sustento a opiniones como las del expresidente Nixon en el sentido de que la Corte estaba "retorciendo y doblando" la Constitución para adecuarla a las convicciones personales de los jueces de turno. (6) Se ha calificado entonces a los conceptos vagos de la Constitución (*open-ended clauses*) como "cláusulas delficas, término que se adopta sobre la expresión "oráculo de delfos", como fórmulas vagas, oscuras y misteriosas, pero preñadas de significaciones posibles."(7) Me detendré

(5) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. "Curso de derecho administrativo". Ed. Civitas. Madrid, 1992. Tomo I, p. 457.

(6) Ronald Dworkin, *op. cit.* p. 209

(7) Eduardo García de Enterría. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Ed. Civitas. Madrid, 1991. p. 221

ahora en la discusión que se ha dado en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, para mostrar las dos posiciones principales sobre la interpretación de las cláusulas abiertas de la Constitución.

Un primer grupo de teóricos del derecho sostiene que ante un concepto jurídico indeterminado -como las cláusulas del debido proceso o la de igual protección de la ley-, la actitud del intérprete que los quiere que los quiere aplicar a un caso concreto debe ser la de escudriñar el significado de los redactores de la norma le quisieron dar a la misma. Así, si queremos determinar cuándo una conducta de una autoridad pública viola el debido proceso, debemos determinar -para no retorcer el texto de la norma- lo que los autores de la Constitución tuvieron en mente cuando introdujeron la garantía del debido proceso. Si el caso actual encaja dentro de aquellos que habrían previsto los redactores de la Constitución, y niega la posibilidad de adaptar su aplicación a los supuestos de las nuevas circunstancias sociales. Cuando se trata de conflictos sobre derechos constitucionales, además, esta teoría de una visión estrecha de éstos "porque los limita a aquellos derechos reconocidos por un grupo limitado de personas en una época fija de la historia."(8)

Un segundo grupo de filósofos del

derecho, abanderados por Ronald Dworkin, profesor en Oxford, hace, a mi manera de ver, un análisis más adecuado de la naturaleza de los conceptos "vagos" de la constitución. En su obra *los derechos en serio*, Dworkin parte de una distinción que, según él, han hecho los filósofos, pero los juristas no han apreciado todavía:(9)

"Supongamos -dice Owrkin-que, simplemente,digo a mis hijos que espero"que no traten injustamente a otros seres humanos. Es indudable que tengo presentes ejemplos de la conducta que me propongo desaprobado, pero no aceptaría que "lo que quiero decir", mi "significado", se limitara a esos ejemplos, por dos razones. La primera, que esperarí que mis hijos aplicaran mis instrucciones a situaciones en las que yo no había pensado ni podía haber pensado. La segunda, que estoy dispuesto a admitir que algún acto particular, que cuando hablé me había parecido justo, era en realidad injusto, o viceversa, si posteriormente uno de mis hijos es capaz de convencerme de ello; en ese caso, querría decir que mis instrucciones abarcaban el caso que él citara, no que yo había cambiado mis instrucciones. Podría decir que mi intención era que la familia se guiara por el *concepto* de equidad... que yo pudiera haber tenido en la cabeza".

(8) Ronald Dworkin. *op. cit.* p. 213

(9) Ronald Dworkin. *op. cit.* p. 209-233

La distinción entre concepto y concepciones nos brinda la clave sobre las cláusulas abiertas de la Constitución. Así, por ejemplo, cuando los redactores de la norma superior establecieron la garantía del debido proceso, aunque sí tenían en mente un núcleo de casos -es decir, un concepto- en los que indiscutiblemente se daría la violación de la garantía, dejaron abierta la posibilidad de que intérpretes posteriores de la Constitución introdujeran nuevos casos y nuevas soluciones a ellos. Los conceptos jurídicos indeterminados son apelaciones a conceptos, no a concepciones perfectamente delimitadas.

“Una vez hecha esta distinción - afirma Dworkin-, parece obvio que debemos suponer que las que he venido llamando cláusulas constitucionales “Vagas” representan apelaciones a los conceptos que emplean, tales como la legalidad, igualdad y crueldad. Es posible, por ejemplo, que la suprema corte decida pronto si la pena de muerte es “cruel” de acuerdo con el significado de la cláusula constitucional que prohíbe el “castigo cruel”. Sería un error que la Corte se dejara influir mucho por el hecho de que, cuando se adoptó la cláusula, la pena capital era un procedimiento estándar e incuestionado.”(10)

nal encargado de la guarda de la Constitución -en Colombia, la Corte constitucional le da contenido a los conceptos abiertos, no está legislado - como lo sostienen tantos críticos de nuestra Corte-, sino que está aplicando el texto de la Constitución. La Corte Constitucional parte de los conceptos consagrados en la Constitución -como el de “perjuicio irremediable” de artículo 86 sobre la acción de tutela- y con base en ellos elabora la concepción particular que aplica en el caso concreto (Así lo ha hecho en su jurisprudencia sobre los supuestos de prudencia de la acción de tutela). (11) Sólo de esta manera puede hacerse cumplir la Constitución; Dworkin lo expresa de la siguiente manera:

“La Corte solo puede hacer cumplir lo que dice la Constitución tomando sus propias decisiones sobre lo cual es cruel, así como en mi ejemplo, mis hijos pueden hacer lo que yo digo sólo si toman sus propias decisiones respecto a lo que es equitativo. Si quienes promulgaron las cláusulas amplias hubieran tenido la intención de formular concepciones particulares, habrían encontrado el tipo de lenguaje que convencionalmente se usa para hacerlo; es decir, habrían presentado teorías particulares de los conceptos en cuestión.”(12)

De acuerdo con esto, cuando el tribu-

Pero esto no significa que la Corte

(10) Ronald Dworkin. *op. cit.* p. 215

(11) Véase, por ejemplo, para el caso de la definición del concepto de “perjuicio irremediable”, la sentencia T-468 de 1992

(12) Ronald Dworkin. *op. cit.* p. 216

pueda tomar cualquier determinación, pues, si bien se puede mover entre varias concepciones, está atada al concepto establecido en la Constitución, de tal manera que hay concepciones y decisiones mejores que otras, pero se ajustan más al núcleo del concepto. Por esto creo que no es acertada la afirmación del Dr. Manuel José Cepeda en el sentido de que en los casos constitucionales “la labor del juez no es aplicar la norma, sino darle contenido”. (13) El juez, como lo sostiene Dworkin, al darle contenido a la norma la está aplicando, lo que significa, por otra parte, que el contenido no puede ser cualquiera, sino que debe ser una aplicación del texto constitucional. Al fin y al cabo, como lo expresa García de Enterría, “(...) la posición del Tribunal Constitucional frente a la Constitución, como parámetro de sus sentencias, es exactamente la misma que la de cualquier otro tribunal de derecho ante la norma que está llamado a aplicar, sin ninguna mayor libertad, antes bien, quizás, con la mayor vinculación y fidelidad que al texto supremo se le exige por el carácter central y superior que ésta presente en el ordenamiento como clave de todo el sistema, que sólo el pueblo fundador, en su función constituyente, puede modificar.”(14)

En conclusión, los conceptos jurídicos indeterminados no son ni cláusulas definidas para siempre ni simples alusiones retóricas que pueden ser usadas

para fundamentar cualquier decisión, son términos dotados de un núcleo (concepto), a partir del cual el intérprete puede llevar a cabo una tarea innovadora (concepciones). Sólo si se tienden así, los conceptos indeterminados son de utilidad para el derecho. Por eso, en mi opinión, se equivocan quienes critican la Constitución de 1991 por contener un buen número de conceptos de esa naturaleza. Podemos decir, con Dworkin, que “las cláusulas son vagas sólo si las consideramos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones. Si las tomamos como apelaciones a conceptos morales, no se las podría precisar más por mucho que se las detallara.”(15) Detrás de tales críticas está el deseo de los positivistas estrictos de tener términos cristalinos aptos para una interpretación exegética. Pero ello no puede ser así, al menos en el texto de una Constitución, como lo afirmó la Corte Suprema de Estados Unidos en una sentencia de 1884 que resolvió el *Legal Tender Case*:

“Una Constitución, al establecer una estructura de gobierno, al declarar principios fundamentales y al crear una soberanía nacional, en cuanto intenta perdurar a través de las épocas y ha de ser adaptada a las diferentes crisis humanas, no puede ser interpretada con el carácter estricto de un contrato privado. La Constitución de los Estados Unidos,

(13) Manuel José Cepeda. “Los derechos y la interpretación de la Constitución de 1991”. En la revista “Ciencia Política”. No. 25. Santafé de Bogotá, 1991. p. 45.

(14) Eduardo García de Enterría. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. p. 232

(15) Ronald Dworkin. op. cit. p. 216

con su propensión a palabras indicativas o de descripción general, marca los perfiles de los poderes otorgados al legislativo nacional; pero no intenta enumerar, con la precisión y el detalle de un código de leyes, las subdivisiones de tales poderes, ni especificar todos los medios por los cuales los mismos han de ser ejecutados.”(16)

Los conceptos jurídicos indeterminados, así, le dan simultáneamente certeza y movilidad al derecho. Su existencia es imprescindible en textos normativos redactados para permanecer vigentes durante varias generaciones. Especialmente, su inclusión en la Constitución impulsa la tarea creadora -más no arbitraria- de los jueces, quienes son los llamados a aplicarlos. Pero para que esto sea posible, s abiertos deben mantenerse así, abiertos; la tendencia a reglamentarlos detalladamente - influida por el positivismo- deja sin espacio la posibilidad de innovación, como sucedería si los derechos fundamentales son objeto de la reglamentación exhaustiva pretendida por algunos juristas. Los conceptos jurídicos indeterminados son hoy una pieza fundamental para la dinámica de la ciencia del derecho. Por eso ha podido decir el juez Hufstедler:

“No es ironía como califico los términos del *Bill of Rights* (Carta de

derechos de la Constitución de Estados Unidos) de “ambigüedades gloriosas”. La naturaleza inasible de su substancia ha hecho posible la determinación y la redeterminación de la doctrina constitucional de manera que satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución. Mientras que la precisión ocupa una plaza de honor en la redacción de un reglamento de la autoridad local de policía, es mortal cuando se trata de una Constitución que quiere ser viva”. (17)

3. El concepto de “interés público”

Dentro de los conceptos jurídicos indeterminados, quizás el más ampliamente usado -y abusado- sea el del interés público. Por razones de interés público se han expedido las leyes y los actos administrativos que han permitido la apertura económica, al igual que aquellos que han dado paso a la intervención del Estado en la economía. Por motivos de interés público, nuestra Corte Constitucional ha impedido la huelga en la actividad bancaria (18) y ha permitido la restricción de la propiedad privada en favor de la libre circulación del público por un predio (19) Aduciendo el interés público igualmente, se han implementado mecanismos penales claramente violatorios de los dere-

(16) Citado por Eduardo García de Enterría. *op. cit.* p. 226

(17) Citado por Eduardo García de Enterría. *op. cit.* p. 229

(18) Sentencia T-443 de 1992.

(19) Sentencia T-605 de 1992

chos fundamentales, como los contenidos en la "Ley Antisecuestro". En fin, el concepto de interés público ha sido utilizado de manera irreflexiva en la redacción y aplicación de las normas jurídicas, y ha avalado resultados contrarios al mismo ordenamiento jurídico.

¿Qué hacer, entonces? ¿Se debe desecharse el concepto por su vaguedad? Creo que, después de haber considerado la utilidad de los conceptos indeterminados, nuestra respuesta debe ser negativa. Además, los estudiosos del derecho simplemente no pueden eludir el problema, toda vez que se encontrarán con el término "interés público" en muchos textos legales. (20) Por esta razón, trataré de proponer aquí una interpretación del término aplicable a la solución de problemas jurídicos relacionados con él. Para ello, haré una breve revisión de la función del concepto de "interés público", de las objeciones que se han presentado a su utilización y de la concepción dominante sobre su significado. Finalmente situaré el concepto en el contexto del Estado Social de derecho y trataré su enfrentamiento con los derechos fundamentales.

a. La función del concepto y su utilidad

Ya vimos que la aparente vaguedad de un concepto no va en desmedro de su utilidad para la vida práctica y la discusión académica. Roland Pennok, profesor norteamericano de ciencia política, defendiendo el uso del concepto del interés público, afirma que "aunque el concepto "belleza" es vago, no por ello deja de ser útil para la comunicación humana; nuestro lenguaje y nuestra capacidad para comunicarnos se verían menguados si fuésemos a proscribir todas las palabras y frases inherentemente vagas". (21) Ciertamente, el derecho sufriría una gran mengua si se viese desposeído del término "interés público", pues si esto sucediera, ¿cómo se justificaría a un particular el sacrificio que debe hacer por la convivencia social? Esta es precisamente la función del concepto del interés público en el derecho: "la frase el interés público es la justificación a que se aferra el autor de decisiones que trata de explicar de un modo racional el dolor causado por una política (o una norma jurídica)". (22) En un Estado de derecho, la sola apelación a la autoridad no justifica la limitación de las

(20) No ocurre lo mismo en otras disciplinas, como la ciencia política, en la que algunos teóricos han desechado el concepto por inoperante. Véase, por ejemplo, la posición de Glendon Schubert en su ensayo "Existe una teoría del interés público?", en "El interés público", compilación de Carl Friedrich, trad. Sonia Tancredi. Ed. El Roble, México, 1967, p. 191. En esta obra están reunidas las ponencias de expertos norteamericanos en ciencias sociales realizadas sobre el tema en 1960.

(21) Roland Pennok. "El individuo y las mayorías: una nota sobre el concepto", en "El interés público" op. cit. p. 193

(22) Stephen Bailey. "El interés público: algunos dilemas funcionales que plantea". en "El interés público" op. cit. p. 111.

libertades individuales: se requiere para ello la existencia de motivos razonables socialmente reconocidos, que la expresión "interés público" recoge. Precisamente por cumplir esa función limitadora, el concepto tiene que ser objeto de análisis detenido.

b. Los inconvenientes del concepto

A pesar de la función que desempeña el término, el uso indiscriminado que de él se ha hecho ha creado por lo menos cuatro confusiones importantes:

- En primer lugar, se ha utilizado a la vez en sentido descriptivo y normativo. Esto quiere decir que cuando se dice que una decisión se toma en favor del interés público, se está pensando simultáneamente en la satisfacción de los deseos de un grupo mayoritario y en el cumplimiento de ciertas metas sociales ideales, como la paz o la seguridad. La confusión de estas perspectivas hace que el concepto pueda ser manipulado y utilizado de manera intercambiable, significando algunas veces el querer del público y otras veces el de los funcionarios encargados de establecer las metas sociales.

- En segundo lugar, se ha apelado al concepto para simplificar exageradamente los problemas jurídicos. Un examen de la jurisprudencia de

nuestra Corte Constitucional, por ejemplo, muestra que la noción de "interés público" ha resuelto cuestiones que requerían de un análisis mucho más detallado y cuya solución adecuada se encontraba en criterios más sutiles que la simple invocación del concepto (23). Los puntos de disputa en la discusión democrática rara vez son simples y puros. Por eso, como lo dice Frank Sourauf, "reducirlos a sencillas alternativas y a moralidades de blanco y negro, los violentos más que nada" (24). El uso impropio del interés público olvida los matices grises, tan importantes en la solución de controversias jurídicas.

- Una tercera confusión tiene su origen en un error semántico. Se ha hablado de acciones y normas que "buscan" el interés público, como si éste fuera un objetivo por alcanzar. Pero el interés público **no es una meta** sino un instrumento para alcanzar ciertas metas socialmente deseables; "porque las metas pueden alcanzarse; pero no podemos hablar de "alcanzar" el interés público (o de "llevarlo a cabo" o de "cumplirlo"). Los intereses, ya sean públicos o privados, no son el tipo de cosas que pueden alcanzarse: únicamente pueden ser protegidos, fomentados". (25) Esta distinción es fundamental, pues implica que cualquier persona que intente justificar una decisión con base en el interés público, deberá estar en

(23) Véase, por ejemplo, la sentencia T-184 de 1993.

(24) Frank Sourauf. "La confusión del concepto", en "El interés público", op. cit. p. 205.

(25) David Braybrook. "El interés público: el presente y el futuro del concepto", en "El interés público", op. cit. p. 160

capacidad de explicar el objetivo que quiere alcanzar a través de la apelación al concepto. La simple alusión al interés público no es suficiente; ella estará justificada sólo si se hace para buscar algún cometido socialmente valioso, como el mantenimiento del proceso democrático o la prosperidad económica.

- El cuarto inconveniente importante surge de la aplicación descontextualizada del término. Se han formulado definiciones del concepto por pretensiones universales, como la que propone el profesor Héctor Escola cuando dice que intenta “una idea total, omnicomprendiva, unitaria y de validez universal, por medio de un método de pureza que excluya todo elemento circunstancial y variable”. (26) A mi manera de ver, estas definiciones incondicionales caen en el error de toda definición “esencialista”, es decir, pretender que las palabras son convenciones cambiantes, y que la tarea de definir debe partir del estudio del uso común de los términos en un contexto determinado. El interés público es el interés de individuos concretos que pueden constituir el “público” en un lugar y un momento determinados -con los matices que expondré adelante- y no el interés que encaja en los parámetros de alguna prescripción con pretensiones universales. Por esta razón, la concepción del interés público varía entre las distintas clases de sociedades y en una misma sociedad a través del

tiempo: el interés que hoy mostramos en la protección del medio ambiente, no constituía preocupación pública hace un par de siglos. Igualmente, el interés de los europeos actuales en fomentar el crecimiento de la tasa de natalidad, posiblemente no diga nada a la población de China, que está interesada en su decrecimiento.

Esta necesidad de contextualizar el concepto de “interés público” no significa la defensa de un relativismo moral. Creo que, por el contrario, la afirmación de la variación del concepto del interés público ofrece razones adicionales para subordinarlo a exigencias éticas, como los derechos fundamentales, como lo expondré al final de este ensayo. Para analizar el concepto de interés público, en conclusión, hay que explicitar el contexto en el que se ubica. Por eso, mi exposición venidera se circunscribe al interés público tal como ha aparecido en las sociedades occidentales democráticas, en sus variantes liberal y social, especialmente en sus regímenes jurídicos.

c. La concepción liberal-utilitarista del interés público

Esta concepción del interés público -que podríamos llamar “clásica”, como quiera que ha dominado la discusión sobre el tema desde su formulación- parte de un giro histórico en la concepción de los fundamentos de la comunidad política, impulsado princi-

(26) Héctor Escola, *op. cit.* p. 236

palmente por Locke, Smith y Mill. John Locke, pionero de esta formulación, sostuvo que la comunidad política se basa en las necesidades y aspiraciones individuales de los seres humanos, de tal manera que la sociedad civil existe para el logro de la utilidad privada. "El contenido de la ley natural de Locke se define en términos del placer y el dolor, de manera que, en último análisis, la ley natural no es para él más que la suma de utilidades privadas". (27)

Pero la afirmación de Locke dejaba sin resolver el problema de la articulación entre las diversas utilidades privadas. El argumento fue completado por el concepto de la "mano invisible" de Adam Smith, es decir, por la suposición de una armonía regulada por sí misma entre los apetitos y las satisfacciones individuales. Con Smith, además, el interés público pasó a tener un contenido fundamentalmente económico: el buen gobierno se encargaría de proteger el funcionamiento de una economía eficiente, es decir, una economía en que se maximizara la satisfacción de los consumidores individuales. Siguiendo esta línea de razonamiento, Stuart Mill defendió la existencia de un gobierno liberal que tomara todas las medidas públicas necesarias para acrecentar la satisfacción de las utilidades privadas.

Jeremy Bentham le dio consistencia a la idea del interés público como suma

de intereses privados a través de su teoría utilitarista. Sworkin resume así la formulación utilitarista:

"Los utilitaristas sostienen que la comunidad como tal stará mejor porque (para decirlo de forma aproximada) mayor número de ciudadanos tendrán, en general, más de aquello que quieren, aunque algunos tengan menos". (28)

La concepción liberal-utilitarista del interés público recibió desde su nacimiento críticas muy variadas. La principal de ellas se dirigió a la conexión que hace entre las motivaciones particulares y el bienestar efectivo de los individuos miembros de la comunidad. La confianza en un orden implícito en la sociedad que subyace a la tesis de la "mano invisible" fue desvirtuada por los acontecimientos históricos y criticada por muchos como una forma de defensa del egoísmo antisocial.

Fue necesaria, entonces, una reformulación de la teoría liberal, que introdujo importantes matices en la definición del interés público como suma de intereses privados. En mi opinión, este replanteamiento ofrece un acercamiento satisfactorio al concepto del interés público, como trataré de mostrarlo a continuación. En efecto, se puede aceptar la noción de interés público como agregación de intereses privados si se tienen en cuenta los

(27) Gherhart Niemeyer. "El interés público y la utilidad privada", en "El interés público", op. cit. p. 19
(28) Ronald Dworkin. op. cit. 391.

siguientes aspectos:

1) Los intereses privados incluyen no sólo los deseos de satisfacción inmediata y egoísta, sino deseos que pueden ser realizados sólo si existen ciertas condiciones sociales que lo permitan. En otras palabras, siguiendo la afirmación de Roland Pennok, (29) existen “placeres, satisfacciones, realizaciones, etc., que sólo se obtienen en la sociedad y gracias a ella”. El interés en la preservación de ciertas instituciones sociales también es un interés que podemos tener como individuos, porque asegura de manera permanente la satisfacción de otras aspiraciones personales. Los intereses de un ser humano no se circunscriben a los que quiere satisfacer a corto plazo, sino que comprenden así mismo los que busca garantizar para el futuro. De esta manera, es de interés para el individuo apoyar una acción que, aunque puede perjudicarlo en el momento, garantiza la posibilidad de colmar sus aspiraciones de manera permanente en el futuro. Así, por ejemplo, puedo estar en desacuerdo con la imposición de un límite máximo de velocidad en las calles de la ciudad, porque pienso que ello garantiza mi seguridad y mi vida, de tal manera que podré volver a conducir mi carro en el futuro. Cuando evaluamos nuestros intereses, incluimos en ellos no sólo los que nos reportan utilidad inmediata, sino también los que garantizan ciertas condiciones de

convivencia social indispensables para nuestro propio desarrollo personal. Así, “adquirimos un interés en la preservación y en el desarrollo más amplio de la sociedad y del gobierno como los medios esenciales para la satisfacción de muchos intereses diferentes y más específicos”. (30)

Esta distinción entre intereses personales inmediatos y mediatos es fundamental, en mi opinión, para salvar dos obstáculos. En primer lugar, explica la posibilidad de confrontación entre intereses públicos (intereses individuales mediatos) e intereses privados (intereses individuales inmediatos); esto no es posible dentro de la formulación liberal clásica, que no concibe intereses distintos de los privados o inmediatos. Un individuo puede verse enfrentado al dilema de decidir su posición en relación con una acción que le reportará una satisfacción instantánea (como la eliminación del límite de velocidad) pero una amenaza a largo plazo (la posibilidad de sufrir un accidente grave mientras conduce). En segundo lugar, la distinción desvirtúa la crítica a la concepción liberal, que considera a los intereses individuales como deseos egoístas y mezquinos. Esta crítica tiene en mente sólo los intereses individuales inmediatos, olvidando que el hombre tiene intereses que requieren la existencia permanente de ciertas condiciones sociales. tal vez una metáfora recogida por el econo-

(29) Ronald Dworkin. *op. cit.* p. 391

(30) *ibid.* p. 196

mista Gerald Colm ilustre cabalmente mi argumento:

“Tanto los directores escénicos como los actores que presentan una obra, y el público que viene a verla, están motivados por el propio interés, ya sea el deseo de ganar dinero, de conquistar fama o de entretenerse. No obstante, los diversos intereses propios que mueven a todas estas personas no podrán satisfacerse por mucho tiempo, a menos que los directores, los actores y el público encuentren un fundamento común bajo el hechizo de la comedia o el drama como una obra de arte. Para satisfacer los propios intereses, los interesados en una obra de teatro y los que se preocupan por la conducta del gobierno, deben superar hasta cierto punto sus propios intereses”.

(31)

Para satisfacer nuestros propios intereses de manera duradera, pues, nos vemos precisados a respaldar acciones que establezcan ciertas condiciones sociales -como la seguridad en el tránsito de vehículos-, aunque ellas vayan en contra de un deseo inmediato.

2) El segundo aspecto de la reformulación de la concepción liberal-utilitarista es la consideración de intereses de personas que aún no han nacido. Las acciones tomadas en nombre del interés público no inclu-

yen sólo el beneficio de un grupo mayoritario de ciudadanos actuales, sino que pueden apelar al bienestar de las generaciones futuras. El problema de cuánto sacrificio económico debemos soportar hoy -por ejemplo, por la implementación de la apertura económica- para crear condiciones favorables a los futuros habitantes del país, está presente constantemente en los debates sobre los intereses comunes.

3) Un último elemento de la reformulación alude a la forma como se debe entender la prevalencia del interés de las mayorías sobre el de las minorías. En primer término, la simple opinión mayoritaria no implica la configuración de un interés público, porque el perjuicio causado a los afectados por una medida debe ser igualmente tenido en cuenta. Este interés resultante de considerar la posición de todos los involucrados en un conflicto de intereses -como individuos, y no como bandos uniformes- ha recibido el nombre de interés por derechos, excluidos del argumento de la prevalencia de la mayoría, como veremos más adelante.

Reformulada de esta manera, la teoría liberal del interés público satisface las exigencias de la convivencia social sin desplazar a los individuos como fuente de tal interés. Así mismo, esta concepción sobrevive en la tensión entre los elementos democrático, libe-

(31) Gerald Colm. "El interés público: clave esencial de la política pública", en "El interés público", op. cit. p. 143 y 144.

ral y social propia del Estado social de derecho, que expondré a continuación.

d. La concepción social del interés público

El desarrollo de la teoría liberal clásica del interés público mostró una inconsistencia fundamental en la práctica. La acción de la "mano invisible" no dio los frutos esperados; la interacción de los intereses individuales no generó la armonía pública predicha, de tal manera que el gobierno, en nombre de la garantía de los mismos intereses privados, debió intervenir en la actividad de los particulares. La "mano invisible" se convirtió en la mano visible de la autoridad pública que debió corregir las imperfecciones generadas por la competencia irrestricta. El paso de la concepción liberal clásica a la concepción social de interés público y del Estado no se dio, por tanto, mediante un corte tajante, sino a través de la introducción gradual de un nuevo elemento a la tensión y a existente entre democracia y liberalismo: el elemento social. El Estado Social de derecho conservó la estructura del Estado Liberal de derecho -por ejemplo, los derechos individuales-, pero adicionó contenidos novedosos- v. gr. los derechos socioeconómicos-. No hay, a mi manera de ver, un salto de una concepción a otra, sino que una -la social- nace de la crítica y se introduce

en el seno de la otra -la liberal-. Como lo señala Herman Heller, en las democracias liberales occidentales se ha ido imponiendo la idea de que sin una dimensión social que elimine la dependencia fáctica, material, de los ciudadanos situados por debajo de ciertos límites socioeconómicos, la misma lógica de la democracia carece de una base efectiva para su realización. (32) Podemos seguir la introducción progresiva del interés social en la concepción del Estado de derecho a través de las etapas propuestas por el profesor español Ferrán Requejo Coll. (33). Para este autor, el elemento social fue adicionado en cuatro etapas:

1) En una primera fase, los elementos sociales fueron aceptados sólo como contrapesos bien enmarcados en el sistema liberal. Así, en la Alemania del último cuarto del siglo XIX se introdujo el primer seguro laboral: el seguro contra accidentes, que aseguraba la mano de obra necesaria para la buena marcha de la economía liberal. El interés público aquí seguía ceñido a la concepción liberal clásica, y el interés social era sólo su auxiliar.

2) Tras la primera guerra mundial y, sobre todo, a partir de la influencia de la revolución socialista soviética, de la presión de las organizaciones políticas sindicales de carácter socialista, y la crisis del capitalismo de 1929, se va estructurando un conjunto de políticas sociales de mayor trascendencia

(32) Herman Heller. "Escritos políticos". Ed. Alianza, Madrid, 1985.

(33) Ferrán Requejo Coll. "Las democracias". Ed. Ariel. Barcelona, 1990. p. 124 y ss.

que las del periodo precedente. Estas políticas fueron imponiéndose en las democracias de tradición liberal hasta ser consideradas como un elemento fijo de las mismas. La intervención del Estado en la economía no se ve ahora no como una forma de compensación de desajustes ocasionales, sino como una herramienta indispensable para garantizar el funcionamiento correcto de la economía. Por esto, la intervención estatal en la economía (mediante la garantía, por ejemplo, de seguros de invalidez, vejez y desempleo) pasa a ser desde este periodo la muestra típica de la protección del interés público.

3) El cuarto de siglo posterior a la segunda guerra mundial representa el auge de la perspectiva del interés social. Muestra de ello es el impulso a las políticas keynesianas de gasto público, especialmente de gasto social, y la constitucionalización de los derechos socioeconómico (derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, etc.).

4) Por último, en los años setenta se produce una crisis estructural a escala internacional que modifica parcialmente las prácticas económicas e impulsa la retirada parcial del interés social como fue concebido en la fase anterior. Se reorienta el gasto público y se reacionaliza la intervención estatal. Sin embargo, el papel del Estado

sigue siendo clave en este período, no sólo en relación con el equilibrio económico, sino como factor de contención de los conflictos sociales y de atención a sectores socioeconómicos marginados.

Este breve recorrido por la evolución del interés público nos muestra la esencia de la concepción social. En palabras de Requejo, "el núcleo valorativo, axiológico, sobre el que se articula la dimensión social viene dado por dos valores básicos: la **seguridad** y la **igualdad** socioeconómicas, entendidas como lucha contra ciertas situaciones extremas de inseguridad material. Sobre estos valores se elaborarán una serie de objetivos de carácter económico y social integrados en las medidas de carácter legislativo, administrativo y jurisdiccional, que tratarán de compatibilizarse con los objetivos desarrollados desde las perspectivas liberal y democrática. Lo cual no siempre será fácil, sino que en muchas ocasiones significará la coexistencia de lógicas contrarias en la misma realidad sociopolítica". (34) En el seno de la concepción del interés público en el Estado social de derecho está, entonces, el anhelo de una distribución más justa y más equitativa de los bienes (35), de una "justicia social", en palabras del profesor Pablo Lucas Verdú. (36)

Ahora bien, ¿significa esto que la

(34) Ferrán Requejo Coll. *op. cit.* p. 126.

(35) Ernest Forsthoﬀ. "Concepto y esencia del Estado social de derecho, en "El Estado social". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986. p. 104

(36) Pablo Lucas Verdú. "Estado liberal de derecho y Estado social de derecho Universidad de Salamanca, 1955.

concepción liberal reformulada que antes sugerí no puede ser aplicada en el contexto de un Estado social de derecho como el nuestro? No lo creo así. La dimensión social, como lo sostiene Requejo, está presente en el Estado de derecho contemporáneo junto con las dimensiones democrática y liberal. Así las cosas, creo que el interés público en el sentido liberal subsiste en el Estado social de derecho, y que la variación principal ocurre no en la noción del interés público, sino en los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. La introducción de los derechos económicos, sociales y culturales restringe la aplicación del interés público liberal, como explicaré en el último punto de este escrito. Pero dentro del margen restante, el interés público sigue siendo entendido como el conjunto de intereses individuales que pueden ser satisfechos sólo en sociedad. Esta distinción se pierde, sin embargo, en un país con los índices de marginalidad social como el nuestro; en efecto, en un medio donde la pobreza es el denominador común, el interés mayoritario estará al lado de las acciones y las normas jurídicas que favorezcan mecanismos de redistribución de la riqueza. Así, el interés público en sentido liberal coincide con el interés social igualitario, de tal forma que en nuestro contexto normas como el artículo 365 de la Constitución, que establece la posibilidad de establecer monopolios estatales "por razones de interés social", deberán interpretarse en el sentido que respalde políticas que fomenten

la igualdad y la seguridad socioeconómicas.

e. El enfrentamiento entre el interés público y los derechos fundamentales

No quisiera terminar esta exposición sin hacer referencia al tema de los conflictos entre los derechos fundamentales y el interés público. Es común la opinión según la cual los derechos fundamentales pueden desplazados en ciertos casos por razones de interés público. De hecho, buena parte de nuestra reciente legislación penal -sustantiva y procedimental- ha sido expedida al amparo de este punto de vista. Así fue justificado, por ejemplo, el desconocimiento del debido proceso a través de testigos secretos en las normas del Estatuto de la Lucha contra el Terrorismo. Según esta perspectiva, el interés de un grupo mayoritario -por ejemplo, el interés de acabar con el terrorismo- debe prevalecer sobre los derechos fundamentales de un individuo -como el derecho al debido proceso-, de manera tal que éstos pueden ser desconocidos en nombre de aquel.

Pero este argumento, tan recurrido por autoridades públicas y juristas de "línea dura" de nuestro país, desconoce totalmente la razón de ser misma de los derechos fundamentales y del Estado de derecho. El constitucionalismo mismo, como lo afirma Dworkin, es "la teoría de que a la mayoría hay que restringirle para proteger los derechos indivi-

duales". (37) En este contexto, "lo esencial de una afirmación de derecho (...) consiste en que un individuo tenga derecho a ser protegido contra la mayoría incluso al precio del interés general" (38), como sucedió en los casos que resolvió la Corte Suprema norteamericana respecto de la integración racial: la igualdad era un derecho y debía ser protegido a pesar del querer de la mayoría blanca. Si los derechos fundamentales se dejaban al vaivén del interés público, su reconocimiento sería absolutamente inútil. Así lo expresa el profesor Carlos Santiago Nino:

"Por eso es que se incurre en un

error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común. El concepto de derechos individuales hace que las cosas sean exactamente al revés: la función principal de los derechos colectivos, o sea de objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad. Si la persecución de bien común fuera una justificación última de medidas o acciones, el reconocimiento previo de derechos individuales sería absolutamente inoperante y superfluo (...)" (39)

(37) Ronald Dworkin. *op. cit.* p. 223.

(38) *Ibid*

(39) Carlos Santiago Nino. "Ética y Derechos Humanos". Ed. Astrea. Buenos Aires, 1989. p. 261-262

