

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO


Dr. Rodolfo Carlos Barra

El presente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y fue publicado en el sitio digital Infobae, el día 3 diciembre 2023

La construcción de una verdadera “sociedad libre” depende de, entre muchos otros factores, la distinción entre lo público y lo privado. La distinción entre lo público y lo privado, para la construcción de una verdadera “sociedad libre”, ya está contemplada por el artículo 19 de la Constitución Nacional (CN), cuya fuente se encuentra, en su primer párrafo, en el presbítero Sáenz (fundador de la Universidad de Buenos Aires) y fue sabiamente tomada por Alberdi y nuestros Padres Fundadores.

Recordemos el texto de la norma: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Con dicho texto, la Constitución Nacional está distinguiendo a los dos sectores del ordenamiento jurídico, el público, el cual desde una perspectiva orgánica se encuentra previsto en el artículo 85 CN, y el privado, donde los individuos ejercen sus derechos guiados por su propio interés.

Cuando el artículo 19 menciona a las “acciones privadas de los hombres” no se refiere, entonces, sólo al santuario de la conciencia, sino está definiendo, en los términos de su párrafo final, el ámbito de la autonomía de la voluntad.

Lo privado es lo exento de la autoridad de los magistrados, por pertenecer a aquello que es del exclusivo interés del individuo, aquello que éste puede guardarse para sí o compartirlo con otros, generalmente a través del intercambio libremente pactado. Es lo que se encuentra “privado”, “exento”, de la injerencia pública, de lo público.

Mientras que lo privado es un ámbito cerrado para otros, con exclusión de con quien quiera compartirlo el titular de ese ámbito privado, lo público es lo abierto para todos, es cierto que conforme con las normas que lo reglamenten, pero siempre bajo el principio de la más amplia apertura.

El “individuo” es el “privado” (porque está exento de la injerencia de los otros, porque tiene derecho, como lo dice la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América , a “que lo dejen sólo”) que ejerce actividades que le proporcionan bienes que a la vez intercambia con otros, siempre para satisfacer su propio interés.

Parafraseando a Adam Smith podemos decir que el que podamos esta noche comer un rico asado no depende de la benevolencia del carnicero, sino de su espíritu de lucro a través de una actividad determinada. El carnicero, el individuo, intercambia bienes, es decir, los conmuta con otros que, como él, en ese intercambio no responden a un impulso benevolente sino sanamente egoísta.

Sin embargo, esta actividad, para guarecerse como privada, tiene que también ser virtuosa, ya que, en la conmutación, debe dar al otro su derecho hasta la completa cancelación, que es lo propio de la virtud de la justicia. He dicho “su derecho”, que también es privado, porque depende de lo convenido, es decir, del acuerdo de ambas voluntades autónomas.

En estas condiciones el acuerdo se convierte en una suerte de ley privada: en el giro expresivo de Vélez Sarsfield, en el artículo 1197 de nuestro anterior Código Civil, es una regla a la cual las partes debe someterse “como a la ley misma” (los arts. 957 y 959 del actual Código Civil y Comercial dicen lo mismo con otro lenguaje). Es una ley privada, exenta de la autoridad de los magistrados, hasta que no se torne pública por, de algún modo, ofender al ordenamiento jurídico, incluso por dañar (por incumplimiento, por ejemplo) al cocontratante.

Pero lo individuos, los privados, son también particulares, porque son partes de un todo: la comunidad políticamente organizada. Así las acciones privadas, por ser particulares, deben orientarse al bien común, al bien del todo.

El carnicero de Adam Smith no necesita ser específicamente benevolente, pero ello no impide que, de manera automática, por actuar como una buena persona, comprando y vendiendo de buena fe, ajuste su conducta al Bien Común. Es como si su actividad egoísta se derramase en beneficio del todo, generando, en su alcance, una suerte de externalidad positiva.

Es una actividad virtuosa porque no sólo cumple con las exigencias de la justicia conmutativa en el caso de los intercambios, sino porque espontáneamente, en todo su comportamiento no ofende al orden y a la moral pública ni perjudican a ningún tercero (incluso el cocontratante). Es que todos nosotros estamos espontáneamente guiados por la denominada justicia general o del bien común, es decir, por una virtud (un hábito bueno, espontáneo) que nos mueve a conformar nuestra conducta a las exigencias del bien común. Insisto en la espontaneidad, ya que es como si fuese una “mano invisible” que nos ayuda a conducirnos hacia el bien común.

Cuando las exigencias del bien común (de la justicia general) son sustanciales para garantizar el ejercicio de una “libertad ordenada”, lo que hace que exista un “interés determinante” en la autoridad para (también conceptos de la Corte norteamericana) forzar la conducta individual en el sentido del bien común, tal autoridad lo hará mediante la ley imperativa (la ley dispositiva es subsidiaria de la ley de las partes, de la ley particular) y también las instituciones de gobierno (por ejemplo, el Poder Judicial) creadas por la Constitución y la ley. Por eso la “justicia general” es también denominada “justicia legal”.

Los sujetos particulares, los privados, los que son las partes del todo, ocupan el sector privado de la comunidad política. Pero ésta posee también un sector público, conforme con el artículo 85 CN y enumerado en el artículo 8 de la ley 24156.

En el sector público se encuentran sujetos públicos, los que, por tanto, carecen de un bien particular, privado individual. Son meros gerentes o administradores del bien común, para dar a cada uno de los individuos la parte del bien común que como carga o beneficio le corresponde, luego de asegurar, mediante la ley, el cumplimiento de la justicia general (de la libertad ordenada).

Todo según las exigencias de la justicia distributiva o justicia proporcional, porque la igualdad del acto justo resulta, en este caso, de una proporcionalidad entre los particulares comparables entre sí, antes que en el acuerdo de partes.

Entre el sujeto público y el sujeto privado se entablen relaciones jurídicas de derecho público, regidas por la justicia distributiva. Aquí nada se encuentra exento de la autoridad de los magistrados, fenómeno que los administrativistas identificamos con la fórmula de la “administración de legalidad” o “administración sometida positivamente a la ley”, donde sólo se puede hacer y se debe hacer lo que la ley manda: todo lo que no es obligatorio, para la autoridad está prohibido.

Notemos que la misma proporcionalidad exige la transparencia, ya que la ausencia de esta cualidad impide o dificulta la comparación.

Por ello el principio de transparencia es de la naturaleza del derecho público: en las relaciones de derecho público, la ausencia de transparencia nulifica la relación misma. En cambio, en las relaciones entre particulares, la ausencia de transparencia solo interesa a la “autoridad de los magistrados” cuando se lesiona el orden o la moral pública o se perjudica a un tercero.