

## I. LA GRAN DICOTOMÍA: PÚBLICO/PRIVADO

### 1. UNA PAREJA DICOTÓMICA

MEDIANTE dos fragmentos ampliamente comentados del *Corpus iuris* [*Instituciones*, 1,1,4; *Digesto*, 1,1,1,2], que definen con palabras idénticas respectivamente el derecho público y el derecho privado –el primero “quod ad statum rei romanae spectat” [lo que se refiere a la condición del Estado romano], el segundo “quod ad singulorum utilitatem” [lo que atañe a la utilidad del individuo]–, la pareja de términos público/privado ingresó en la historia del pensamiento político y social de Occidente, a través de un uso constante y continuo, sin cambios sustanciales, y terminó por volverse una de las “grandes dicotomías” de las que una o más disciplinas –en este caso no solamente las disciplinas jurídicas sino también las sociales y en general las históricas–, se sirven tanto para delimitar, representar y ordenar su campo de investigación, como para permanecer en el ámbito de las ciencias sociales, paz/guerra, democracia/autocracia, sociedad/comunidad, estado de naturaleza/estado civil.

Se puede hablar propiamente de una gran dicotomía cuando nos encontramos frente a una distinción de la que es posible demostrar la idoneidad para: a) dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los

entes de ese universo quedan incluidos en ellas sin excluir a ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda; b) establecer una división que al mismo tiempo es total, en cuanto todos los entes a los que actual o potencialmente se refiere la disciplina deben entrar en ella, y principal, en cuanto tiende a hacer coincidir en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias con respecto a ella. En el lenguaje jurídico la preeminencia de la distinción entre derecho privado y derecho público sobre las demás distinciones, la constancia del uso en las diferentes épocas históricas, su fuerza inclusive han sido tales, que han llevado a un filósofo del derecho de orientación neokantiana a considerar los conceptos de derecho privado y derecho público incluso como dos categorías *a priori* del pensamiento jurídico [Radbruch, 1932, pp. 122-127].

Los dos términos de una dicotomía pueden ser definidos independientemente uno de otro, o bien uno solo de ellos es definido mientras el otro es definido negativamente (la "paz" como "no-guerra"). En este segundo caso se dice que el primero es el término fuerte, el segundo el término débil. La definición de derecho público y de derecho privado anteriormente expuesta es un ejemplo del primer caso, pero de los dos términos el más fuerte es el primero, en cuanto frecuentemente sucede que "privado" sea definido como "no público" ("privatus qui in magistratū non est", Forcellini) [es privado quien no ocupa magistraturas o cargos públicos], raramente sucede lo contrario. Además, se puede decir que los dos términos de una dicotomía se condicionan mutuamente, en cuanto se reclaman

continuamente uno a otro: en el lenguaje jurídico, el léxico público remite inmediatamente por contraste al léxico privado y viceversa; en el lenguaje común, el interés público se determina inmediatamente en relación y en contraste con el interés privado y viceversa. En fin, dentro del espacio que los dos términos delimitan, desde el momento en que este espacio es ocupado totalmente (*tertium non datur*), [no existe una tercera posibilidad], a su vez ellos se delimitan mutuamente, en el sentido de que la esfera pública llega hasta donde comienza la esfera privada y viceversa. Para cada una de las situaciones a las que conviene el uso de la dicotomía, las dos respectivas esferas pueden ser diferentes —una más grande, una más pequeña—, o para uno o para otro de los dos términos. Uno de los lugares comunes del debate secular sobre la relación entre la esfera pública y la privada es que, aumentando la esfera pública, disminuye la privada; aumentando la esfera privada, disminuye la pública: una constatación que generalmente es acompañada y complicada por juicios de valor contrapuestos.

Cualesquiera que sean el origen de la distribución y el momento de su nacimiento, la dicotomía clásica entre derecho privado y derecho público muestra la situación de un grupo social en el que se manifiesta ya la distinción entre lo que pertenece al grupo en cuanto tal, a la colectividad, y lo que pertenece a los miembros, específicos, o más en general entre la sociedad global y grupos menores (como la familia), o también entre un poder central superior y los poderes periféricos inferiores que con respecto a él gozan de una autonomía relativa, cuando no dependen totalmente de él. De hecho la diferenciación original entre el derecho público y el privado es

acompañada por la afirmación de la supremacía del primero sobre el segundo, como lo prueba uno de los principios fundamentales que rigen todo orden en el que tiene validez la gran división, el principio de acuerdo con el cual "ius publicum privatorum pactis mutari non potest", [el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados], [Digesto, 38, 2,14] o "privatorum conventio iuri publico non derogat", [una convención entre privados no deroga el derecho público], [ibid, 45,50,17]. A pesar del debate secular, provocado por la variedad de criterios con base en los cuales ha sido justificada, o se ha creído poder justificar, la división de las dos esferas, el criterio fundamental sigue siendo el de los diversos sujetos a los que se puede referir la noción general de *utilitas* [utilidad]: al lado de la *singulorum utilitas* [utilidad de los individuos] de la definición citada, no debe olvidarse la célebre definición ciceroniana de *res publica*, de acuerdo con la cual es una "cosa del pueblo" cuando por "pueblo" no se entiende cualquier agregación de hombres sino una sociedad que se mantiene integrada no sólo por los vínculos jurídicos, sino por la "utilitatis comunione", [utilidad común], [De re publica, I,41,48].

## 2. LAS DICOTOMÍAS CORRESPONDIENTES

La relevancia conceptual y clasificatoria además de axiológica de la dicotomía público/privado se muestra en el hecho de que ella comprende, o en ella convergen, otras dicotomías tradicionales y recurrentes en las ciencias sociales, que la complementan o también pueden subrogarla.

### *Sociedad de iguales y sociedad de desiguales*

Al ser el derecho un ordenamiento de relaciones sociales, la gran dicotomía público/privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: entre iguales y entre desiguales. El Estado, y cualquiera otra sociedad organizada donde hay una esfera pública, no importa si es total o parcial, está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer, que son relaciones entre desiguales; la sociedad natural como fue descrita por los iusnaturalistas, o bien la sociedad de mercado en la idealización de los economistas clásicos, en cuanto son tomadas normalmente como modelos de una esfera privada contrapuesta a la esfera pública, están caracterizadas por relaciones entre iguales o de coordinación. La distinción entre sociedad de iguales o sociedad de desiguales no es menos clásica que la distinción entre esfera privada y esfera pública. Recuérdese a Vico: "Omnis societas omnino duplex, inaequalis et aequalis" [1720, cap. LX]. Entre las primeras están, la familia, el Estado, la sociedad entre Dios y los hombres; entre las segundas tenemos la sociedad de hermanos, parientes, amigos, ciudadanos, huéspedes, enemigos.

Los ejemplos anteriores permiten observar que las dos dicotomías público/privado y sociedad de iguales/sociedad de desiguales no se sobreponen totalmente: la familia pertenece convencionalmente a la esfera privada opuesta a la esfera pública, o mejor dicho, es ubicada en la esfera privada allí donde por encima de ella se encuentra una organización más compleja, como la ciudad (en el sentido

aristotélico de la palabra) o el Estado (en el sentido de los escritores políticos modernos); pero con respecto a la diferencia de las dos sociedades es una sociedad de desiguales, porque en la pertenencia convencional de la familia a la esfera privada está la prueba de que el derecho público europeo que acompaña la formación del Estado constitucional moderno ha considerado privadas las concepciones patriarcales, paternalistas o despóticas del poder soberano, que asemejan el Estado a una familia en grande o atribuyen al soberano los mismos poderes del patriarca, el padre, el amo; señores con diversos títulos o con diferente dominio en la sociedad familiar. Por otra parte, la relación entre enemigos —que Vico la concibe correctamente en el ámbito de las relaciones entre iguales, porque la sociedad internacional de antes formalmente iguales, tan es así que fue comparada, de Hobbes a Hegel, con el estado de naturaleza—, es ubicada normalmente en la esfera del derecho público, aunque se trate del derecho público externo que regula las relaciones entre los estados, diferente del derecho público interno que regula las relaciones entre gobernantes y gobernados en un Estado.

Con el nacimiento de la economía política, de la que proviene la diferenciación entre relaciones económicas y relaciones políticas, entendidas las relaciones económicas como relaciones fundamentalmente entre desiguales a causa de la división del trabajo, pero formalmente iguales en el mercado, la dicotomía público/privado aparece bajo la forma de distinción entre sociedad política (o de desiguales) y sociedad económica (o de iguales), o desde el punto de vista del sujeto característico de ambas, entre la

sociedad del *citoyen* (ciudadano) que mira al interés público y la del *bourgeois* (burgués) que contempla los intereses privados en competencia o colaboración con otros individuos. Tras la distinción entre esfera económica y esfera política reaparece la antigua distinción entre la "singulorum utilitas" y el "status rei publicae", con la que surgió por primera vez la distinción entre la esfera privada y la esfera pública. Así también la distinción iusnaturalista entre estado de naturaleza y estado civil se recompone, a través del nacimiento de la economía política, en la diferenciación entre sociedad económica, y en cuanto tal no política, y sociedad política; sucesivamente, entre sociedad civil, entendida hegelianamente, o mejor dicho en términos marxistas, como sistema de las necesidades, y estado político: donde debe resaltarse que la línea de separación entre, por un lado, estado de naturaleza, esfera económica, sociedad civil, y por otro, estado civil, esfera política, estado político, siempre transita entre una sociedad de iguales (por lo menos formalmente) y una sociedad de desiguales.

#### Ley y contrato

La otra distinción conceptual e históricamente relevante que confluye en la gran dicotomía es la que se refiere a las fuentes (en el sentido técnico-jurídico del término) del derecho público y del derecho privado: la ley y el contrato (o más en general el llamado "asunto jurídico"). En un trascendental fragmento de Cicerón, se dice que el derecho público consiste en la *lex* [ley], en el *senatus consultus* [decreto del senado], y en el *foedus* [el tratado inter-

nacional]; el derecho privado, en las *tabulae* [códigos], en la *pactum conventum* [pactos o acuerdos] y en la *stipulatio* [estipulaciones], [*Partitiones oratoriae*, 37, 131]. Como se observa, aquí el criterio de distinción entre derecho público y privado es la diferente manera bajo la cual uno y otro existen en cuanto conjunto de reglas vinculantes de la conducta: **el derecho público es tal en cuanto es impuesto por la autoridad política, y asume la forma específica, y cada vez más preponderante conforme avanza el tiempo, de "ley", en el sentido moderno de la palabra, es decir, de norma obligatoria porque es impuesta por el detentador del poder supremo (el soberano) y reforzada constantemente por la coacción (cuyo ejercicio exclusivo pertenece al propio soberano); el derecho privado o, mejor dicho, el derecho de los privados, es el conjunto de normas que los sujetos establecen para regular sus relaciones, entre las cuales las más importantes son las relaciones patrimoniales, mediante acuerdos bilaterales, cuya fuerza vinculante reposa primordialmente, y *naturaliter* [por naturaleza], esto es, independientemente de la reglamentación pública, en el principio de reciprocidad (*do ut des*).**

La sobreposición de las dos dicotomías, privado/público, contrato/ley, revela toda su fuerza explicativa en la doctrina moderna del derecho natural, para la cual el contrato es la forma típica bajo la que los individuos regulan sus relaciones en el estado de naturaleza, es decir, en donde no existe todavía un poder público, mientras la ley, definida normalmente como la expresión más alta del poder soberano (*voluntas superioris*), es la forma bajo la cual son reguladas las relaciones entre los súbditos, y entre éstos y el Estado, en la condición civil, esto es, en la

sociedad que se mantiene unida por una autoridad superior a los individuos. A su vez, la contraposición entre estado de naturaleza y estado civil, como la contraposición entre esfera de las libres relaciones contractuales y esfera de las relaciones reguladas por la ley, es acogida y convalidada por Kant, en el que se concluye el proceso de identificación de las dos grandes dicotomías de la doctrina jurídica, por un lado, derecho privado/derecho público, por otro, derecho natural/derecho positivo. **El derecho privado o de los privados es el derecho del estado de naturaleza, cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato; el derecho público es el derecho que emana del Estado, constituido por la supresión del estado de naturaleza, por consiguiente es el derecho positivo en sentido estricto, el derecho cuya fuerza obligatoria deriva de la posibilidad de que en su defensa se ejerza el poder coactivo que pertenece exclusivamente al soberano.**

La mejor confirmación de que la contraposición entre derecho privado y derecho público pasa a través de la distinción entre contrato y ley se encuentra en la crítica que los escritores post-iusnaturalistas (en primer lugar Hegel) hacen al contractualismo iusnaturalista, o sea, a la doctrina que funda el Estado en el contrato social. **Para Hegel un instituto de derecho privado como el contrato no puede asumirse como fundamento legítimo del Estado al menos por dos razones, estrechamente relacionadas con la naturaleza misma del vínculo contractual que es diferente del vínculo que deriva de la ley: en primer lugar, porque el vínculo que une al Estado con los ciudadanos es permanente e inderogable por parte de éstos, mientras que el vínculo contractual es derogable por las par-**

HA tes; en segundo lugar, porque el Estado puede pedirle a sus ciudadanos, aunque en circunstancias excepcionales, el sacrificio del mayor bien, la vida, que es un bien contractualmente indisponible. No por casualidad el contractualismo es rechazado por todos los críticos del iusnaturalismo por ser una concepción privatista (y por ello inadecuada) del Estado, el cual, para Hegel, toma su legitimidad, y por tanto el derecho de mandar y de ser obedecido, o por el simple hecho de representar en una determinada situación histórica el espíritu del pueblo o de ser encarnado en el hombre del destino (el "héroe" o "el hombre de la historia universal"), en ambos casos en una fuerza que trasciende la que puede derivar de la agregación y del acuerdo de voluntades individuales.

#### *Justicia conmutativa y justicia distributiva*

HA La tercera distinción que confluye en la dicotomía público/privado, y puede ilustrarla y ser ilustrada por ella, es la que se refiere a las dos formas clásicas de la justicia: distributiva y conmutativa. La justicia conmutativa es la que regula los intercambios: su objetivo fundamental es que las dos cosas que se intercambian sean de igual valor, con el fin de que el intercambio pueda ser considerado "justo", por lo que en una compra-venta es justo el precio que corresponde al valor de la cosa comprada, en el contrato de trabajo es justa la paga que corresponde a la calidad o cantidad del trabajo realizado, en el derecho civil es justa la indemnización que corresponde a la magnitud del daño, en el derecho penal el castigo justo es aquel en el que hay corresponden-

cia entre el *malum actionis* y el *malum passionis*. La diferencia entre estos cuatro casos típicos es que en los dos primeros tiene lugar la compensación de un bien con otro bien, en los últimos dos la correspondencia es de un mal con un mal. La justicia distributiva es en la que se inspira la autoridad pública para la distribución de honores y gravámenes: su objetivo es que a cada uno le sea dado lo que le corresponde con base en criterios que pueden cambiar, de acuerdo con la diversidad de las situaciones objetivas o de los puntos de vista; los criterios más comunes son "a cada uno según su mérito", "a cada uno según su necesidad", "a cada uno según su trabajo". Dicho de otro modo: la justicia conmutativa ha sido definida como la que tiene lugar entre las partes, la distributiva es aquella que tiene lugar entre el todo y las partes. Esta nueva sobreposición entre esfera privada y justicia conmutativa por un lado, y esfera pública y justicia distributiva por otro, se dio a través de la mediación de la diferencia, ya mencionada, entre sociedad de iguales y sociedad de desiguales. Un claro ejemplo de esta mediación lo ofrece el propio Vico para quien la justicia conmutativa, a la que llama *equatrix*, regula la sociedad de iguales, mientras que la justicia distributiva, llamada *rectrix*, regula la sociedad de desiguales, como la familia y el Estado [1720. cap. LXIII].

Una vez más conviene advertir que todas estas correspondencias deben ser tomadas con cuidado porque la coincidencia de una con otra jamás es perfecta. También aquí los casos límite son la familia y la sociedad internacional: la familia en cuanto vive en el ámbito del Estado es un instituto del derecho privado, pero al mismo tiempo es una sociedad de desiguales y regida por la justicia distribu-

tiva; la sociedad internacional, que es al contrario una sociedad de iguales (formalmente) y es regida por la justicia conmutativa, normalmente corresponde a la esfera pública, por lo menos *ratione subjecti* [tomando en cuenta la razón del sujeto], en cuanto los sujetos de la sociedad internacional los Estados se constituyen como los entes públicos por excelencia.

### 3. EL USO AXIOLÓGICO DE LA GRAN DICOTOMÍA

Además del significado descriptivo, mostrado en los dos párrafos anteriores, los términos de la dicotomía público/privado también tienen un significado evaluativo. Como se trata de dos conceptos que en el uso descriptivo común fungen como contradictorios, en el sentido de que en el universo delimitado por ambos un ente no puede ser al mismo tiempo público y privado, y tampoco ni público ni privado, el significado evaluativo de uno tiende a ser opuesto al del otro, en cuanto que cuando es atribuido un significado evaluativo positivo al primero, el segundo adquiere un significado evaluativo negativo, y viceversa. Desde este punto de vista derivan dos concepciones diferentes de la relación entre público y privado que pueden ser definidas así: la supremacía de lo privado sobre lo público, o la superioridad de lo público sobre lo privado.

#### *La primacía de lo privado*

La supremacía del derecho privado se afirma a través de la difusión y recepción del derecho romano

en Occidente: el llamado derecho de las *Pandette*\* es en gran parte derecho privado, cuyos institutos principales son la familia, la propiedad, el contrato y los testamentos. En la continuidad de su duración y en la universalidad de su extensión el derecho privado romano adquiere el valor de derecho de la razón, es decir, un derecho cuya validez es reconocida independientemente de las circunstancias de tiempo y lugar que la originaron y está basada en la "naturaleza de las cosas" a través de un proceso semejante a aquel por el que, muchos siglos más tarde, la doctrina de los primeros economistas, posteriormente llamados clásicos (al igual que fueron llamados clásicos los grandes juristas de la época de oro del derecho romano), será considerada como la única economía posible porque descubre, refleja, describe, relaciones naturales (propias del dominio de la naturaleza o "fisiocracia"). En otras palabras: el derecho privado romano, aunque originalmente fue un derecho positivo e histórico (codificado en el *Corpus iuris* de Justiniano), se transforma en un derecho natural, mediante la obra secular de los juristas, glosadores, comentadores, sistemáticos, para luego transformarse de nuevo en un derecho positivo con las grandes codificaciones de principios del siglo XIX, especialmente con la recopilación napoleónica (1804), derecho positivo que por lo demás sus primeros comentadores le atribuyen una validez absoluta, considerándolo como el derecho de la razón.

Así pues, durante siglos el derecho privado es el derecho por excelencia. Incluso en Hegel, *Recht*, sin

\* Una de las partes del código de Justiniano. Genéricamente cualquier texto normativo (nota del traductor).

otro agregado, significa derecho privado, el “derecho abstracto” de los *Lineamientos de la filosofía del derecho* (*Grundliniender Philosophie des Rechts*, 1821), mientras que el derecho público es nombrado, por lo menos en los primeros escritos, *Verfassung* “constitución”. También Marx, cuando habla de derecho y desarrolla la crítica (que hoy se llamaría ideológica) del derecho, siempre se refiere al derecho privado, cuyo principal fundamento tomado en consideración es el contrato entre entes formalmente (aunque no sustancialmente) iguales. El derecho que a través de Marx se identifica con el derecho burgués es esencialmente el derecho privado, mientras que el derecho público se presenta en forma de crítica, no tanto de una forma de derecho, sino de la concepción tradicional del Estado y del poder político. El primero y más grande teórico del derecho soviético, *Pasukanis*, dirá [1924], que “el núcleo más sólido de la nebulosa jurídica. . . está. . . en el campo de las relaciones del derecho privado”, ya que el presupuesto fundamental de la reglamentación jurídica (aquí debería haber agregado “privada”) es “el antagonismo de los intereses privados”, lo que explica por qué “las líneas fundamentales del pensamiento jurídico romano hayan conservado su valor hasta nuestros días, permaneciendo la *ratio scripta* [la razón escrita] de toda sociedad productora de mercancías” (trad. it., pp. 122-127). En fin, criticando como ideológica, y por lo tanto no científica, la distinción entre derecho privado y derecho público, Kelsen observó [1960] que las relaciones de derecho privado pueden ser definidas “como ‘relaciones jurídicas’ *tout court* como relaciones ‘de derecho’ en el sentido más propio y estricto del término, para contraponerlas a las rela-

ciones de derecho público en cuanto relaciones de ‘poder’” (trad. it., p. 312).

El derecho público como cuerpo sistemático de normas nació mucho más tarde que el derecho privado, en la época de la formación del Estado moderno, aunque se pueden encontrar sus orígenes entre los comentaristas del siglo xiv, como Bartolo de Sassoferrato. Por lo demás, mientras las obras de derecho privado, sobre la propiedad y la posesión, los contratos y testamentos, son tratados exclusivamente jurídicos, los grandes tratados sobre el Estado, aunque son escritos por juristas, continúan siendo durante siglos obras que no mantienen exclusividad jurídica, esto es, desde los *Six livres de la République* (*Seis libros de la República*) de Bodino (1576) hasta la *Allgemeine Staatslehre* (*Teoría general del Estado*) de Jellinek (1910). No es que el derecho romano no hubiese proporcionado principios válidos para la solución de algunos problemas capitales del derecho público europeo, comenzado por la *lex regia de imperio* [*Digesto*, 1,4,1] de acuerdo con la cual lo que el *princeps* (príncipe) establece tiene fuerza de ley (“*habet legis vigorem*”), cuando el pueblo le haya atribuido este poder, que es originalmente del pueblo, de donde viene la añeja disputa de si el pueblo hubiese transmitido o solamente concedido el poder al soberano. Con la disolución del Estado antiguo y con la formación de las monarquías germánicas, las relaciones políticas sufrieron una transformación tan profunda, y surgieron en la sociedad medieval problemas tan diversos, como el de las relaciones entre el Estado y la Iglesia, entre el imperio y el reino, entre los reinos y las ciudades, que el derecho romano sólo podía ofrecer muy pocos instrumentos de interpretación y de análisis. Queda por señalar

que, a pesar de todo, hubo dos categorías fundamentales del derecho público europeo, que habían derivado del derecho privado y de las cuales se sirvieron durante siglos los juristas para la construcción de una teoría jurídica del Estado: el *dominium* (dominio), entendido como poder patrimonial del monarca sobre el territorio del Estado, que se distingue del *imperium* (imperio), en que representa el poder de mandar a los súbditos; y el *pactum* (pacto), con todas sus especies, *societatis* (asociación), *subiectionis* (sumisión), *unionis* (unión), y que funge como principio de la legitimación del poder en toda la tradición contractual que va de Hobbes a Kant.

4A Uno de los hechos que ilustra mejor la persistencia de la primacía del derecho privado sobre el derecho público es la resistencia que el derecho de propiedad opone a la injerencia del poder soberano, y en consecuencia al derecho del soberano de expropiar (por causa de utilidad pública) los bienes del súbdito. Incluso un teórico del absolutismo como Bodino considera injusto al príncipe que viola sin un motivo justificado y razonable la propiedad de sus súbditos, y considera tal acto como una violación de la ley natural a la que el príncipe está sometido al igual que todos los otros hombres [1576, 1,8]. Hobbes, quien le atribuye al soberano un poder sin límites en la esfera privada de los súbditos, reconoce sin embargo que los súbditos son libres de hacer todo aquello que el soberano no ha prohibido, y el primer caso que menciona es "la libertad de comprar, vender y hacer contratos uno con otro" [1651, cap. XXI]. Con Locke, la propiedad se convierte en un verdadero derecho natural, porque nace del esfuerzo personal en el estado de naturaleza antes de la constitución del poder político, y como tal su libre

ejercicio debe estar garantizado por la ley del Estado (que es la ley del pueblo). A través de Locke, la inviolabilidad de la propiedad, que comprende todos los demás derechos individuales naturales, como la libertad y la vida, y que indica que existe una esfera del individuo que es autónomo a la esfera del poder público, se vuelve uno de los bastiones de la concepción liberal del Estado, que en este contexto puede ser redefinida como la más consciente, coherente, e históricamente importante, teoría de la primacía de lo privado sobre lo público. La autonomía de la esfera privada del individuo frente a la esfera de competencia del Estado es tomada por Constant como emblema de la libertad de los modernos, contrapuesta a la libertad de los antiguos, en el marco de una filosofía de la historia en la que el *esprit de commerce* (espíritu de comercio), que mueve las energías individuales, está destinado a tomar la supremacía sobre el *esprit de conquête* (espíritu de conquista), del que están poseídos los detentadores del poder político, y la esfera privada se amplía en detrimento de la esfera pública, no propiamente hasta la extinción del Estado, sino hasta su reducción al mínimo. Reducción que Spencer celebra en la contraposición entre sociedades militares del pasado y sociedades industriales del presente, entendida precisamente como contraposición entre sociedades en las que la esfera pública prevalece sobre la privada y sociedades en las que efectúa el proceso inverso.

#### *La primacía de lo público*

La primacía de lo público ha asumido diversas formas, de acuerdo con las diferentes maneras bajo las

HA  
 MA  
 cuales se ha manifestado, sobre todo en el último siglo, la reacción a la concepción liberal del Estado y la derrota histórica, aunque no definitiva, del Estado mínimo. La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental. La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo —la nación, la clase, la comunidad del pueblo— en favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía. No es que todas las teorías de la supremacía de lo público sean histórica y políticamente las mismas, pero es común a todas ellas el principio de que el todo es primero que las partes. Se trata de una idea aristotélica, y después de siglos, hegeliana (de un Hegel que sobre el particular cita a Aristóteles), de acuerdo con la cual la totalidad tiene fines que no pueden reducirse a la suma de los fines de los individuos que la componen y el bien de la totalidad una vez alcanzado se transforma en el bien de sus partes. Dicho de otro modo: el máximo bien de los sujetos no es efecto de la persecución, mediante el esfuerzo personal y el antagonismo, del propio bien por parte de cada cual, sino es producto de la contribución que cada uno junto con todos los demás da solidariamente al bien común, de conformidad con las reglas que toda la comunidad o el grupo dirigente que la representa (teórica o prácticamente) se ha dado a través de sus órganos, sean éstos autocráticos o democráticos.

De hecho, la primacía de lo público significa el aumento de la intervención estatal en la regulación coactiva del comportamiento de los individuos y de los grupos infraestatales, o sea, el camino de la emancipación de la sociedad civil con respecto al Estado que fue una de las consecuencias históricas del nacimiento, desarrollo, hegemonía, de la clase burguesa (sociedad civil y sociedad burguesa son, en el léxico marxista, y en parte también hegeliano, la misma cosa). Al caer los límites de la acción del Estado, cuyos fundamentos éticos fueron sacados de la tradición iusnaturalista acerca de la prioridad axiológica del individuo con respecto al grupo, y en la afirmación consecuente de los derechos naturales del individuo, el Estado paulatinamente retomó el espacio conquistado por la sociedad civil burguesa hasta absorberlo completamente en la experiencia extrema del Estado total (total precisamente en cuanto no deja algún espacio fuera de sí mismo). De esta reabsorción de la sociedad civil en el Estado, la filosofía del derecho de Hegel representa al mismo tiempo la tardía toma de conciencia y la inconsciente representación anticipada; una filosofía del derecho que repercute en una filosofía de la historia en la que son juzgadas como épocas de decadencia aquellas en las cuales se manifiesta la supremacía del derecho privado, como son la época imperial romana que se mueve entre los dos polos del despotismo público y de la libertad de la propiedad privada, y la época feudal en la que las relaciones políticas son relaciones de tipo contractual, y de hecho no existe un Estado; por el contrario, son épocas de progreso aquellas en las cuales el derecho público toma la revancha sobre el derecho privado, como la época moderna que contempla el avasalla-

dur surgimiento del gran Estado territorial y burocrático.

*Dos procesos paralelos*

Se ha dicho que la distinción público/privado se duplica en la distinción política/economía, con la consecuencia de que la primacía de lo público sobre lo privado es interpretada como la superioridad de la política sobre la economía; esto es, del orden dirigido desde arriba sobre el orden espontáneo, de la organización vertical de la sociedad sobre la organización horizontal. Prueba de ello es que el proceso, que hasta ahora parecía irreversible, de intervención de los poderes públicos en la regulación de la economía también es designado como proceso de "publicitación de lo privado". En efecto, se trata de un proceso que las doctrinas socialistas políticamente eficaces favorecieron, mientras los liberales de ayer y de hoy, además de las diversas corrientes del socialismo libertario, hasta ahora políticamente ineficaces, rechazaron, y continúan rechazando, como uno de los productos perversos de esta sociedad de masas, en la que el individuo, como el esclavo hobbesiano, pide protección a cambio de libertad, a diferencia del siervo hegeliano destinado a volverse libre porque no lucha por salvar la vida sino por su reconocimiento.

De hecho el proceso de publicitación de lo privado solamente es una de las facetas del proceso de cambio de las sociedades industriales más avanzadas.

Tal proceso es acompañado y complicado por un fenómeno inverso que se puede llamar "privatización de lo público". Al contrario de lo que había

previsto Hegel, de acuerdo con el cual el Estado como totalidad ética habría terminado por imponerse a la fragmentación de la sociedad civil, interpretada como "sistema del atomismo", las relaciones de tipo contractual, características del mundo de las relaciones privadas, de ninguna manera fueron relegadas a la esfera inferior de las relaciones entre los individuos o los grupos menores, sino que reaparecieron en el nivel superior de las relaciones políticamente relevantes, por lo menos bajo dos formas: en las relaciones entre grandes organizaciones sindicales para la formación y renovación de los contratos colectivos, y en las relaciones entre partidos políticos para la formación de las coaliciones de gobierno.

La vida de un Estado moderno, en el que la sociedad civil está constituida por grupos organizados cada vez más fuertes, es atravesada por conflictos de grupo que continuamente se renuevan, frente a los cuales el Estado como conjunto de órganos de decisión (parlamento y gobierno) y ejecutivos (aparato burocrático), desempeña la función de mediador y de garante más que de detentador del poder de imperio, de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía. Los acuerdos sindicales o entre partidos normalmente son precedidos por largas negociaciones, característica de las relaciones contractuales, y culminan en un acuerdo que se parece más a un tratado internacional, con la inevitable cláusula "rebus sic stantibus" [hasta que la situación no se modifica], que a un contrato de derecho privado cuyas reglas para una eventual disolución son establecidas por la ley. Los contratos colectivos con respecto a las relaciones sindicales, y las coaliciones de gobierno con respecto a las relaciones entre partidos políticos,

son momentos decisivos para la vida de esa gran organización, o sistema de sistemas, que es el Estado contemporáneo, articulado en su interior por organizaciones semisoberanas, como las grandes empresas, las asociaciones sindicales, los partidos.

No por casualidad quienes ven en el crecimiento de estos centros de poder un ataque a la majestad del Estado, hablan de un nuevo feudalismo, entendido precisamente como la época en la cual, para retomar a Hegel, el derecho privado toma la supremacía sobre el derecho público y esta prevaricación de la esfera inferior sobre la superior mostraría un proceso de degeneración del Estado.

Los dos procesos, de publicitación de lo privado y de privatización de lo público, de ninguna manera son incompatibles, y de hecho se compenetran uno en otro.

El primero refleja el proceso de subordinación de los intereses privados al interés de la colectividad representada por el Estado que invade y engloba progresivamente la sociedad civil; el segundo representa la reivindicación de los intereses privados mediante la formación de los grandes grupos organizados que utilizan los aparatos públicos para alcanzar sus objetivos.

El Estado puede ser correctamente representado como el lugar donde se desarrollan y componen estos conflictos, para luego descomponerse y recomponerse mediante el instrumento jurídico de un acuerdo continuamente renovado, encarnación moderna de la tradicional figura del contrato social.

## 4. EL SEGUNDO SIGNIFICADO DE LA DICOTOMÍA

*Público o secreto*

No debe confundirse la dicotomía público/privado que hasta aquí se ha analizado con la misma distinción en la que por "público" se entiende manifiesto, abierto al público, realizado frente a espectadores, y por "privado" lo opuesto, lo que se dice o se hace en un círculo restringido de personas, en secreto. Esta distinción también es conceptual e históricamente importante, pero en un sistema de ideas y en un contexto histórico diferente de aquellos en los cuales se inserta la gran dicotomía. Tan diferente que la gran dicotomía mantiene toda su validez incluso cuando la esfera de lo público, entendida como la esfera de competencia del poder político, no coincide necesariamente con la esfera de lo público, entendida como la esfera donde se presenta el control por parte del público del poder político. Conceptual e históricamente el problema de la publicidad del poder es un problema diferente del de su naturaleza de poder político distinto del poder de los privados; el poder político es el poder público en cuanto a la gran dicotomía, aun cuando no es público, no actúa en público, se esconde del público, no está controlado por el público. Conceptualmente, el problema de la publicidad del poder siempre sirvió para mostrar la diferencia entre las dos formas de gobierno: la república, caracterizada por el control público del poder y en la época moderna por la formación libre de una opinión pública, y el principado, cuyo método de gobierno contempla el recurso a los *arcana imperii*, es decir, al secreto de

Estado que en un Estado de derecho moderno solamente está previsto como remedio excepcional. Históricamente, el mismo problema distingue una época de profunda transformación de la imagen del Estado y de las relaciones reales entre el soberano y los súbditos; la época del nacimiento de lo "público político" en el sentido figurado por Habermas, esto es, en el que la esfera pública política adquiere una influencia institucionalizada sobre el gobierno mediante el cuerpo legislativo porque "el ejercicio del dominio político es efectivamente sometido a la obligación democrática de la publicidad" [1964, traducción del italiano, p. 53].

#### *Publicidad y poder invisible*

La historia del poder político entendido como poder abierto al público puede hacerse comenzar desde Kant, quien considera como "fórmula trascendental del derecho público" el principio de acuerdo con el cual "todas las acciones referentes al derecho de otros hombres, cuya máxima no es compatible con la publicidad, son injustas" [1796, trad. it., p. 330]. El significado de este principio se aclara cuando se observa que hay máximas que una vez hechas públicas provocarían tal reacción que harían imposible su cumplimiento. ¿Qué Estado podría declarar al firmar un tratado internacional que no se considera obligado a la norma de que los pactos deben ser cumplidos? En referencia a la realidad que tenemos frente a nosotros, ¿qué funcionario podría declarar, al asumir su cargo, que se servirá de él para traer un provecho personal, o para subvencionar secretamente a un partido político, o para

corromper a un juez que debe juzgar a un pariente suyo?

El principio de la publicidad de las acciones de quien detenta un poder público ("público" en el sentido de "político") se contrapone a la teoría de los *arcana imperii*, que dominó la época del poder absoluto. Esta teoría sostiene que el poder del príncipe es más eficiente, y por tanto apegado a su objetivo, cuanto más permanece escondido de la mirada indiscreta del vulgo, cuanto más es al igual que el poder de Dios, invisible. Esta doctrina se basa en dos argumentos principales: uno intrínseco a la naturaleza misma del sumo poder, cuyas acciones pueden tener mayor éxito conforme son más rápidas e imprevisibles: el control público, incluso solamente de una asamblea de notables, frena las decisiones e impide la sorpresa; otro, derivado del desprecio por el vulgo, considerado como objeto pasivo, como la "bestia salvaje" que debe ser domesticada, dominada por fuertes pasiones que le impiden formarse una opinión racional del bien común, egoísta de vista corta, presa fácil de los demagogos que se sirven de él para su propio provecho. La indivisibilidad y por tanto el control del poder estaban asegurados, institucionalmente, por el lugar cerrado al público en el que se tomaban las decisiones políticas (el gabinete secreto) y por la no publicación de las mismas decisiones, psicológicamente, mediante la permisibilidad profesada y reconocida de la simulación y de la disimulación como principio de acción del Estado, a despecho de la ley moral que prohíbe mentir. Los dos expedientes, el institucional y el psicológico, son complementarios, en cuanto se refuerzan uno a otro: el primero autoriza al soberano a no hacer saber anticipadamente qué decisiones

tomará y a no hacerlas conocer después de que las tomó; el segundo lo autoriza a esconder las decisiones tomadas, o sea, a disimular, o a presentarlas de diferente manera, es decir, a simular. Naturalmente, allí donde el poder es invisible, el contrapoder está obligado a hacerse también invisible; en consecuencia, al secreto de la cámara del consejo corresponde la conjura de palacio tramada en secreto en el mismo lugar donde se oculta el poder soberano. Al lado de los *arcana imperii* están los *arcana seditionis*.

Mientras el principado —en el sentido clásico de la palabra—, la monarquía de derecho divino, las diversas formas de despotismo, exigen la invisibilidad del poder y de diversas maneras la justifican, la república democrática —*res publica* no sólo en el sentido propio de la palabra, sino también en el sentido de expuesta al público— exige que el poder sea visible. El lugar donde se ejerce el poder en toda forma de república es la asamblea de ciudadanos (democracia directa) donde el proceso de decisiones es *in re ipsa* [de por sí], público, como sucedía en el ágora de los griegos; allí donde la asamblea es la reunión de los representantes del pueblo, y por tanto las decisiones podrían ser conocidas solamente por éstos, las reuniones de la asamblea deben ser abiertas al público de manera que cualquier ciudadano pueda tener acceso a ellas. Hay quien ha creído poder establecer un nexo entre el principio de representación y la publicidad del poder, como Carl Schmitt, para quien “la representación solamente puede tener lugar en la esfera de la publicidad” y “no hay alguna representación que se desarrolle en secreto y a escondidas” por lo que “un parlamento tiene carácter representativo sólo en cuanto se considera que su

actividad sea pública” [1928, p. 208]. Bajo este aspecto es esencial para la democracia el ejercicio de los diversos derechos de la libertad, que permiten la formación de la opinión pública, y de esta manera aseguran que las acciones de los gobiernos se sustraigan del secreto de la cámara del consejo, se retiren de las sedes secretas en las que se tratan de ocultar de los ojos del público, para evitar que sean examinadas, juzgadas y criticadas.

Así como al proceso de publicitación de lo privado, jamás concluido definitivamente, corresponde el proceso inverso de privatización de lo público, así también la victoria del poder visible sobre el invisible jamás se concluye definitivamente. El poder invisible resiste al avance del visible, reinventa formas para ocultarse y para esconder; para ver sin ser visto. La forma ideal del poder es la del poder que se le atribuye a Dios, el omnividente invisible. Los *arcana imperii* se transformaron en el secreto de Estado que en la legislación del Estado moderno de derecho se concreta en castigar la publicación de actas y documentos reservados; por lo demás, con esta diferencia sustancial —que contra el *arcanum* [secreto], considerado como instrumento esencial del poder, y por tanto necesario—, el secreto de Estado es legitimado solamente en los casos excepcionales previstos por la ley. De igual manera jamás ha decaído la práctica del ocultamiento mediante la influencia que el poder público puede ejercer sobre la prensa, a través de la monopolización de los medios masivos de comunicación, sobre todo mediante el ejercicio ilimitado del poder ideológico, siendo la función de las ideologías la de cubrir con velos o mantos las motivaciones reales que mueven el poder, forma pública y lícita de la “men-

tira piadosa" de origen platónico o del "engaño lícito" de los teóricos de la razón de Estado.

Por otra parte, si es verdad que en un Estado democrático el público observa más el poder que en un Estado autocrático, también es cierto que el uso de las computadoras, que se está ampliando y se extenderá cada vez más, para la memorización de las fichas personales de todos los ciudadanos, permite y permitirá cada vez más a quienes detentan el poder observar al público mucho mejor que los Estados del pasado. Lo que significa que a pesar de las profundas transformaciones en las relaciones entre gobernantes y gobernados, inducidas por el desarrollo de la democracia, el proceso de publicitación del poder, incluso en el segundo sentido de la dicotomía público/privado, es todo menos lineal. Así, pues, esta dicotomía, tanto en el sentido de colectivo/individual (demostrado en los párrafos 1, 2 y 3), como en el sentido de manifiesto/secreto (mostrado en este párrafo), a pesar del cambio de significados, constituye una de las categorías fundamentales y tradicionales para la representación conceptual, la comprensión histórica y la enunciación de juicios de valor, en el vasto campo recorrido por las teorías de la sociedad y del Estado.

## II. LA SOCIEDAD CIVIL

### 1. LAS DIVERSAS ACEPCIONES

EN EL lenguaje político actual la expresión "sociedad civil" es conocida generalmente como uno de los términos de la gran dicotomía sociedad civil/Estado. Lo que quiere decir que no se puede determinar su significado y delimitar su extensión más que refiriendo y delimitando al mismo tiempo el término "Estado". Negativamente, se entiende por "sociedad civil" la esfera de las relaciones sociales que no está regulada por el Estado, entendido restrictivamente, y casi siempre polémicamente, como el conjunto de los aparatos que en un sistema social organizado ejercen el poder coactivo. Se remonta a August Ludwig von Schlözer (1794), y es continuamente retomada en la literatura alemana sobre el argumento, la distinción entre *societas civilis sine imperio* [sociedad civil sin poder central], y *societas civilis cum imperio* [sociedad civil con poder central], donde la segunda expresión indica lo que en la gran dicotomía se designa con el término "Estado", en un contexto en el que, como se verá más adelante, todavía no nacía la contraposición entre la sociedad y el Estado, y bastaba un solo término para designar uno y otro, aunque con una distinción interna de especie. A la noción restrictiva del Estado como órgano del poder coactivo, que permite la formación y asegura la persistencia de la gran dicotomía,