

Libertad y regulación

El artículo 28 de la Constitución Política, señalado por algunos estudiosos como “la definición ontológica de la libertad”, preceptúa, en lo atinente:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. ...”

Generalmente, los profesores de Derecho Público aprovechan este texto para expresar la diferencia entre los principios del Derecho público y el Derecho privado, subrayando la diferencia entre el principio de legalidad y el enunciado inicial de esta disposición constitucional (“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.”)

El principio de legalidad amarra la actuación del funcionario público a la existencia de una ley previa que autorice su conducta (solo lo autorizado por ley puede hacerse). El particular, en cambio, puede hacer y decir cualquier cosa que no esté infringiendo la ley.

El comentario de hoy, no obstante, se dirige al tema de la regulación. Es claro que el reglamento y las normas subordinadas a la ley no pueden regular la conducta del particular (la Administración está sujeta al principio de legalidad, de manera que solo la ley puede imponer conductas, sanciones, penas, obligaciones, multas e impuestos o, importantísimo, regular el régimen de los derechos fundamentales o libertades públicas).

Además, como ya se ha reiterado varias veces, si no hay infracción a la ley, puede hacerse cualquier cosa. Ese es el régimen general.

¿Cuándo es lícito para la ley imponerse o normar conductas o regular en general a la sociedad? Lo dice el siguiente enunciado del mismo artículo 28: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.”

Dicho de otra manera, solo hay tres puertas de entrada para la ley en el ámbito privado:

1. Moral pública.
2. Orden público.
3. Perjuicio a tercero.

Al menos, así lo deja claro la norma constitucional. Durante muchos años, fue costumbre de los legisladores agregar la muletilla que decía “Esta ley es de orden pública y deroga a todas las que se le opongan” (términos más o términos menos). Ello prácticamente ha sido desterrado del uso legislativo. Era como un pretexto para invadir campos que debían ser respetados. El “orden público” no puede definirse de esta manera.

Es cierto que en la Constitución el “orden público” es un concepto jurídico indeterminado, pero es más cierto que no puede andar jugándose con tal concepto invocándolo cada vez que se quiere invadir la esfera que debe respetarse.

En los tiempos actuales, además, el tema de “moral pública” ha venido encogiéndose con riesgo de quedarse totalmente estrecho. La vieja expresión de “moral universal y buenas costumbres” quizás ya no cobija nada.

El criterio cada vez más amplio, en cambio, es el tema del “perjuicio a terceros”. En las leyes relativas al comercio, responsabilidades, régimen general de contratos y relaciones entre particulares y cuasicontratos, es común ver que cada vez el legislador intenta regular más conductas. En algunos casos, incluso, con mucha insistencia en la responsabilidad objetiva.

La cuestión fundamental es que las relaciones entre particulares se entienden, constitucionalmente, entre sujetos iguales y con libertad. De manera que la regulación habría de ser mínima o la necesaria.

Algunos campos de la actividad humana han sido arrebatados al Derecho privado y constituyen nuevas ramas del Derecho (Derecho laboral, Derecho de familia, por ejemplo), disminuyéndose la importancia del acuerdo de voluntades, convirtiendo en actos lo que antes era contrato y tutelándose muchas áreas del quehacer humano.

¿Cuánto admitirá la Constitución esta tendencia? Es difícil saberlo. A veces la historia es pendular, otras veces no.

¿En qué radica la esencia de la actividad privada? En ello radica el quid del asunto y la interpretación constitucional.

Lo que es claro es que no debe alterarse la naturaleza básica de la actividad particular y no debe llegar a regularse todo. Ello eliminaría la libertad y, por ende, el propio Ordenamiento constitucional.

Dotados de inteligencia y conocimiento, los seres humanos no debemos atenernos a la solución pública, al arbitraje normativo y a escritorio del empleado público o el juez. Debemos admitir nuestra responsabilidad y nuestro potencial.

Asimismo, el exceso de regulación termina por lavar o disminuir los conceptos generales de justicia, equidad, buena fe y otros más derivados de principios generales. Algunas veces la regulación no deja campo para estas soluciones.

En fin, se trata de apuntes generales para un tema que es muy principal. ¿Queremos ser libres o súbditos de conductas diseñadas por otros?

Federico Malavassi Calvo