

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y TURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Quinto: Derecho público y Derecho privado . . . . .</i>	194
1. La razón de la antítesis . . . . .	194
2. La teoría del interés . . . . .	195
3. La teoría de la coordinación y de la supraordinación. . . . .	196
4. La teoría de la diversidad de sanciones . . . . .	197
5. El Estado de Derecho . . . . .	198

## CAPÍTULO QUINTO

### DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Jurídicamente todo Estado es Estado de derecho. Se llama Estado *de facto* a la comunidad política cuya estructura nos desagrada subjetivamente.

F.E.V.B.

#### 1. LA RAZÓN DE LA ANTÍTESIS

Aunque inútilmente se haya pretendido encontrar una fundamentación teórica de la distinción entre derecho público y derecho privado, se ha mantenido siempre la antítesis entre ambos, por razones de carácter ideológico. Y como no se sabe qué es lo que quiere decirse cuando se les distingue y contrapone, los sostenedores de esta posición se conforman con enumerar convencionalmente, las ramas del derecho que se incluyen en una y otra denominación, colocando dentro del derecho público, el constitucional, el administrativo, el procesal, el penal y el internacional público; y dentro del derecho privado, el civil, el mercantil y el internacional privado. Pero no existe certeza alguna en el criterio fundamental de esta división, pues en tanto algunos autores sitúan los derechos laboral y agrario en el ámbito del derecho privado, otros sólo admiten dentro de éste al primero, y los más, a ninguno de los dos. Éstos hablan de un tercer tipo en la clasificación: el derecho social.

La falta de probidad intelectual de quienes sustentan la división, aun después de reconocer que ninguna de las pautas propuestas para distinguirlos, y que después estudiaremos, es apta para tal fin; queda de relieve cuando se enseña que "las instituciones del derecho público no pueden tratarse con el mismo método que las del derecho privado", por lo que es preciso aplicar a su tratamiento "un método de interpretación no fundado en el derecho positivo"; y que constituye un principio de la teoría del Estado, que "los actos de los órganos supremos de la comunidad política tienen a su favor la presunción de juridicidad", con lo cual "se comete el abuso de convertir una norma general no fundada en el orden jurídico positivo, en una modificación fraudulenta" del mismo, en beneficio de los hombres que tienen a su cargo la ejecución de ciertas funciones orgánicas del Estado, pues "se pretende que todos sus actos valgan como jurídicos, sin consideración a la ley, a pesar de que aquellos hombres no pueden ser considerados como órganos estatales sino en tanto que obran jurídicamente" (Kelsen). Es decir,

que se trata de una vulgar justificación ideológica de la dictadura, vestida con los ropajes de la teoría, por cuanto se pretende postular que lo hecho por el jefe del Estado, el Congreso o el Tribunal Supremo de un país, es jurídicamente recto mientras no se demuestre lo contrario.

La anterior es sólo una de las posibles razones que mantienen en pie la antítesis entre derecho público y derecho privado, pues el método del uno no puede ser más que el mismo seguido por el otro: el que se funda en el derecho positivo, por cuanto no existe ningún criterio objetivo para diferenciar las normas jurídicas en públicas y privadas.

## 2. LA TEORÍA DEL INTERÉS

La doctrina de que el derecho público está constituido por las normas que regulan o protegen el interés general, y el derecho privado por las que miran al interés individual, al interés de los particulares, es infundada por las siguientes razones: a) El del interés es un punto de vista que está más allá del derecho positivo, pues la protección del mismo es el fin que aspiran a realizar las normas jurídicas, por lo que preceptos estructuralmente distintos, si los hubiera dentro del derecho, podrían orientarse a un mismo interés; esto es, que no podemos clasificar las normas jurídicas tomando en consideración un dato metajurídico, ya que ello equivaldría a distinguir los objetos por el fin a que se les destina, lo cual daría pábulo a confundir por ejemplo los lápices con los estilos, porque todos ellos se usan para escribir, o bien, a distinguir entre dos lápices cuando uno de ellos se utilizara para un fin diverso del de escribir; o como dice el jefe de la Escuela de Viena, “querer cualificar jurídicamente las normas de derecho con arreglo al fin que aspiran a realizar, equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por precio; y uno y otro criterio son igualmente inservibles”. b) Es imposible determinar de cualquier norma jurídica el tipo de interés público o privado al que sirve, pues todas sirven siempre a uno y otro; por ejemplo, es indiscutible que la conservación del derecho privado constituye un interés público, ya que si así no fuese, la aplicación del mismo no se confiaría a órganos estatales; y por otro lado, el Estado puede ser parte en una relación de derecho privado, pese a lo cual los intereses de la comunidad política siempre se han considerado de carácter público. c) Metódicamente, la división de las normas jurídicas sólo puede hacerse por referencia a su contenido, a la articulación de los hechos que constituyen el supuesto o la consecuencia de las mismas, o sea, a objetos inmanentes y no trascendentes al derecho; así, hay normas que poseen sólo validez “dispositiva”, esto es, que ellas y su contenido sólo valen cuando las partes no han convenido otra cosa (v. gr., las que fijan el interés legal en los contratos), y normas que poseen validez “taxativa”, es decir, que valen aunque las partes convengan lo contrario (por ejemplo, las que establecen la irrenunciabilidad de ciertos derechos del obrero, del menor, de la mujer casada); pero esta división, que puede hacerse

coincidir con la distinción entre derecho público y privado, no tiene nada que ver con el criterio del interés, porque el derecho taxativo y el dispositivo protegen intereses públicos y privados a un mismo tiempo.

### 3. LA TEORÍA DE LA COORDINACIÓN Y DE LA SUPRAORDINACIÓN

La doctrina que hace consistir la diferencia entre derecho privado y derecho público, en una diferencia entre relaciones jurídicas propiamente dichas, o sea, entre sujetos iguales, y relaciones de poder o dominación, es decir, entre un sujeto superior y otro u otros inferiores, diciendo que las primeras se dan entre particulares y las segundas entre el Estado y una o más personas privadas, carece de todo fundamento por lo que sigue: a) Esta doctrina no distingue entre normas de derecho sino entre relaciones jurídicas, por lo cual no es apta para diferenciar el derecho público del privado; así, en el derecho civil, por ejemplo, se dan relaciones jurídicas coordinadas, como cuando contratan dos particulares, y supraordinadas, como cuando el Estado celebra un arrendamiento o una compraventa con una persona privada, pero no por ello las normas que rigen estas especies contractuales, adquieren el carácter de preceptos de derecho público; esto obliga a los partidarios de la distinción, a introducir un nuevo dualismo injustificable teóricamente: el de la doble personalidad del Estado, como persona de derecho público y persona de derecho privado; pero como el supuesto de la superioridad del Estado sobre los particulares, es el que permite distinguir al derecho en público y privado, resulta imposible lógicamente hablar a la vez del Estado como particular. b) No existe ninguna superioridad del Estado sobre los particulares, pues como sujeto de derechos y deberes que es, lo mismo que las personas privadas se encuentra sometido al orden jurídico. Decir que la voluntad del Estado es superior a la de los particulares, es un error. Si por voluntad se entiende el querer psicológico, se está afirmando un disparate, porque el Estado no es un organismo psicofísico, y si por ella se entiende voluntad jurídica, voluntad de la norma, entonces no hay ninguna diferencia entre él y las personas privadas, cuya voluntad es también la de la norma (verbigracia, cuando el mandante ha muerto y no tiene voluntad psíquica, el mandatario sigue estando obligado como tal en alguna medida, lo cual demuestra que la voluntad del particular es voluntad jurídica; o, por ejemplo, un acreedor puede no tener la voluntad o deseo de cobrar a su deudor, pero un acreedor de aquél puede ejercitar la acción de cobro en su lugar y, obtenido el pago, quedar extinguida la obligación del deudor; todo ello porque una norma jurídica así lo dispone, lo cual significa que la voluntad psicológica nada tiene que ver con el conocimiento jurídico). Toda relación jurídica es, pues, de dominación, pero no del Estado sino del derecho. c) Por otra parte, relaciones jurídicas históricamente consideradas de derecho público, cual son las internacionales, se realizan entre sujetos "coordinados" y no "supraordinados", porque para el derecho internacional ge-

neral todos los Estados son jurídicamente iguales. d) Las relaciones jurídicas casi nunca se dan entre sujetos coordinados realmente, pues siempre uno de los contratantes es más fuerte que el otro, como ocurre por lo general en la relación crediticia, donde el deudor está económicamente subordinado al acreedor. e) Lo que quiere decirse con relaciones jurídicas entre sujetos iguales y relaciones entre un sujeto superior y otro inferior, es que en el primer caso, ambos sujetos participan en la creación de la norma que los obliga, como en la compraventa, y en el segundo, el obligado no participa en la creación de tal precepto, como en la relación impositiva; pero esta diferencia tampoco es apta para distinguir entre derecho público y derecho privado, pues estrictamente el sujeto de una obligación sólo está sometido a la autoridad de la norma que lo obliga, no al individuo creador de la misma; luego, en realidad aquí se está frente a una diferencia en la forma de creación de las normas, y no frente a una diferencia de las normas mismas. f) La relación jurídica no se da entre personas sino entre hechos, por lo que no pueden existir relaciones entre sujetos coordinados o supraordinados. En efecto, la norma enlaza un hecho (sanción) como consecuencia normativa, a la realización de otro hecho (antecedente) como supuesto de derecho. Los supuestos pueden ser de tres clases distintas: primera, acontecimiento en el que no interviene ninguna voluntad (incendio accidental, por ejemplo); segunda, manifestación de voluntad de las personas que se obligan (verbigracia, celebración de un contrato); y tercera, manifestación de voluntad de personas distintas de los obligados (orden administrativa). Pero esta división de los supuestos de las relaciones jurídicas, no coincide con la división arbitraria en relaciones jurídicas públicas y privadas ni, menos, con la distinción convencional entre derecho público y derecho privado, ni sirve tampoco para fundamentar el mayor valor que interesadamente se concede a la voluntad del Estado sobre la del particular.

#### 4. LA TEORÍA DE LA DIVERSIDAD DE SANCIONES

León Duguit, contradictoriamente, reconoce la imposibilidad de distinguir entre derecho público y derecho privado, y sin embargo, persiste en afirmar que hay razón en distinguirlos.<sup>1</sup> Aclara el profesor de la Universidad de Burdeos que la diferencia entre uno y otro

sólo existe desde el punto de vista del modo de sanción del derecho... Todas las disposiciones del derecho público que crean obligaciones a cargo del Estado, no pueden ser sancionadas directamente por la compulsión, puesto que el Estado, dueño de la fuerza, depositario único del poder de compulsión, no puede ejercerla directamente contra sí mismo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Duguit, León, *Manual de derecho constitucional*, trad. José Acuña, editor Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1921, p. 50.

<sup>2</sup> *Opus cit.*, p. 49.

Ahora bien, si las normas del llamado derecho público no tuvieran sanciones, no serían jurídicas, como hemos visto antes. Así, los preceptos constitucionales que, desde un punto de vista dinámico, parecen normas sin sanción, desde un punto de vista estático, sí la tienen, por cuanto se encuentran proyectadas, como partes, en las normas inferiores a ellas de la legislación, los contratos, los actos administrativos y las sentencias judiciales. Además, no es exacto que el incumplimiento de muchos de los deberes de los órganos supremos del Estado, no se encuentre sancionado, pues lo que ocurre es que tales órganos son supremos, precisamente porque su actividad en ciertas relaciones jurídicas, es interpretable en todo caso por el conocimiento normativo, como conjunto de actos orgánicos constitutivos de derecho. Por ejemplo, si una norma escrita de la Constitución establece que el Jefe del Estado debe convocar al Parlamento en ciertas circunstancias, y pese a realizarse el supuesto no lo hace, sin que esta situación constituya a su vez el antecedente o supuesto de una norma sancionadora, entonces es forzoso entender que el legislador constitucional ha dejado a la discreción del Jefe del Estado, el convocar o no al Parlamento en las circunstancias previstas, por no sancionar en forma alguna la omisión al respecto de ese funcionario. Y esto es así aun cuando, por una incorrecta técnica de formulación del precepto, gramaticalmente se exprese de modo categórico que el Jefe del Estado debe hacer la convocatoria, una vez realizado el supuesto a que alude la norma, sin referirse a ninguna otra condición para que nazca ese deber.

Por otra parte, el hecho de que no proceda la ejecución forzada en contra del Estado, sólo significa que las sanciones en contra del mismo son técnicamente deficientes, puesto que ello ni impide que jurídicamente se le estime como obligado a solventar las sanciones pecuniarias a que, verbigracia, pudiera hacerse acreedor. En nuestro país tampoco procede la ejecución forzada contra los bancos, por ejemplo, al menos en cierta medida, pues por disposición de la ley se les presume solventes, lo que determina la improcedencia de medidas cautelares sobre sus bienes, pero ello no significa que el incumplimiento de algunos de sus deberes jurídicos no se encuentre sancionado. No hay que confundir la imposibilidad eventual de hacer efectiva una sanción, con la inexistencia de la misma. Luego, tampoco atendiendo a la sanción es posible diferenciar al llamado derecho público del denominado derecho privado.

## 5. EL ESTADO DE DERECHO

De todo lo anterior salta a la vista una consecuencia de gran importancia: la de que por no existir diferencia alguna entre derecho público o político y derecho privado, es imposible sostener que Estado y derecho sean cosas distintas y que aquél, como realidad natural, sea el supuesto y garantía del derecho como deber (autocracia política); y tampoco, que el derecho sea

el supuesto del Estado, en el sentido de que éste sólo es tal cuando tiene un contenido específico (democracia política o Estado de derecho en sentido técnico); porque para el conocimiento normativo todo Estado es Estado de derecho en sentido teórico. Cosa distinta es el problema material, de la política como técnica, respecto a qué garantías concretas deben exigirse para asegurar que los actos individuales, tanto de los gobernantes como de los gobernados, se ajusten a lo dispuesto por el derecho.