



DERECHO PUBLICO – DERECHO PRIVADO

Dr. Víctor Pérez Vargas.

C O N T E N I D O :

| | | |
|------|---|-----|
| I. | La distinción. | 104 |
| | 1. Importancia. Generalidades. | 104 |
| | 2. Aproximación. | 104 |
| II. | Breves antecedentes. Roma. | 104 |
| | 1. Generalidades. | 104 |
| | 2. Fuentes complementarias. | 105 |
| | 3. El Derecho de orden público. | 106 |
| III. | Aspectos teóricos. | 106 |
| IV. | Los diversos criterios de distinción. | 107 |
| | 1. El criterio del ente regulado. | 107 |
| | 2. El criterio de las potestades de imperio. | 107 |
| | 3. El criterio de los intereses en juego. | 107 |
| | 4. El criterio de la vinculación de los fines. | 108 |
| | 5. El criterio del origen. | 108 |
| | 6. El criterio del régimen jurídico. | 108 |
| V. | En particular sobre la concepción ideal-formal del Derecho (Kelsen) frente a la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. | 109 |
| VI. | La distinción "público-privada" frente al cuádrinomio fundamental de la fenomenología jurídica. | 110 |
| VII. | Situaciones jurídicas públicas y privadas. | 111 |

I. LA DISTINCION.

1. Importancia. Generalidades.

Aun con un enfoque superficial nos podemos percatar de la existencia de una distinción fundamental del Derecho y de la ciencia jurídica; en la vida diaria nos encontramos frente a una serie de situaciones que calificamos de "públicas", por ejemplo, cuando tenemos que pagar el peaje en una carretera, cuando una "parquimetrista" nos hace un parte, cuando pagamos los derechos de circulación de nuestro vehículo, cuando votamos en las elecciones nacionales, cuando la municipalidad nos ordena limpiar un lote, etc. Por otro lado calificamos, casi intuitivamente, como "privadas" otras situaciones que también son jurídicamente relevantes, como cuando vendemos o cambiamos un objeto a otro particular, cuando escogemos nuestra residencia, cuando regalamos las frutas de nuestro árbol y muchas otras hipótesis.

Unas situaciones son calificadas de "públicas" y las otras de "privadas"; la distinción no es solamente teórica; de la respuesta concreta que se dé dependerán muchas consecuencias como el régimen jurídico, la competencia, los controles y, en general, la aplicabilidad de todo un sector del Ordenamiento (1).

2. Aproximación.

En algunos casos se ha intentado comprender el Derecho Privado precisamente, por oposición al Derecho Público que se ve como el conjunto de normas con las cuales el Estado determina su propia estructura organizativa, disciplina el comportamiento de sus órganos, impone a los ciudadanos el deber de contribuir económicamente para sufragar los gastos necesarios para la realización de las diversas tareas, prohíbe el cumplimiento de determinadas acciones consideradas dañinas para la colectividad y determina las penas para los transgresores; todo ese conjunto de normas constituye el Derecho Público en sus diversas ramas, como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal (2).

Al mismo tiempo podemos darnos cuenta de que las disposiciones jurídicas no pretenden regular plenamente, en cada uno de sus detalles, la vida de las personas que integran la colectividad; la actividad de los particulares es, en gran parte, libre de dirigirse a la satisfacción de los intereses individuales que cada uno escoja perseguir; en esto radica el eje de la autonomía que muchos ponen como el carácter distintivo del Derecho Privado. Debe notarse, sin embargo, que aun en este ámbito el Estado se ve obligado a intervenir por múltiples razones; una de ellas es la necesidad de que se ayude a resolver los conflictos que se presentan entre los particulares para prevenir así el caos social y el uso de la fuerza. Toda sociedad debe, pues, determinar la forma como los particulares, a falta de acuerdo, pueden obtener de un sujeto imparcial la solución del conflicto.

Obsérvese, sin embargo, que no basta que la sociedad establezca un cuerpo de órganos jurisdiccionales, ya que es necesario también que se determinen los criterios con que aquellos órganos deberán decidir las controversias. Con tal propósito, normalmente, en los ordenamientos modernos se predispone un conjunto de reglas que los jueces deben aplicar para decidir los conflictos que a ellos se someten.

II. BREVES ANTECEDENTES. ROMA.

1. Generalidades.

La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado no sólo era conocida en Roma, sino que los mismos romanistas de nuestro tiempo claramente participan de ella. José Arias Ramos tiene una obra titulada precisamente "Derecho Público romano e historia de las fuentes" (3), mientras que en su otra obra "Derecho romano" (dedicada al Derecho Privado) advierte: *"no todo Derecho por el que se rigió la comunidad romana durante las épocas indicadas será objeto de nuestra atención, sino solamente el Derecho Privado. El Derecho Público, referente a la organización y funciona-*

(1) En sentido análogo: TORRENTE, Andrea. *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè-ed., Milano, 1968, p. 13.

(2) Así, op. ult. cit., p. 14.

(3) ARIAS RAMOS, José. *Derecho público romano e historia de las fuentes*. Ceres, Valladolid, 1964.

miento del Estado romano, competencia y poderes de sus autoridades, facultades y deberes que en orden a los intereses de la comunidad corresponden a sus miembros, queda fuera de nuestra zona de estudio. Este abarcará solamente la exposición de las normas que regulan las relaciones entre los particulares y que protegían intereses predominantemente privados: las normas reguladoras de la familia romana, de la propiedad, de los contratos, de las herencias" (4). Con ello el autor no solamente admite la distinción sino que ofrece criterios para establecerla como el del "sujeto regulado" y el de los "intereses en juego".

Se ha hecho notar cómo la clásica distinción romana mezcla en realidad dos criterios. Se toma así, como Derecho Público en la definición de Ulpiano ("publicum ius est quod ad statum rei romana spectat") el que se refiere al modo de ser (organización, gobierno y administración) del Estado (romano, en este caso). Obsérvese que, en cambio, al definirse el Derecho privado como el que se refiere a la utilidad de los particulares el criterio que entra en juego es más bien el de los intereses ("privatum quod ad singulorum utilitatem").

"Como observa Bonfante, las dos diferentes acepciones del 'ius publicum' responden al uso doble, ambiguo, que el adjetivo público tiene incluso actualmente. Unas veces 'público' es igual a 'estatal' (funcionario público, hacienda pública) y otras veces significa 'social' o 'común' (pública estimación, bienestar público). Y así, normas de Derecho público son las que afectan al Estado (primera acepción), o las que interesan a la sociedad o comunidad humana, a la generalidad de los hombres, aunque no les supiésemos organizados en Estado y aunque tales normas tutelén relaciones que no tengan que ver con el gobierno y administración de la cosa pública (segunda acepción)" (5).

Otros romanistas parecen poner más énfasis en la subordinación y hacen también referencia a los intereses en juego: *"la consideración actual del Derecho, influida por el romano, divide al mismo en dos grandes ramas: Derecho público y Derecho privado. Corresponden al Derecho público aquellas materias en las que la comunidad actúa frente al individuo exigiéndole subordinación. De-*

recho público son, por lo tanto, las normas del Derecho del Estado (Derecho político), del Administrativo, del Canónico o Eclesiástico, del Penal y del Procesal. Cuando, por el contrario, aparecen relaciones privadas entre particulares, o se trata de intereses particulares, del patrimonio de una persona o del nexo que le liga con sus parientes, las normas reguladoras son de Derecho Privado" (6).

2. Fuentes complementarias.

Además de la famosa distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, a que hemos hecho referencia, encontramos en las fuentes romanas algunas disposiciones que vienen a integrar la perspectiva con otros enfoques.

Un pequeño atisbo del criterio que utiliza para la distinción la contraposición "legalidad-autonomía" se encuentra en un texto de Ulpiano, en el Digesto, de conformidad con el cual *"Non capitur, qui ius publicum sequitur"* (No padece daño quien obra conforme al Derecho Público) (7). Este "obrar conforme al Derecho Público" nos recuerda que normalmente la conducta humana en este ámbito tendrá validez si se sujeta a disposiciones permisivas, contrariamente a lo que ocurre en el terreno privado donde se encuentra autorizado todo lo que no está prohibido.

Otro aspecto digno de ser apuntado es el tema de la relación entre estos dos sectores del Ordenamiento. Bacón en su aforismo III, hacía notar que el Derecho Privado encuentra su vía de realización por medio del Derecho Público: *"Jus privatum sub tutela iuris publici latet"*.

Otro de los criterios que modernamente se han usado, según veremos, para diferenciar el Derecho Público del Privado es el del régimen jurídico de las situaciones jurídicas reguladas. Así, en el Derecho Privado la figura efectual fundamental es el derecho subjetivo, el que a menudo se caracteriza por ser disponible y prescriptible. En cambio, en el Derecho Público la situación jurídica central es la potestad, cuyos caracteres son, más bien, la indisponibilidad y la imprescriptibilidad. De esta fundamental diferencia de régimen jurídico fueron

(4) ARIAS RAMOS, José. *Derecho romano*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

(5) *Op. ult. cit.*, pág. 37.

(6) JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1965, p. 78.

(7) ULPIANO, *Digesto*, L. 116, I, cit. p. Cabanellas.

también conscientes los romanos y ello se revela claramente en algunos textos clásicos:

"*Nemo jus publicum remittere potest*" (Nadie puede dispensar el Derecho Público) (8).

"*Praescriptio temporis juri publico non debet obsistere*" (Al Derecho Público no debe oponérsele la prescripción del tiempo) (9).

3. El "Derecho de orden público".

Se ha hecho notar que en diversos pasajes de las fuentes romanas se observa la denominación de "ius publicum" para una serie de normas que actualmente se consideran de carácter privado: "*tales son las llamadas normas imperativas del derecho privado. Un precepto jurídico es imperativo (ius cogens) cuando su vigencia no se puede excluir por convenio entre las partes. De este tipo son las normas que limitan la libertad de los particulares, en materia de Derecho privado, en beneficio de la comunidad*" (10).

Así, por ejemplo, encontramos:

"*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*" (El Derecho Público no puede ser modificado por pactos de particulares) (11).

Con respecto a estas hipótesis se ha hablado más bien de normas de "orden público" que son aquellas que se caracterizan por ser inderogables y por ello se denominan también "imperativas".

III. ASPECTOS TEORICOS.

Como primera toma de conciencia es necesario observar que estamos hablando de una distinción interna, una distinción dentro del Ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista lógico, por pertenecer ambos subconjuntos (público y privado) al conjunto "Ordenamiento jurídico", necesariamente tendrán caracteres comunes y rasgos diferenciales (12).

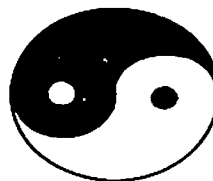
Los aspectos comunes forman el objeto de estudio de la teoría general del Derecho; entran en juego ahí conceptos de referibilidad general, tales como "norma jurídica", "efecto jurídico", "hecho

jurídico", "situación jurídica", "interés jurídicamente relevante", "sujeto", "objeto" y muchos otros.

La referencia de estos términos a lo público o a lo privado implica un adentrarse en los dos sectores. Así, se habla de derechos subjetivos públicos y privados, de intereses públicos y privados, de interés legítimo público (como el que podrían eventualmente tener los no adjudicatarios de una licitación) y de interés legítimo privado (como en la hipótesis de la acción del socio para impugnar ciertos acuerdos de la sociedad) y la lista de ejemplos podría continuar.

El criterio estructural de subconjuntos claramente delimitados como se suele hacer en lógica simbólica resulta, sin embargo, insuficiente. "*... las esferas del derecho público y del derecho privado no se encuentran aisladas una frente a otra, sino que, por el contrario, se hallan en estrecho contacto...*" (13). La rigidez del esquema lógico tampoco satisface por su inmovilidad. La realidad jurídica, como en general la realidad relativa, es cambiante.

La estructuración de la realidad jurídica debe reflejar esta mutabilidad (para lo cual resulta más útil el símbolo chino del Tao).



Este planteamiento aplicado a lo jurídico significa además que normalmente lo público y lo privado ofrecen un juego dialéctico de fuerzas; ello es observable en múltiples situaciones: por ejemplo en cuanto a la causa justa, o a las formalidades "ad substantiam" en los contratos. La distinción "público-privado" tiene sentido teórico y práctico, tanto para ayudar a la comprensión del mundo jurídico como para contribuir a una praxis

(8) ULPiano, Digesto, Lib. XXVI, tít VII, 1. 5a., VII cit. p. Cabanellas.

(9) CODIGO DE JUSTINIANO, Lib. VIII, tít XII, 1. 6a. cit. p.

(10) Así: JÖRS-KUNKEL, op. cit., supra 6, p. 79.

(11) PAPINIANO, Digesto, Lib. II, tít. XIV, 1. 38, cit. p. Cabanellas.

(12) V. PUGLIATTI, Salvatore. Diritto pubblico e diritto privato. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed., Milano, p. 697.

(13) JÖRS-KUNKEL, op. cit., supra 6, p. 79.

eficaz. Cuidémonos sin embargo de absolutizar la distinción, ya que son múltiples las hipótesis donde los dos términos aparecen entremezclados.

De lo dicho puede concluirse:

- a) el carácter unitario del Ordenamiento,
- b) su bipartición fundamental interna,
- c) su dinamismo dialéctico.

Este planteamiento estructural se concretiza cuando observamos que sectores que en un tiempo se consideraron exclusivamente privados (existen muchos ejemplos en materia de propiedad y de contratos) han pasado a ser considerados públicos, o, por lo menos "de orden público" en momentos posteriores (la materia del arrendamiento urbano es significativa, lo mismo que la materia laboral, así como, en general, los controles sobre la libertad contractual y dominical).

La causa eficiente de este dinamismo histórico se encuentra en la mutabilidad de los intereses humanos y en la mutabilidad de las valoraciones de la comunidad (o de las fuerzas imperantes en ella) sobre estos intereses.

Quede salvado sin embargo, en todo caso, que si bien las valoraciones humanas son cambiantes a través del tiempo, la capacidad estimativa del ser humano es rasgo común de lo jurídico en todo tiempo y lugar.

IV. LOS DIVERSOS CRITERIOS DE DISTINCION:

Las expresiones "público" y "privado" en la vida jurídica son de uso muy frecuente, aunque no de significado uniforme. Ello se debe a la diversidad de criterios existentes; la discusión se ha agravado por la unilateralidad de las diversas concepciones (14).

Veamos algunos de los intentos de diferenciación entre estos dos sectores de lo jurídico:

1. El criterio del ente regulado:

Parte de la doctrina (15) sostiene que son de Derecho Público las normas que regulan entes estatales. Otros (16) parecen también admitir este criterio al sostener que es de Derecho Público la esfera del Ordenamiento que se refiere al Estado.

Este criterio ha sido combatido por quienes (17) sostienen que la aplicabilidad del Derecho Privado al Estado y a los entes públicos es un fenómeno corriente y que estos en muchos casos funcionan con esquemas privados.

2. El criterio de las potestades de imperio:

Para otros (18) el Derecho Público es el que regula los actos unilaterales de "imperium"; tenemos, desde este punto de vista, Derecho Público cuando el Estado actúa con potestades de imperio.

Este criterio ha sido criticado por quien (19) sostiene que en realidad no hay actos de imperio en la mayoría de los servicios públicos y en las relaciones del Estado con sus empleados y que, en fin, hay contratos disciplinados por el Derecho Público, los que, por ser "contratos", no son actos de imperio.

También, en contra de este criterio, se ha afirmado (20) que este "imperio" no se da en las normas que regulan las relaciones entre los entes públicos, las que son, en todo caso, Derecho Público. Afirma además que también en el Derecho Privado hay normas imperativas inderogables, llamadas "de orden público", como en materia de inquinato.

3. El criterio de los intereses en juego:

Ya en Roma, como hemos visto, Ulpiano se remitió a la distinción entre interés público y privado como criterio diferenciador ("publicum ius est quod ad statum rei romana spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem"). Modernamente este criterio sigue siendo admitido por algunos

(14) LEGAZ analiza en una de sus obras nada menos que 104 criterios de distinción.

(15) V. LABAUDERE, *Manual de droit administratif*.

(16) Entre ellos Santi ROMANO.

(17) BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, p. 306 y ss.

(18) Entre ellos JELLINEK y ZANOBINI.

(19) BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, supra 17.

(20) SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953.

autores (21) que afirma que la distinción reposa sobre la naturaleza de los intereses: intereses generales en las normas de Derecho Público, intereses particulares en las normas de Derecho Privado (22).

A este criterio se ha objetado que el carácter público o privado de los intereses es definido por el mismo Derecho. Esto, sin embargo, no es obstáculo para que pueda considerarse como útil criterio complementario.

4. El criterio de la vinculación de los fines:

En consideración al carácter vinculado o libre del fin de los actos, algunos (23) afirman que en el Derecho Privado encontramos la libertad humana inalterada, limitada, negada o calificada y que con las normas privadas se favorece u, obstaculiza un fin, pero la obtención de ese fin no viene impuesta. En cambio, sostiene, en el Derecho Público se toma más en cuenta el fin que debe ser obtenido y para cuya obtención se dispone de la disciplina correspondiente. El Estado no tiene libertad para legislar o administrar justicia; tiene el poder de hacerlo, pero este poder es, al mismo tiempo, deber (poder limitado por el fin del cual depende su legitimidad) por lo que la actividad en el Derecho Público es concebida como función. El poder concedido al ente público siempre está vinculado al deber de ejercitarlo, y de ejercitarlo para la finalidad correspondiente en función de la cual existe. El autor citado define el Derecho Público como *"el complejo unitario de normas dirigido a hacer obligatoria la búsqueda y a garantizar la obtención de ciertos fines, los cuales, por esto, aparecen como necesarios y públicos"*.

Este criterio es parcial. El fin público es un elemento digno de ser tomado en consideración, pero no el único, pues también en el Derecho Privado hay actividades vinculadas a un fin, como por ejemplo las situaciones jurídicas que corresponden a quien realiza una representación legal necesaria (patria potestad, tutela, curatela, curatela especial).

5. El criterio del origen:

Otra parte de la doctrina (24) sostiene que la fuente del Derecho Público es la colectividad y que la del Derecho Privado son los sujetos de la colectividad.

Este criterio es impreciso: la fuente de todas las normas, incluso las del Derecho Privado, es en todo caso la comunidad. Son los particulares los que por medio de la negociación las ponen en práctica, pero con ello no crean los preceptos. Se ha dicho (25) que no es un criterio determinante.

6. El criterio del régimen jurídico:

Se trata de un criterio complementario respecto al de los fines. Se considera (26) que en la actividad pública hay poderes adecuados a fines específicos; no son poderes de ejercicio optativo, sino deberes. En la actividad privada, en cambio, el particular tiene poderes libres en cuanto al fin, salvo ciertas limitaciones (orden público, moral y buenas costumbres) de conformidad con el texto del artículo 28 párrafo segundo de la Constitución Política, según el cual *"Las acciones privadas que no dañan la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero están fuera de la acción de la ley"*. En la actividad privada encontramos, sostiene el autor citado, dos principios: autonomía de la voluntad e igualdad. De conformidad con el primero el particular puede reglar su esfera de acción con su voluntad (por ejemplo mediante testamento o contrato, artículos 579 y 1022 del Código Civil); según el segundo la voluntad unilateral no puede vincular al prójimo. En cambio en la actividad pública encontramos el principio de legalidad. Todo acto que incida sobre los particulares debe estar autorizado; es el principio inverso al existente en la actividad privada. Para la aplicación de este principio existe la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 49 de la Constitución Política) con el fin de garantizar la legalidad de la función administrativa.

Los autores que pusieron como eje de lo jurí-

(21) Por ejemplo RESCIGNO.

(22) Este criterio es bastante admitido como complementario. V. RIVERO, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, 1973.

(23) BALLADORE PALLIERI, op. cit., supra 17.

(24) ROMANO, Salvatore. *La distinzione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè-ed., Milano, 1963.

(25) CONSTANS, Louis. *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, Dalloz, París, 1966.

(26) ORTIZ, Eduardo, *Derecho Administrativo*, tomo II.

dico la voluntad caracterizan como criterio seguro de distinción del Derecho Privado el *"respeto esdrupuloso de la autonomía de la voluntad individual"* (27).

Los fundamentos del voluntarismo jurídico se encontraban en los iusnaturalistas y pandectistas quienes —se dice— *"vivieron en uno de los períodos más luminosos de la historia del pensamiento humano, mientras florecía la religión de la libertad, que dominó sus espíritus y guió sus investigaciones..."* (28).

El negocio jurídico se presenta entonces como el instrumento fundamental del Derecho Privado. Así para Windscheid *"El negocio jurídico es la actuación de la fuerza creadora que compete en el campo jurídico a la voluntad privada"* (29). Análogamente para Dernburg *"El negocio jurídico es en general el instrumento de la determinación autónoma en el campo del derecho privado"* (30).

Esta posición que continúa teniendo repercusiones hoy puede sintetizarse en el sentido de que el punto cardinal central del Derecho Privado es el dogma de la autonomía de la voluntad.

Este criterio de la diversa regulación formal se complementa con los criterios sustanciales del interés y del fin público.

V. EN PARTICULAR SOBRE LA CONCEPCION IDEAL-FORMAL DEL DERECHO (KELSEN) ANTE LA DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

En su Teoría General del Derecho y del Estado, Kelsen (31) sostiene la imposibilidad de una definición inequívoca de estos dos conceptos; critica el autor la teoría tradicional según la cual Derecho Privado son las normas que establecen deberes y derechos entre particulares y Derecho Público, las que establecen deberes y derechos entre el Estado, por una parte, y personas privadas, por otra, dado que el Estado, lo mismo que cualquier otra persona jurídica pueden tener situacio-

nes jurídicas estipuladas por el Derecho Privado por lo que el hecho de que en una relación el Estado sea parte no determina automáticamente el desplazamiento de tal relación del campo privado. El autor parece, en cambio, acoger el criterio de la autonomía para las relaciones del Derecho Privado y el de heteronomía para las de Derecho Público, siendo consciente de la existencia de disposiciones heterónomas en el Derecho Privado como en algunos ejemplos del Derecho de Familia y normas autónomas en el Derecho Público, para las que cita el caso de los tratados internacionales. Tampoco resulta muy satisfactorio para Kelsen el criterio de los intereses pues existen casos en que el Estado, persiguiendo el interés público, actúa bajo disposiciones consideradas de Derecho Privado.

Sin negar los diversos criterios de distinción, y especialmente, atendiendo a esta diversidad el autor en examen llega a sostener que la distinción es inutilizable como fundamento común para una sistematización general del Derecho. Sostiene que no hay un criterio seguro y que la distinción rompe la unidad del Ordenamiento (32).

Posteriormente, Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho (33) sostiene que *"La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del Derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia"*, sin embargo parece acoger nuevamente el criterio de "heteronomía-autonomía" al afirmar: *"...se trata de una diferencia en el modo de creación del Derecho... El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en el derecho privado nos encontramos, sobre todo, con contratos, es decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obliga recíprocamente a una conducta determinada. Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han sometido, lo que no sucede*

(27) STOLFI, Giuseppe. Teoría del negozio giuridico, Cedam, Padova, 1961, p. IX.

(28) Loc. ult. cit.

(29) WINDSCHEID, Pand. I, 69, n. 1, cit. p. op. ult. cit. p. XII.

(30) DERNBURG, Pand. I, 91, p. 269, cit. p. op. ult. cit. p. XII.

(31) KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, Textos Universitarios, México, 1969, p. 239.

(32) Cit. p. SAYAGUES LASO, op. cit. supra 20.

(33) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. EUDEBA, Buenos Aires, 1968, p. 180.

cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa". Relativiza la distinción afirmando que su dualismo sólo tiene carácter ideológico y que no puede llevar, como algunos pretenden, a la afirmación de que el Derecho privado queda fuera del dominio de la política. Precisamente, aclara, por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política.

Coincidimos con el autor en la identificación entre el Derecho público y privado con base en que ambos son producto político. Negamos, sin embargo la explicación dada, pues es parcial ya que el Derecho Privado no tiene índole exclusivamente patrimonial (34). Son de gran interés en cambio sus observaciones sobre la relatividad de la distinción y su utilidad restringida pues la misma diferenciación tendrá un sentido diverso según que se oponga al Derecho Privado el Derecho Administrativo o el Derecho Penal. En cada uno de los casos la diferencia obedecerá a un diverso criterio, normalmente determinado por reglas concretas.

Estas constataciones nos mueven a considerar con Pugliatti que si bien son discutibles los criterios que se han propuesto no puede negarse en forma "a priori" que un examen más atento y profundo pueda llevar a un criterio válido; por otro lado tampoco puede excluirse la utilidad de la distinción la que en la práctica tiene concretas repercusiones si bien con base en la conjugación de diversos criterios (35).

VI. LA DISTINCION "PUBLICO-PRIVADO" FRENTE AL CUADRINOMIO FUNDAMENTAL DE LA FENOMENOLOGIA JURIDICA.

Los fenómenos jurídicos pueden clasificarse en: sujetos, objetos, eventos y comportamientos.

A menudo encontramos calificadas estas diversas categorías como públicas o privadas. Hablamos por ejemplo de que una persona física, una fundación, una sociedad civil o comercial o una asociación constituida de conformidad con la Ley de Asociaciones son sujetos de Derecho Privado, si

bien podría resultar innegable el interés público que fundamenta su misma existencia; decimos, en cambio que el Estado o las Instituciones Autónomas son sujetos de Derecho Público. Los ejemplos de sujetos que se califican como públicos o como privados podrían continuar, sin olvidar la existencia de categorías mixtas.

Del mismo modo, con relación a los objetos a menudo decimos que tal bien es público, como con relación a las calles y los parques, mientras que, por otra parte, calificamos de objetos de propiedad privada una casa o un carro pertenecientes a un particular; hablamos entonces de bienes privados.

Los eventos, entendiéndolos por tales, los acontecimientos que se producen independientemente de la existencia de una iniciativa humana también pueden tener un carácter público o privado; por ejemplo una calamidad nacional (un terremoto) podría determinar la necesidad de que surjan diversos efectos jurídicos de orden público; en cambio, un fenómeno aluvional que produce el paso de partículas de tierra de un fundo a otro revela caracteres marcadamente privados.

Los comportamientos son calificados también de públicos y de privados. La conducta de la administración es desarrollada por ejemplo con toda la teoría del acto administrativo y su régimen jurídico de legalidad. En cambio, la conducta privada se caracteriza por la autonomía. Mientras que la legalidad en el Derecho Público implica un poder hacer lo autorizado, la autonomía en el Derecho Privado implica un poder hacer todo lo no prohibido.

En cada uno de los fenómenos expuestos observamos la polaridad elemental: lo público y lo privado como dos manifestaciones de cada uno de estos fenómenos: sujetos, objetos, eventos y comportamientos.

Obsérvese que no se trata de distinciones puras; en cada uno de estos fenómenos se revela la perenne dialéctica, manifestada como constante interacción de los dos términos. Así encontraremos personas jurídicas donde, por existir participación estatal, existen controles de legalidad, a pesar de que puedan asumir una forma societaria característica del Derecho Privado; igualmente encontraremos sujetos públicos, que pueden

(34) "no es exacto limitar el Derecho Privado a las relaciones económicas o patrimoniales. En el Derecho de Familia, que a nuestro juicio pertenece principalmente al Derecho Privado, hay relaciones no económicas". BARASSI, Lodovico. *Istituzioni di diritto civile*. Giuffrè-ed., Milano, 1955, p. 15.

(35) PUGLIATTI, op. cit., supra 12, p. 700.

realizar ciertos actos dentro de un régimen de Derecho Privado en posición de paridad formal y no de subordinación con el administrado. Las mismas personas físicas están sujetas a una serie de disposiciones que interesan directamente al orden público, como ocurre con toda la materia del nombre, domicilio, estado y capacidad.

En cuanto a los objetos la dialéctica público-privada se presenta principalmente en sentido diacrónico: un determinado objeto puede pasar de bien privado a bien público, por ejemplo mediante el procedimiento de expropiación que es una transmisión forzada de la titularidad dominical o de alguno de sus atributos; por otra parte, puede ocurrir que, en forma inversa, un bien pase de público a privado mediante el procedimiento de desafectación. Esta constatación nos revela que la calificación no es de orden ontológico, sino más bien dependiente de criterios axiológicos cambiantes.

Un determinado fenómeno puede ser considerado privado o público según las valoraciones que resulten normativamente triunfantes dentro del juego de intereses del sistema, lo que es circunstancial y variable en tiempo y espacio.

Por otra parte, con relación a los hechos y actos, la distinción público-privado adquiere diversos matices: con respecto a los eventos (hechos que se desarrollan sin intervención de una iniciativa humana) el criterio que parece de más uso es el de los intereses en juego. Un evento tendrá connotaciones de Derecho Público y efectos correspondientes si resultan afectados intereses de un número más o menos considerable de sujetos y se requiere una intervención de órganos públicos para afrontar el problema. Piénsese por ejemplo en una inundación (como la de Taras en Cartago) donde resultan afectadas negativamente muchas casas y muchas vidas. En otros casos, en cambio, según vimos, un río, por ejemplo, arrastra materiales de un fundo a otro; en este caso los intereses afectados son los de los propietarios de estos fundos.

Somos conscientes de que ninguno de los criterios propuestos cumple plenamente la tarea de deslindar las dos zonas: lo público y lo privado. Siempre habrá excepciones a la regla y ello precisamente, no porque los criterios sean insuficientes, sino porque la distinción es puramente conceptual ya que en la realidad observamos una interacción entre los dos aspectos y las mismas relaciones que se denominan de Derecho Privado se encuentran teñidas de valoraciones de orden público; el mismo caso de negocio jurídico, ejemplo tradicionalmente

típico del Derecho Privado, recibe tutela, validez y eficacia gracias a que es el mismo interés de la comunidad el que establece los criterios de estas valoraciones. Los contratos, por ejemplo, tienen eficacia entre los contratantes porque el Ordenamiento autoriza y tutela esta forma de vinculación. Del mismo modo, resulta evidente la tutela de intereses de orden privado en materias de Derecho Público; piénsese por ejemplo en los recursos que se conceden a los particulares para atacar actos administrativos.

La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado no es clara y tajante porque la materia a que se refieren es sólo formalmente deslindable, pero no sustancialmente porque los intereses humanos se encuentran entrelazados, por lo que solamente caso por caso es posible establecer preferencias jurídicas en las hipótesis conflictivas.

No podemos, en forma "apriorista" resolver en definitiva sobre los criterios de distinción entre lo público y lo privado, por lo que como hemos visto, según sean sujetos, objetos o hechos los fenómenos jurídicos que vamos a calificar el criterio utilizado varía. Con respecto a los comportamientos lo que parece de mayor importancia es el régimen jurídico del acto, si bien tomando también en cuenta quién es el sujeto del que emana la disposición.

VII. SITUACIONES JURIDICAS, PUBLICAS Y PRIVADAS.

Dentro del concepto genérico de situación jurídica algunos como Pugliatti incluyen todo resultado de una transformación jurídica, por ejemplo un estado matrimonial, una deuda, un derecho de propiedad.

Desde un punto de vista analítico Falzea ha observado que en las situaciones jurídicas encontramos siempre dos elementos: una valoración (que se manifiesta como juicio de posibilidad o de necesidad, esto es, como un "puede" o un "debe") y un comportamiento (sobre el cual se aplica la valoración). Así por ejemplo en la situación jurídica del deudor encontramos "deber pagar" (esto es, los dos elementos, el de valor y el de hecho; la valoración y la conducta valorada); igualmente en la situación jurídica del acreedor encontramos un "poder cobrar", en la del propietario un "poder vender" (entre otras cosas), entre las situaciones jurídicas del Estado está la de

"poder cobrar impuestos" y entre las del administrado "deber pagarlos".

A pesar de esta identidad estructural de orden teórico general, para cualquier persona resulta claro el carácter privado del "deber pagar un daño derivado de un accidente automovilístico", así como resulta patente el carácter público del "deber pagar

impuestos" o del "deber votar en las elecciones nacionales". A pesar de esta evidencia no hay unanimidad en la doctrina en cuanto al criterio utilizado, si bien en cuanto a las situaciones jurídicas los criterios que permiten iluminar mejor la distinción son el del régimen jurídico y el de los intereses en juego.
