

## I. GENERALIDADES

### 1. EL DERECHO PÚBLICO

#### Concepto

El vocablo **derecho** tiene varios significados. Así, según el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española es el «conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva». Esta es una definición del derecho desde el punto de vista objetivo.

Si apreciamos al derecho como algo que le pertenece a su titular, estamos adoptando una perspectiva subjetiva y entonces diríamos que derecho es la facultad de hacer o exigir de otro aquello que la norma jurídica prevé como que le es debido.

Lo cierto es que resulta tradicional y se remonta a los romanos, más precisamente a Ulpiano, clasificar el derecho en público y privado. Ulpiano definía al derecho público como aquel que interesaba a las cuestiones de Roma, a la *res publicae* (cosa pública) y al privado como aquel relacionado con el interés de los particulares.

En una primera aproximación, derecho público es el derecho que concierne a las normas<sup>1</sup> de interés colectivo.

Pero se ha debatido sobre las bases que distinguen a un derecho del otro y se han construido otros criterios de distinción.

#### Distinción entre derecho público y privado

Esta distinción formulada por los romanos es discutible y, estrictamente, su estudio, corresponde a la teoría general del derecho.

En la época feudal primaba el derecho privado, mientras que durante el absolutismo lo hizo el derecho público. El individualismo moderno hace resurgir el derecho privado y hoy día asistimos, en mayor o menor medida, a la intervención del Estado en la vida colectiva.

Referiremos a tres de los criterios a los que alude nuestra doctrina para distinguirlos, citando ejemplos para su entendimiento.

- a) Criterio del interés tutelado o protegido por la norma.
- b) Criterio del sujeto al que refiere la norma.
- c) Criterio formal o de la forma de la relación jurídica regulada por la norma.

a) Respecto del criterio del interés tutelado o protegido por la norma, veremos su alcance a través de los ejemplos que siguen.

El inciso 1 del artículo 47 de nuestra Constitución establece:

---

<sup>1</sup> Se subraya que en el manual se emplean los términos norma(s) y disposición(es) como sinónimos, sin perjuicio de las diferencias que pueden plantearse en planos teóricos más afinados.

«La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores».

¿Qué tipo de interés tutela o protege este artículo? Protege un interés público, como lo es el del medio ambiente.

En cambio, si estudiamos el artículo 1465 del Código civil, que a continuación se transcribe, vemos que el interés tutelado es un interés particular.

«La paga debe ejecutarse en el lugar y tiempo señalado en la convención.

Si no se hubiese designado lugar, la paga debe hacerse, tratándose de cosa cierta y determinada, en el lugar en que estaba al tiempo de la obligación la cosa que le sirve de objeto.

Fuera de estos dos casos, el pago debe hacerse en el domicilio que tenga el deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación».

Para Jiménez de Aréchaga (1992) este criterio merece críticas y no resiste un análisis profundo, en tanto que entiende que no es correcto emplear para distinguir y clasificar normas jurídicas un elemento que, como el interés, es trascendente y ajeno a ellas.

Señala que una norma que proteja un interés público (por ejemplo, seguridad pública) protegerá indirectamente un interés privado (por ejemplo, a la víctima de un hurto) y viceversa.

b) Criterio del sujeto al que refiere la norma.

El derecho público es aquel que concierne al Estado.

¿Qué es el Estado?

Esto resulta del artículo 24 de la Constitución que establece:

«El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección».

El Estado en sentido estricto es persona jurídica (primera referencia a Estado en el artículo citado) y el Estado en sentido amplio no lo es (segunda referencia).

En sentido estricto lo es, ya que es un sujeto capaz de ser titular de derechos y obligaciones (la obligación de responder por el daño causado a terceros).

El Estado en sentido estricto, esto es, la persona jurídica estatal mayor, está integrado por los Poderes del Gobierno del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial y por órganos o sistemas orgánicos de creación constitucional: Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tribunal de Cuentas.

Pero también hay otras personas jurídicas estatales, llamadas menores, por oposición a la persona jurídica estatal mayor. Son los entes autónomos, los servicios descentralizados y los Gobiernos Departamentales. Son personas jurídicas en tanto también son civilmente responsables del daño causado a terceros en las circunstancias mencionadas en el artículo citado.

La segunda referencia a Estado, no puede aludir a la persona jurídica estatal mayor, porque sería redundante. Implica que la ley puede crear otras personas jurídicas incluidas dentro del Estado en sentido amplio y que ellas serán, también, civilmente responsables.

Ahora bien, el ámbito de lo público es, en nuestro derecho, más amplio que el de lo estatal, porque incluye a las llamadas personas jurídicas públicas no estatales (Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias, Instituto Nacional de Calidad, entre otras), las que han sido incrementadas en número en las últimas décadas, llegando casi a cuarenta<sup>2</sup>.

Este criterio también ha merecido críticas.

Hay casos en que interviene el Estado en sentido estricto o personas estatales menores y no es aplicable el derecho público. Por ejemplo, cuando el Banco de la República celebra el llamado contrato de tarjeta de crédito, la relación que se traba entre el Banco y su cliente no es una relación de derecho público sino de derecho privado, concretamente, regulada por el derecho comercial.

c) El derecho público regula relaciones en las que una de las partes se encuentra en una situación de preeminencia, mientras que en el derecho privado las partes se encuentran en una situación de paridad jurídica, de igualdad. El derecho público se caracteriza porque las normas son dictadas de manera unilateral y son indisponibles (inderogables por las partes) mientras que en el derecho privado las normas son fruto de acuerdos entre las partes y rige el principio de autonomía de la voluntad.

Se ha señalado que esto no es tan así. Continuando con el ejemplo anterior, si en lugar de solicitar la tarjeta de crédito en el Banco de la República, lo hacemos en un banco privado, experimentaremos que el banco nos impone las condiciones contractuales y debemos aceptarlas o renunciar a esa contratación, ya que ni siquiera tenemos poder de negociar. Es lo que se denomina en derecho privado, contratos de adhesión.

Y a la inversa, por ejemplo, en el caso de un convenio entre dos entidades estatales, ninguna de ellas está en una situación de supremacía.

También se ha indicado que no siempre las normas de derecho privado son indisponibles, por ejemplo, las llamadas normas de orden público no son derogables por la voluntad de las partes y son normas que pertenecen al derecho privado (por ejemplo, las normas que regulan lo relativo a la patria potestad).

En líneas generales, ninguno de los criterios que estudiamos es seguro o suficiente para distinguir al derecho público.

Por su parte, Kelsen (1981) y Duguit (citado por Pérez Pérez, 1995) niegan la distinción.

Kelsen (1981) sostiene que no hay un criterio seguro para fijar el límite entre el derecho público y el privado, lo cual revela la inexactitud técnica del distingo. El derecho es una unidad, por tanto, estamos ante un falso dualismo.

---

<sup>2</sup>Analizar la temática de las personas jurídicas públicas no estatales excede los límites del presente curso.

Por su parte, Duguit (citado por Pérez Pérez, 1995) sostiene que el derecho público y el derecho privado se basan en un fundamento idéntico: ambos están informados por la misma regla de derecho, la cooperación y la solidaridad.

#### Algunas divisiones del derecho público

La espina dorsal del derecho público es el derecho constitucional. El derecho constitucional es el derecho que refiere a la organización del Estado y a la relación de este con sus habitantes y de los habitantes entre sí.

El derecho administrativo regula la estructura y funcionamiento de la Administración (entendiéndose por tal, cualquier órgano del Estado actuando en función administrativa) y el ejercicio de la función administrativa.

Entre el derecho constitucional y el derecho administrativo existe una muy estrecha relación. Incluso normas propias del derecho administrativo (por ejemplo, la materia de los recursos administrativos) están contenidas en la Constitución.

Derecho procesal es el que regula la organización del Poder Judicial, la ritualidad de los juicios.

Derecho penal es el concerniente a la pretensión punitiva del Estado. El delincuente no solo afecta los intereses de la víctima sino de toda la sociedad.

El derecho financiero regula lo relativo a las finanzas públicas.

El derecho internacional público es aquel que regula las relaciones de un Estado con los demás Estados o asociaciones de Estados y con la comunidad internacional y sus órganos.

#### Relaciones con otras disciplinas

El derecho público tiene relaciones con la ciencia política, ya que estudia la temática del poder.

También con la sociología ya que esta estudia la sociedad, el fenómeno de las organizaciones y el poder.

Incluso con las ciencias geográficas ya que el territorio es uno de los elementos del Estado.