

DICOTOMÍA PÚBLICO Y PRIVADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO, SUPLETORIEDAD Y CLASIFICACIÓN DE NORMAS EN PÚBLICAS Y PRIVADAS

ALEJANDRO VERGARA BLANCO*

El estudio de la dicotomía público y privado es un imperativo actual en el derecho Administrativo, en especial por la necesidad interpretativa y de integración normativa que se origina con el mandato legislativo, contenido en los arts. 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas [D.F.L. N° 164-1991=D.S. N° 900-1996] y 1° Ley de Contratación Administrativa [N° 19.886-2003], de integrar los vacíos de la legislación administrativa aplicando supletoriamente, en primer lugar, las normas de “derecho público”, y en seguida las normas de “derecho privado”.

En Derecho Administrativo es tradicional referirse a la dicotomía público/privado, por diversos motivos: i) ya sea por el antiguo uso de categorías civiles/privadas en la disciplina; ii) ya sea por el fenómeno más reciente de aplicación cruzada de regímenes privados a la relación pública-administrativa (la llamada “huida” del Derecho Administrativo), o viceversa: aplicación de regímenes públicos a relaciones entre particulares. Pero la neo-moderna legislación administrativa ha incorporado un nuevo y urgente motivo: la necesidad de clasificar la normativa toda, en pública o privada, para identificar las normas que, en caso de vacíos (lagunas), cabe aplicar supletoriamente en materia de concesiones de obras públicas y de contratación administrativa. Esto es algo nuevo en nuestro esquema normativo, y cabe analizar y ofrecer elementos para tal tarea de integración normativa.

Para ello, en el primer apartado relevo algunos aspectos generales de interés; luego, en el segundo apartado, ofrezco y reproduzco un desarrollo de la bipolaridad como clasificatorio de las disciplinas jurídicas, todo lo cual servirá para la respuesta que el actual orden jurídico vigente relativo a concesiones de obra pública y contratos administrativos exige a juristas y jueces: clasificar las normas en públicas o privadas. Es esta una primera entrega en este tema tan visitado por los juristas de todos los tiempos, que espero ampliar en el futuro.

I. CONTEXTO Y NECESIDAD PRÁCTICA DE LA DICOTOMÍA PÚBLICO/PRIVADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

1. *¿Por qué importa la dicotomía público privado en el actual Derecho Administrativo?* La bipolaridad derecho público/derecho privado es la más rancia clasificación jurídica; hay que hundirse en la historia para encontrar su origen en un breve texto de Ulpiano, dedicado a la enseñanza, que luego sería incorporado a las *Institutas* y al *Digesto*. En

* Profesor titular Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

dicho texto Ulpiano dice que los aspectos *del estudio* del derecho son dos: *publicum et privatum*: es público, el que se refiere al estado de la cosa romana; y es privado, el que atañe a la utilidad de cada individuo.

Pero esta distinción desaparece completamente de la literatura jurídica en toda la Edad Media, época dominada por el concepto unitario de derecho común, y la autonomía de los derechos particulares (*iura propria*). Romanistas y canonistas rehusaron durante muchos años mutilar la unidad del panorama con esta bipolaridad.

Reaparece en el siglo XVII simplemente en la literatura jurídica, en que los autores lo utilizan para distinguir los campos científicos del derecho en dos: uno público y otro privado. También lo retoman con mucha fuerza los filósofos. Por ejemplo, Kant lo utiliza en su texto de vejez relativo a Teoría general del derecho. Últimamente, los análisis más completos son de Habermas y Hanna Arendt.

Algunos han negado con rotundidad esta clasificación, tildándola de ideológica y anticientífica. Es el caso de Kelsen. Otros ofrecen lúcidos desarrollos, como Weber, Radbruch, Bobbio, y así, en todas las veredas de la filosofía y de la teoría del derecho. Hoy en día es muy general su uso por toda la doctrina jurídica, y en diferentes disciplinas.

Sin perjuicio de la generalidad de su uso y acogida, lo que tuvimos presente al escogerlo como tema, lo más acuciante para todos nosotros hoy, es que no sólo se trata ya de un uso por los autores para los simples efectos de clasificar las materias de enseñanza (como fue el caso de Ulpiano), sino que el legislador ha comenzado a utilizarlo para definir marcos de aplicación de normas, y ha comenzado a clasificar las normas en una de las dos categorías: Es el caso del art. 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas [D.F.L. N° 164-1991=D.S. N° 900-1996] y del Art.1° de la Ley de Contratación Administrativa [N° 19.886-2003], las cuales se refieren, por vez primera en nuestro ordenamiento a “normas de derecho público” y a “normas de derecho privado”, dando por hecho de que al derecho administrativo pueden serles aplicables, sucesivamente, normas de uno u otro sector del ordenamiento normativo.

Y esto en medio de una realidad aún más relevante para nosotros: es que la disciplina misma del Derecho Administrativo, es una disciplina del derecho público, según la clasificación que los autores han aceptado desde el siglo XVII. Y ahora, el legislador y para qué decir la realidad jurisprudencial, nos empuja a una aplicación cada vez más usual de normas de derecho privado.

¿Es eso coherente? ¿O es sólo desesperación por encontrar siquiera algún dato normativo en medio de tanta laguna normativa, como es la realidad del Derecho Administrativo?

2. La dicotomía público/privado como explicación de la vida misma. ¿Qué es lo público? ¿Qué es lo privado? ¿Cuál es el género próximo de los sustantivos/adjetivos público y privado? ¿Para qué sirve jurídicamente la extendida discusión filosófica y sociológica al respecto? ¿Cuándo un filósofo o un sociólogo clasifican la realidad en público/privado, se sitúa en las mismas esferas que el jurista? Todo esto es relevante a efectos de la actual respuesta jurídica que exigen disposiciones legales bien concretas.

Cabe observar este fenómeno de lo público/privado desde diversas perspectivas, distintas a la jurídica, que permitan una aproximación a la realidad. Es un tema habitual de filósofos y sociólogos; autores como Jurgen Habermas y Hanna Arendt lo han desarrollado desde sus perspectivas, y de modo polémico entre ellos¹. Su perspectiva es la observación de la vida misma; y se preguntan: ¿para qué sirve el binomio público/privado en la explicación de la vida social? Podemos revisar las respuestas más habituales.

a) Es una herramienta de racionalización de la organización social. Todos estos análisis inundan al pensamiento actual y cada cual utiliza esta contraposición de diferente modo. Parece que aquí hay un quiebre con lo que pensamos los juristas (siguiendo a Ulpiano, Kant), y lo público y privado para pensamiento filosófico o sociológico general, parece que es algo matizado:

1º) *lo público*: sería aquello que le corresponde al pueblo en su conjunto/lo común a todos. No necesariamente lo estatal.

2º) *lo privado*: lo particular y lo íntimo. No obstante, cabe distinguir dos dimensiones de la actuación del individuo: i) la privada: es la libre iniciativa del particular, el desarrollo personal, y ii) la pública: los individuos se desarrollan como defensores del interés de la colectividad. La división de estas dos dimensiones supone la sociedad y el Estado, pero es distinto.

Así lo público/privado se entremezcla: i) el Estado puede velar tanto por lo público como por lo privado, y ii) los particulares tienen dos dimensiones: privada/pública. De tal modo que no podemos adjudicar todo lo público al Estado, ni todo lo privado al individuo; ambos tienen ante sí a ambas dimensiones.

La visión filosófica y sociológica, entonces, no coincide necesariamente ni con las visiones históricas (ya vimos que la bipartición ha sido evolutiva) ni con la visión jurídica (que revisamos más adelante).

b) Hay una axiología de lo público y lo privado: creación de principios. De aquí podrían surgir principios jurídicos. Así:

i) La esfera pública: estaría dominada por la noción de interés general. Pero cabe distinguir si el interés general es una suerte de interés ontológicamente propio de la nueva entidad creada por la reunión de individuos, esto es, el Estado; o si es el interés de la sociedad en su conjunto, que es distinto y distinguible de esa realidad llamada Estado.

ii) La esfera privada: sometida a los intereses particulares.

Como consecuencia jurídica de esta representación bipolar de la sociedad, se han conformado dos categorías de personas o sujetos de derecho: i) personas privadas: que son naturales y jurídicas, y ii) personas públicas: sólo jurídicas. Así, para algunos juristas (o sistemas jurídicos) toda la distinción del derecho público y derecho privado reposa en este silogismo:

1º) *Órganos públicos*: las personas jurídicas “públicas” (esto es, los órganos del Estado) son las encargadas del interés general; en seguida:

¹ ARENDT 1958, cap. II, 37-95 y en HABERMAS 1962, 94-123.

2º) *Derecho especial/público para tales órganos públicos*: para su regulación jurídica la ley crea derechos estatutarios; esto es, un derecho creado para tales personas “públicas”, que es exorbitante del “derecho común” (civil, que se aplica a las personas “privadas”); de lo que resulta la bipolaridad público/privado;

3º) *Jurisdicción pública*: Todo ello resulta traducido en un dualismo jurisdiccional, dos órdenes de jurisdicción, lo que da una base institucional a la división del derecho; jueces para lo público y para lo privado. Es el caso de Francia; en cada conflicto cabe verificar si es competente un juez administrativo (de derecho público) o un juez judicial (de derecho privado).

c) *No es estática esta división en la sociedad; es evolutiva*. Está conectada con la realidad histórica y con las ideologías dominantes. No es lo mismo lo público y lo privado en regímenes más o menos: *i*) estatistas (que intentan capturar por el Estado todo lo público/se adueña de todo lo común, incluidos aspectos privados relevantes), o *ii*) liberales (que intenta ampliar lo privado). Es, en definitiva, una división fluctuante. Tenía razón Kelsen: es una división ideológica; depende de las tendencias que laten en la sociedad.

Entonces lo público y privado es distinto en la realidad; y debemos ser cuidadosos al intentar trasladar sin tamiz, pura y simplemente, los textos filosóficos o sociológicos hacia el mundo del derecho. Veamos ahora lo público/privado en el Derecho.

3. *Sistema jurídico y prioridad local, como contextos para la configuración de divisiones y subdivisiones del derecho*. Las disciplinas jurídicas son subdivisiones entre medio de las dos grandes partes (público y privado) del fenómeno jurídico. Las disciplinas jurídicas, así, o son públicas o son privadas. ¿Eso es aplicable también para las leyes? Para responder, cabe analizar las dimensiones del derecho, y el rol de los juristas de dividir y subdividir internamente esas dimensiones.

a) *Las cuatro dimensiones del derecho*. Da la impresión que cuando se analiza el derecho nos estamos refiriendo exclusivamente a las reglas jurídicas contenidas en las normas; sin embargo, ello no es así: una mirada intuitiva a la realidad nos permite apreciar que el derecho en nuestra sociedad se desenvuelve en cuatro dimensiones, todas culturales y temporales, fruto de desarrollos o acuerdos actuales. Así, podemos decir que el derecho se reduce a estos cuatro fenómenos:

1º Las *leyes*, provenientes de un acuerdo parlamentario, a través de las cuales los legisladores adoptan el llamado derecho legal (o positivo; o vigente; o “reglas”), que rige las relaciones jurídicas en sociedad.

2º El *hecho jurídico*, que se manifiesta en el actuar cotidiano de los ciudadanos, en sus relaciones con relevancia jurídica; en medio del sentimiento popular de lo que es “justo” o “equitativo”; así como en las costumbres (reglas jurídicas que no han sido transformadas en derecho positivo).

3º La *jurisprudencia*, proveniente de las sentencias que dictan los jueces, en el ejercicio de su rol de componedores de conflictos. El juez tiene la importante función de componer aquellas situaciones en las que las conductas de los ciudadanos entran en contradicción con las reglas jurídicas, no sólo aquellas contenidas en las leyes, sino

también las que se fundamentan en la costumbre, interpretando y percibiendo el pulso social que hay detrás. Así, los jueces aportan soluciones, en principio, “conforme a la ley”, pero cuando ésta no disponga nada (“casos difíciles”), resuelven los casos por la vía de los principios jurídicos.

4º La *doctrina*, que se manifiesta a través de la labor de los juristas, quienes se avocan a la construcción de la dogmática jurídica, también llamada “orden externo”, construyendo así las disciplinas jurídicas y principios que serán utilizados en la aplicación del derecho.

Es en estas cuatro dimensiones en que el derecho cobra vida, se manifiesta y desarrolla, debiendo permitir el logro de ciertos objetivos primordiales para la vida en sociedad: la pacificación, la justicia, la equidad, la certeza, la seguridad, la racionalidad, la coherencia, entre otros.

b) *Rol de la doctrina jurídica*. La “doctrina” jurídica dedica sus esfuerzos a explicar esos cuatro fenómenos: las leyes (=reglas), los hechos jurídicos (incluida la costumbre), la jurisprudencia y la propia doctrina (de los demás autores). Sin embargo, a pesar de la importancia de la doctrina para la labor cotidiana de los jueces, esto es, para la aplicación del derecho que realizan los jueces, la literatura jurídica y, en especial, la Teoría del Derecho, han dedicado muy poca atención al tema.

La construcción de las disciplinas jurídicas es una de las tareas más trascendentales de los juristas eruditos, pues a través de ella se conforma la dogmática jurídica también llamada “orden externo” (o doctrina jurídica o legal = *science of law, doctrine juridique, dottrina, Rechtswissenschaft, Rechtsdogmatik*). Este es, en verdad, el saber jurídico por antonomasia:² es la *literatura* jurídica. Tal literatura es siempre especializada; no se ofrece nunca de modo genérico (no existen tratados de “Derecho”, a secas), sino siempre es singularizada en ramas, disciplinas especiales: derecho administrativo, derecho penal, derecho constitucional, derecho civil, etc. La llamada dogmática jurídica, doctrina legal o jurídica, o simplemente doctrina, entonces, es siempre especializada y nunca general.

Esta tarea es distinta de la construcción de un sistema legal, de normas (encargado al legislador) o de la dictación de sentencias (encargado al juez).

El estudio o análisis del diseño, de la estructura y contornos de cada disciplina jurídica es doblemente relevante:

1º) por la utilidad que tiene en sí tal división disciplinaria para la mejor comprensión y enseñanza del derecho, y

2º) por su evidente utilidad en la aplicación que del derecho realizan los jueces.

De ahí que cabe preguntarse cuál es el rol en la aplicación del derecho:

i) De las “ramas” especializadas, y

ii) Ahora (con el imperativo normativo de los arts. 21 D.S. N° 900 y 1º Ley N° 19.886) de la dicotomía público/privado.

² El aserto es de ATIENZA, 2006, 9.

La construcción y función de las “ramas” especializadas ha sido un tema constante en el análisis del fenómeno jurídico: desde Savigny (como “*sistema*”) a Dworkin (como “*prioridad local*”).

Pareciera que cualquier investigación en este sentido debe partir por revisar las primeras pistas en Savigny (a mediados del siglo XIX) y finalizar analizando las últimas propuestas en Dworkin (a finales del siglo XX). Una investigación profunda en este sentido no es algo que en esta primera formulación podamos efectuar; salvo lo que decimos en seguida.

Al respecto, en el más actual, famoso y coherente planteamiento de Teoría del Derecho de que disponemos en la actualidad, formulado por Dworkin (en una parte de su obra que no ha llamado toda la atención que merece), se constata con acierto y realismo que los jueces, al aplicar el derecho, otorgan una preferencia y relevancia esencial (“*prioridad local*”, señala el autor) a las disciplinas especializadas en que se divide el derecho (“departamentos” o “provincias”); y es desde ahí, desde tales disciplinas, de donde obtiene el juez las primeras respuestas, en el intento de todo juez de que la aplicación de la ley sea “coherente”³.

Precisa y preciosa constatación ésta pues, sin necesidad de un análisis etnográfico⁴, el juez, para dictar una sentencia, pareciera que en primer orden no acude sólo a las reglas contenidas en las leyes o al análisis de los hechos del caso; el juez opera de un modo más complejo y busca primero identificar y delimitar ante qué disciplina jurídica se encuentra tal *factum* y tales reglas (dice: “este es un caso civil”, “laboral”, etc.); a partir de ahí, el juez identifica con mayor precisión:

1º) Las reglas existentes (que, en caso de existir, no puede dejar de aplicar, salvo prevaricación), y

2º) En caso de ausencia de regla (por simplificar así, el “caso difícil”), dirigirá la mirada a los principios jurídicos⁵.

En ambos casos, reglas y principios, el juez los percibe como atinentes y singulares a una rama singular del derecho: si fuesen las reglas y principios tan *generales*; el juez

³ DWORKIN 1986, 250-251 [traducc. 1988, 180-181]: “los argumentos legales y judiciales respetan estas divisiones tradicionales”. Esta constatación de Dworkin la realiza en medio del análisis de “la integridad del derecho”, y este planteamiento, en su obra, es posterior y complementario a su más famosa propuesta: la separación de reglas y principios. Dicho autor se refiere a los que llama distintos *departements of law* (traducido usualmente como «departamentos» del derecho), los que conformarían la división del derecho: *compartmentalization of law*. Es evidente la referencia de Dworkin a lo que en nuestra tradición denominamos división de disciplinas especializadas o ramas del derecho. [En el *Index de Law's Empire* (1986), donde está este desarrollo, el autor destaca esta materia bajo ese significante: *compartmentalization*; en el *Índice temático* de la traducción castellana se elige el curioso significante “*divisionismo (sic) del derecho*”, dando la impresión que la división del derecho fuese una tendencia discutida o materia disputada; debemos considerar mejor, siguiendo el original: o *división o compartimentalización del derecho*. Vid., un interesante desarrollo de la idea de Dworkin de prioridad local y “departamentos” en: PÉREZ BERMEJO 2006, 157-161.

⁴ Vid. una etnografía del derecho administrativo francés en: LATOUR 2004.

⁵ Esta distinción entre reglas y principios la destaca Dworkin en varios sitios de su obra: DWORKIN 1967, 22-23 [traducc.: 1984, 72].

no tendría una herramienta para especificar tales reglas y principios a los casos, que son siempre específicos, singulares; y la herramienta *es* cada disciplina especializada. El juez percibe que siempre una norma o un principio tendrá la naturaleza jurídica especial:

i) Ya sea de una específica y singular rama, parte o departamento de derecho; esto es, siempre una regla o principio será, por ejemplo, de derecho administrativo, de derecho civil, de derecho penal, etc.;

ii) Ya sea de uno de los dos hemisferios del derecho: público o privado.

Esta división del Derecho en público y privado, por cierto, ya la vislumbran y mencionan expresamente, en los albores de la ciencia jurídica en el siglo XIX, Savigny (como dividiendo el sistema jurídico), y en las postrimerías del siglo XX, Dworkin (como prioridad local)⁶.

4. *La summa divisio público/privado como clasificadorio de disciplinas y normas jurídicas.* ¿Para qué sirve entonces el binomio público/privado en el Derecho Administrativo actual? Para clasificar tanto disciplinas como normas jurídicas. Este es tanto un problema como una necesidad prácticas.

a) *Público/privado, para clasificar las disciplinas jurídicas.* Una tarea relevante de la doctrina jurídica es el diseño de las disciplinas jurídicas; y estas disciplinas forman partes del sistema de disciplinas; sistema éste que los juristas bi-partimos en dos mitades: público y privado. Todos los juristas somos habitantes de uno u otro sector del sistema jurídico: o somos *privatistas* o somos *publicistas*; y si no logramos identificarnos en uno u otro sector, sentimos que tenemos una indefinición en nuestra dedicación.

La construcción/reconstrucción constante de este binomio sirve para la enseñanza y para la construcción de un sistema jurídico; por ejemplo, para definir la ubicación de las disciplinas jurídicas, y situarlas en uno u otro sector de la realidad jurídica.

No nos engañemos, pues cada vez que mencionamos esta división, sólo podemos hacerlo pues: i) pensamos sistémicamente, en el género próximo: la realidad jurídica que lo cubre todo; y, ii) luego clasificamos, pues sabemos que ese todo tiene que dividirse, y cada disciplina debe estar en uno u otro sector del sistema.

¿Cómo opera lo público/privado en Derecho, al clasificar las disciplinas jurídicas? Si bien esto puede ser polémico, se suelen clasificar las disciplinas jurídicas en ambos sectores; y una clasificación podría ser la siguiente:

i) *Disciplinas de Derecho Público:* Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal.

ii) *Disciplinas de Derecho Privado:* Derecho Civil; Derecho Penal; Derecho Comercial.

iii) *Existen disciplinas ¿mixtas?:* se suele señalar como tales al: Derecho Penal y al Derecho Laboral.

Más adelante aporto un criterio para tal discusión clasificatoria. Nadie discute que las disciplinas jurídicas son públicas o privadas; la discusión estriba en la clasificación

⁶ Vid. SAVIGNY 1841, I, § 9 y DWORKIN 1986, 250 [traducc. 1988, 180].

de cada cual, y en la posibilidad de un *tertium genus*; pero esto último rompería la bipolaridad.

[El acápite II, que transcribo más adelante está dedicado a esta materia: a la función de clasificación de las disciplinas jurídicas que cumple el binomio público/privado].

b) Para clasificar las normas jurídicas. El problema actual para juristas y jueces es que los arts. 1º Ley N° 19.886 (en materia de contratación administrativa), y 21 D.S. N° 900 (en materia de concesión de obra pública), en caso de relleno de lagunas, los obliga a una tarea epistemológica/ontológica: clasificar las normas del orden jurídico en públicas o privadas. Pero esta clasificación ya existe para las disciplinas jurídicas.

En estos dos casos los vacíos normativos se deben rellenar aplicando correlativamente, como supletorias, primero *otras* normas de Derecho Público y luego *otras* normas de Derecho Privado.

Existe aquí:

i) Algo poco usual: una referencia a “Derecho” (esto es, al *ius*/en contraposición de la *lex*). Es lo que intentamos explicar.

ii) Existe un *orden de prelación de fuentes supletorias*: Derecho Público primero; luego el Derecho Privado.

iii) Es raro que se anteponga el Reglamento a las demás leyes: altera el relleno de lagunas, por vía jerárquica, mediante otras leyes; y antepone al reglamento, *especial*, pero de menor jerarquía normativa. Eso es problemático.

iv) Si entendemos que es un mandato de integración puramente normativo, ¿elimina posibilidad de recurrir a principios jurídicos para el relleno de lagunas? Salvo que entendamos que la referencia legislativa a normas de *Derecho Público y de Derecho Privado* es a principios jurídicos, lo que no es el tenor expreso: se refiere a “normas”.

c) Público/privado, como guía para la jurisprudencia. Es relevante a efectos de la supletoriedad del Código Civil respecto de conflictos de naturaleza administrativa.

La revisión de lo público/privado es un argumento/fundamento para definir la discusión de la aplicación supletoria del Código Civil a casos de naturaleza administrativa. Los casos son conocidos. En las dos acciones más relevantes en materia administrativa, cierta doctrina y jurisprudencia, intentan aplicar directamente normas del Código Civil. Así.

i) En materia de responsabilidad. A partir de la escueta norma del 2314 CC, se postula aplicar lisa y llanamente, el CC, por toda la dogmática civilista, y una tradición jurisprudencial ya bastante asentada. Hay un descuido terminológico igualmente: se aplica para un fenómeno administrativo una terminología extraña: “responsabilidad extracontractual del Estado”; pero si se observa bien la realidad, tal responsabilidad no es ni “extracontractual” ni “del Estado”, a secas. Es responsabilidad patrimonial de la Administración, que responde como fisco.

La respuesta de la dogmática de los autores administrativistas ha sido decepcionante; incluso oportunista: o se escapan a otra *lex*: la CPR, y a otra dogmática: la constitucional; o se escapan al CC. De las leyes y principios administrativos hay poco recuerdo.

Este juego de “supletoriedades” ha impedido el desarrollo de una dogmática propia de la “responsabilidad administrativa” basándose en leyes de naturaleza administrativa: por ejemplo, de la Ley N° 18.575; de la Ley N° 18.686, de Municipalidades.

ii) *En materia de nulidad.* Igualmente existe doctrina y jurisprudencia que, mediante la vía *express* de la supletoriedad del CC, aplica las normas de la prescripción del Código Civil, directamente. Sin ninguna matización.

Si bien, es obvio que cabe rellenar las lagunas, parece que la vía no ha de ser tan directa, por simple transposición.

En fin, sin importar cuál sea la solución de fondo; pareciera que cabe observar el *método* de integración más correcto.

El efecto se puede resumir así:

- | | |
|---|--|
| a) Desde casos de naturaleza administrativa: | b) <i>Hacia:</i> regulación para casos de naturaleza civil: |
| i) En que existe una <i>relación</i> administrativa (con potestades) | i. En que existe una <i>relación</i> civil (entre particulares) |
| ii) En que debieran aplicarse leyes de naturaleza público/administrativas | ii. Se suelen aplicar leyes de naturaleza civil |
| iii) Cuyos vacíos debiesen integrarse con principios misma naturaleza | iii. Cuyos vacíos suelen integrarse con principios de naturaleza diversa |
| iv) Desde una disciplina de Derecho público | iv. A una disciplina de Derecho privado |

Tema este sobre el que habremos de volver en un trabajo más amplio.

5. *Lo estatal y lo público y privado.* En el caso chileno el problema de lo público/privado cobra especial relevancia a partir de la Constitución Política de 1980 (CP), en donde es notoria la diferencia entre lo público y un fenómeno conexo, pero distinguible necesariamente: lo estatal.

La CPR está plagada de referencia a lo público y privado, ya como dicotomía directamente; o ya, *avant la lettre*, refiriéndose de manera expresa sólo a lo público, lo que trasluce la existencia implícita de lo privado. La dicotomía aparece a cada instante.

Hoy no cabe incluir todo lo estatal en el ámbito de lo público. En realidad, aunque a primera vista sea extraño y paradójico, existe lo estatal/público y lo estatal/privado.

a) *Lo estatal público.* Lo público, del pueblo, no cabe ser confundido con lo estatal, a secas; pues existen misiones del poder político [los fenómenos que llamamos Estado/Administración; Estado/regulador (legislador); Estado/Jurisdicción] que se vinculan con el *populus*, como tal; y separadamente, con los *privus*, pero *uti singuli*.

Es necesario no perder la perspectiva del objeto de estudio de la dogmática jurídica: el derecho interno de un país determinado. En un análisis dogmático no es posible traer

a colación la tesis (discutible) de la personalidad jurídica del Estado, como ente político, ante las Relaciones Internacionales.

Una vez despejado esto, cabe señalar que el fenómeno de lo público/privado ante el derecho interno es de una complejidad tal que admite análisis detallados. El “Estado”, a secas, no es una persona jurídica ante el derecho interno (sí es posible estudiar esa perspectiva en las Relaciones Internacionales); en el derecho interno lo que existen son organizaciones políticas, que ejercen poderes específicos, a los que la CP se refiere como “órganos del Estado”: poder de administrar (el Estado/Administración); poder de legislar o regular (el Estado /Legislador); poder de juzgar (el Estado/Jurisdicción). Esto es algo estatal y efectivamente “público”, dada su pertenencia al interés común, del pueblo.

Esta es una primera perspectiva de *lo estatal: como público*.

b) Lo estatal privado. En cuanto a lo patrimonial, hay aspectos estatales con régimen jurídico privado. En efecto, variados aspectos de lo estatal pueden ser regulados (por las normas) y analizados (por el jurista) a través del estatuto privado; es el caso de la propiedad fiscal (los bienes raíces de propiedad del fisco), por ejemplo, en que la persona jurídica/fisco, actúa según el mismo régimen de base de las propiedades de un particular y se rige en su relación real con los bienes raíces por el derecho privado. Pero esto no le hace perder su calidad de actuación estatal; no sería una actuación potestativa del Estado/fisco (lo que no es posible sino para el Estado/Administración), sino patrimonial, de derecho privado.

El sustento patrimonial del ejercicio práctico de estos poderes, entonces, origina una persona jurídica: el fisco (el Estado/fisco), y tal persona jurídica, a pesar de su conexión con todos los órganos potestativos, actúa en tal esfera (la patrimonial) bajo el mismo régimen de base de un particular: su vínculo con el dinero y los bienes es idéntico al de un particular; lo cual no debe confundirse con la “finalidad” de su utilización; o de las “capacidades” para disponer de ellos; o de la “responsabilidad” de sus agentes, por tratarse de dinero o patrimonios de una persona jurídica (el fisco) manejados por otras personas (los funcionarios fiscales, llamados funcionarios “públicos”, pero más bien administrativos).

El fenómeno ante los bienes es idéntico, y nos encontramos con lo estatal, tanto en el área pública como en la privada. En efecto, no cabe confundir los bienes *fiscales* (de estatuto privado: el Estado/fisco puede ser propietario) con los bienes *públicos* (de estatuto público: en que el Estado/Legislator o el Estado/Administración actúan potestativamente, sin poder llegar a ser “propietarios”).

Esta es una segunda perspectiva de *lo estatal: como privado*.

c) Lo fiscal y lo estatal. En suma, en el análisis del esquema dual público/privado, cabe distinguir claramente:

1º lo “fiscal”, que sólo dice relación con los aspectos patrimoniales, lo que es regulado sobre la base de normas y principios de derecho privado; de lo,

2º estatal/potestativo, que es regulado por el derecho público.

Esto es, ante la realidad jurídica vigente, lo estatal se nos aparece, con distintas regulaciones, en ambos sectores del Derecho: tanto público como privado.

6. *Derecho administrativo y derecho privado.* Por ejemplo, en las disciplinas de derecho privado se desarrollan principios propios, características propias e instituciones propias. Ejemplos de principios: autonomía de la voluntad, igualdad de partes en la contratación, etc. Ejemplos de instituciones: contratos, responsabilidad derivada de los daños, prescripción (modo de adquirir y de extinguir), propiedad o dominio, personalidad jurídica, representación o mandato, nulidad; Derecho de Familia; en el área comercial existen las sociedades, los actos de comercio, la quiebra, etc. El Derecho Privado tiene una tradición de dos mil años, pero el Derecho Administrativo nació recién tras la Revolución Francesa, o sea, hace poco más de 200 años.

En el Derecho Administrativo la relación no es de igual a igual, sino que se trata de la persona frente a los organismos del Estado. Aunque las personas y los órganos del Estado sean sujetos de derecho, y puedan enfrentarse ante un Tribunal, la relación o enfrentamiento en los hechos es desigual.

[Los órganos del Estado tienen personalidad jurídica, no así el “Estado”, que corresponde a un concepto sociológico. El “Estado” a secas no tiene operatividad en el mundo jurídico, aunque la Constitución haga menciones al Estado. Como categoría tiene relevancia en el Derecho Internacional. Sólo la administración tiene personalidad jurídica, ni le Poder Judicial ni el Legislativo la tienen.]

Hasta la mitad del siglo XX la Administración gozaba de muchos privilegios. Argüía que actuaba en función del bien público y eso llevaba a que los particulares debieran ceder mansamente sus derechos y libertades ante la Administración.

Ejemplo de la incompatibilidad de conceptos civilistas frente al Derecho Administrativo: para hacer una carretera (adquisición de bienes) es necesario recurrir a la expropiación, y no a la autonomía de la voluntad para verificar si los particulares quieren o no vender. La relación que tiene la administración con los bienes se le llama “propiedad pública”, o sea, con un apellido al concepto civilista de “propiedad o dominio”. Pero la administración no tiene un vínculo propietario con los bienes.

Con estas rarezas se han construido las instituciones en Derecho Público. Esa propiedad pública no tiene el carácter excluyente de la propiedad privada, porque en general son bienes de uso público (también existen los bienes fiscales). Es decir, finalmente han de hacerse distinciones para un mismo concepto, aunque se use el mismo. También se ha trasladado la idea de “contrato administrativo”, aunque no exista la igualdad de partes.

Hay ocasiones en que el Estado realiza actividades en el mundo privado, y lo hace por medio de una persona jurídica: el Fisco.

El “principio de la buena fe”, propio del Derecho Civil, se une al “principio de la confianza legítima” del Derecho Administrativo.

Al revisarse la legislación y los tratados de Derecho Administrativo habrá que reconocer el traslado de conceptos desde el Derecho Civil al Derecho Administrativo.

II. LA *SUMMA DIVISIO* PÚBLICO/PRIVADO COMO CLASIFICATORIO DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

La bipolaridad público/privado es una *summa divisio* de las disciplinas jurídicas, que marca un clasificadorio fundamental de todas ellas⁷.

Es tarea de la Teoría del Derecho comprender y analizar el fenómeno del Derecho; en especial, las conexiones entre las normas (*lex*) y la ciencia del Derecho (*ius*), y es tarea de la epistemología de las disciplinas jurídicas analizar la manera en que se construyen las ramas y su división bipartita.

En este apartado, analizo la vieja dicotomía Derecho público/Derecho privado, *summa divisio* disciplinaria jurídica que pareciera siempre estar en medio de todo; e implica referirse a la epistemología de las disciplinas jurídicas, de donde surge esa otra dicotomía que está en la apertura y en el cierre del fenómeno jurídico: *lex* y *ius*⁸.

De ahí que cabe una revisión de epistemología de las disciplinas jurídicas: de la *summa divisio iuris*, que, de una manera heurística, clasifica en público y privado todo el Derecho. De este clasificadorio fundamental surge no sólo una bipolaridad útil para clasificar las especialidades a que se dedican los juristas, sino bases y principios jurídicos que se transmiten a las normas respectivas; y estas bases y principios, como veremos, pueden ser alterados mediante la técnica de la supletoriedad⁹, integrando normas entre distintos sectores del Derecho.

1. Historia y amplia aceptación actual de la bipolaridad público/privado

a) *La bipolaridad en la historia jurídica.* Esta rancia clasificación, que podemos calificar como *summa divisio iuris*, ha tenido un tránsito singular en la historia del pensamiento jurídico: ingresa a la historia en Roma¹⁰, luego desaparece de escena durante la Edad Media, reapareciendo en la época moderna, sin solución de continuidad hasta hoy.

Si nos remontamos a Roma, de donde solemos rescatar el célebre texto Ulpiano, recogido en las *Institutas* y en el *Digesto*, se solía distinguir el estudio del derecho en dos partes. En efecto, la referida bipolaridad surge a la historia de las fuentes en un fragmento de carácter doctrinario, de las *Instituciones* de Ulpiano, recogido en las *Institutas* y en el *Digesto*¹¹. Dicho texto señala que los aspectos del estudio (*positiones studii*) del Derecho son dos: *publicum et privatum*:

⁷ Este párrafo es la transcripción de: VERGARA 2010a, 94-110 y 2010b.

⁸ Ideas y desarrollo ya expuesto, en otro contexto, en: VERGARA 2004b.

⁹ En especial cabe considerar este trabajo como complementario de VERGARA 2009, en que se analiza la supletoriedad de las normas civiles respecto de casos de derecho administrativo, pues las dificultades de una supletoriedad coherente aumentan en caso de que se aplique desde un sector a otro de la *summa divisio* del Derecho.

¹⁰ Sobre el origen e historia en Roma, véase: NOCERA 1992, 7 y *passim*.

¹¹ Recopilado tanto en *Institutas*, I, 1, 4, y en *Digesto*, I, I, 1, 2.

- i) “es derecho público, el que se refiere al estado de la cosa romana” [*publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat*], esto es a lo relativo a todos; al *populus*, al pueblo; y
 ii) “[es derecho] privado, el que [atañe] a la utilidad de cada individuo” [*privatum, quod ad singulorum utilitatem*].

Pareciera que de aquí es posible obtener un criterio jurídico: que la separación dice relación con la *utilidad* de cada ámbito del Derecho.

Pero no podemos olvidar que Roma no era estatista; no había en esa época lo que hoy conocemos como Estado. Existía un Derecho, pero sin un Estado/legislador. La realidad política era otra. De ahí que la transposición de este añejo texto a nuestra realidad actual no es posible. Este texto es una preciosa pieza de arqueología jurídica; no utilizable hoy a efectos jurídicos, pues las hipótesis de hecho de su construcción no son aplicable hoy.

En la Edad Media se produce un hecho paradójal: desaparece el uso del binomio público/privado; pero: aparece el fenómeno estatal; y en medio de la sociedad se distingue este nuevo actor: el Estado. Junto con desaparecer esta distinción, cabe recordar que esta época estuvo dominada por el concepto de “Derecho común” (*ius commune*) y en que impera una noción de ordenamiento jurídico basada en la autonomía, respecto de los derechos particulares (*iura propria*)¹². Romanistas y Canonistas rehusaron durante muchos años mutilar la unidad del panorama¹³.

Reaparece el díptico Derecho privado/Derecho público a mediados del siglo XVII en la literatura jurídica¹⁴, en que se compusieron diferentes obras que se titulaban, precisamente, y con total naturalidad, ya de Derecho privado, ya de Derecho público¹⁵. En los siglos XVIII-XIX el binomio ahora coexiste con el surgimiento de los Estados Nacionales. Así, aparece la literatura jurídica de “Derecho Público”. Así, la partición se nos presenta de manera distinta:

ii) *derecho público*: lo relativo al pueblo; a la Nación; en donde se incorpora lo relativo al Estado.

i) *derecho privado*: lo relativo a cada individuo.

Así se produce una tensión entre lo público/del Estado y lo público/de la Nación. ¿Es lo relativo a la sociedad, en su conjunto, lo que se manifiesta en el derecho público? Ello es notorio en materia de bienes: se produce una confusión entre:

- i) lo estatal = los bienes de la organización estatal, y
 ii) lo público, del pueblo, de todos/lo comunal = los bienes de todos.

A partir de esa época, y hasta hoy, la terminología la adoptan con total generalidad los autores de obras jurídicas, para distinguir, parafraseando a Ulpiano, *positiones studii iuris*, los campos científicos.

¹² Cfr. GROSSI 1995, 226 (traducc. 1996, 224). Lo constata igualmente: MESTRE 1985, 131, 170-180.

¹³ Así: CHEVRIER 1952, 7.

¹⁴ CHEVRIER 1952, 7.

¹⁵ Es el caso del *Traité de “Droit Public”* de DOMAT 1697.

Es evidente que con esa misma naturalidad la retoman filósofos¹⁶, y los estudios de Derecho se clasifican en las escuelas de enseñanza de ese mismo modo; así suele dividirse la enseñanza y los diferentes departamentos o secciones que agrupan a los diferentes profesores de Derecho. Aún más, los especialistas en las distintas ramas del Derecho se suelen autocalificar o de “publicistas” o de “privatistas”, si su dedicación es relativa a alguna disciplina de uno de los campos del dístico¹⁷.

b) Lo público y privado ante el Derecho actual. La bipolaridad Derecho público/Derecho privado hoy forma parte indesmentible de la cultura jurídica y es una distinción que desde hace mucho tiempo estructura el discurso de los juristas de nuestra tradición “continental”¹⁸. Así, el tema es objeto de una intensa discusión, desde los que niegan la distinción¹⁹ hasta los que la relativizan²⁰, pero todo jurista en sus obras pareciera que se siente obligado a señalar algo sobre la distinción, así sea vagamente o con mayor precisión²¹.

Sin perjuicio de ello, lo público/privado hoy no sólo es materia de análisis jurídico, sino que es objeto de estudio de otras perspectivas, ya filosóficas, sociológicas o históricas; de ahí que aún muchos piensen que es meramente ideológica y no jurídica. Lo público y privado surge de la realidad humana, y de la vida en sociedad²², y tales miradas son útiles al Derecho, pero no siempre coincidentes. No abordamos esas perspectivas.

Es, entonces, esta bipolaridad una creación de la literatura jurídica y de la enseñanza del Derecho. Es, notoriamente, la incorporación de un lenguaje doctrinario de los autores y profesores, conectado con la realidad, y que poco a poco fue impregnando el diálogo con el resto de la literatura y en especial con el legislador.

En efecto, como hemos adelantado, hoy se torna necesario su análisis ya no sólo como un diálogo teórico en medio de la epistemología de las disciplinas del Derecho, sino que se requiere un análisis dogmático-jurídico, esto es, de interpretación de normas

¹⁶ Véase la *Metaphysik* der Sitten 1797, de KANT, cuya primera parte está dedicada a los “principios metafísicos de la doctrina [teoría] del derecho”, en que ofrece una división suprema del Derecho, que denomina, precisamente: Derecho público y Derecho privado.

¹⁷ Sobre el fenómeno chileno de asignar el papel de un “derecho común” al Código Civil, véase VERGARA 2010a, 67-91.

¹⁸ TROPER 1994, 184 (traducc.: 2001, 164). La distinción pareciera no tener relevancia en el *Common Law*, en el Derecho anglosajón. Vid. OLIVER 2001, quien señala que “no existe más que el derecho y la justicia”, y AUBY y FREEDLAND 2004, que contiene las actas de un encuentro franco-británico de profesores de distintas especialidades, dirigido a analizar la dicotomía en los dos sistemas.

¹⁹ Desde una posición normativista que niega la distinción; es el caso de Kelsen.

²⁰ Discusión que no podemos abordar aquí; un panorama y amplia bibliografía en PUGLIATTI 1958, 606-746.

²¹ Es posible reenviar a cada manual introductorio de las disciplinas del Derecho, o de filosofía o teoría del Derecho. La bibliografía podría ser amplísima. Para nuestros efectos actuales, podemos constatarlo en: RADBRUCH 1999, 159-164; BOBBIO 2004, 11-38; DESMONS 2003, 520-525. Para Chile, el señero intento de CÉSPEDES 2004, 273-300.

²² Véase perspectivas filosóficas sobre la esfera pública y privada en ARENDT 1958, cap. II, 37-95 y en HABERMAS 1962, 94-123. Una visión histórica en CLAVERO 1991.

vigentes, pues el legislador ha retomado esta clasificación. Es el caso de los dos siguientes ejemplos:

i) el artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, de 1991 [cuyo texto fue fijado por el D.S. N° 900, de 1996], Ley de Concesiones de Obras Públicas, se refiere a “*normas de derecho público*” y a “*normas de derecho privado*”;

ii) el artículo 1° de la Ley N° 19.886, de 2003, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, se refiere a “*normas de derecho público*” y a “*normas de derecho privado*”²³.

Al respecto, cabe, entonces, ofrecer las dos siguientes respuestas:

1° lo que sea el Derecho público y el Derecho privado, y en seguida,

2° lo que sea una norma de uno u otro sector.

c) *Las funciones de la bipolaridad*. La claridad sobre la bipolaridad ya no sólo es necesaria a efectos de la ciencia del Derecho, para buscar coherencia o similitudes en cada sector del Derecho, para los efectos de su enseñanza, sino también para estos dos efectos prácticos:

1° asignar tal o cual condición a las normas, y

2° verificar si es posible o coherente el método de integración de normas de ambos sectores; esto es, si es teórica y prácticamente aceptable la intromisión de normas para llenar lagunas de uno hacia otro sector²⁴.

El breve desarrollo que ofrecemos en este trabajo sobre esta bipolaridad sólo intenta cubrir el segundo objetivo señalado.

2. El fenómeno normativo y lo público-privado

a) *El origen único de las fuentes normativas*. La tarea de la dogmática jurídica presupone, al menos en un inicio, como punto de partida, la aceptación de un ordenamiento jurídico –leyes– como parte del fenómeno jurídico. En nuestra vigente realidad regulatoria, por un dato primigenio, es el *populus*, reunido en plebiscito, el que dicta la Constitución Política, y tal cuerpo normativo contiene regulaciones (normas: *lex*), cuya naturaleza sólo podemos calificar una vez construidas las disciplinas jurídicas (*ius*), las que, a su vez, son clasificadas como públicas o privadas.

El legislador (o el constituyente) regula la vida social de acuerdo a imperativos políticos, sin ánimo clasificador; es inimaginable un legislador con conciencia clasificatoria en relación a una naturaleza pública o privada. El legislador simplemente dicta normas, las cuales sólo con posterioridad son clasificadas por los juristas en los referidos ámbitos. Las disciplinas del Derecho son las que, en primer término, pueden ser claramente clasificables en privadas o públicas, conformando los dos antiguos brazos del Derecho, como

²³ Señala la Ley: “Los contratos (...) se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.”

²⁴ Tema al que me refiero en VERGARA 2009.

ciencia, por una asentada convención académica; y la transmisión de esta clasificación a las leyes o normas se produce en la operación posterior que hace el jurista, al sistematizar la normativa, integrando una determinada norma como parte de cada disciplina; y, en tal caso, el jurista le asigna a cada ley o norma una determinada naturaleza, según su materia (civil, procesal, constitucional, administrativa, laboral, etc.); materia que, a su vez, será pública o privada, según la ubicación de tal disciplina en tal bipartición del Derecho científico. Así, sólo una vez recorrido todo ese proceso, esa naturaleza será transmitida por el jurista a la ley o norma.

Suele ocurrir en la práctica legal que un mismo cuerpo normativo puede llegar a incluir normas de distinta naturaleza: ya públicas, ya privadas. Lo que importa a la ciencia del Derecho, para efectos clasificatorios, es la sustancia del contenido; el continente (la norma específica; el Derecho/legal) importa a efectos de validez o jerarquía normativa²⁵. El *origen* del Derecho/legal no es público o privado; y si la *naturaleza* del Derecho legal puede llegar a ser binaria, esto es por una constatación posterior, obra del jurista, como se ha sostenido previamente.

La clasificación público/privado no dice relación con un supuesto origen binario de las fuentes del Derecho positivo vigente, como si fuesen de autores distinguibles²⁶; pues hoy todas ellas son originadas del *único* modo políticamente aceptado: el *populus*, en vía plebiscitaria (Constitución Política), o el Estado/legislador (el Congreso: casi siempre: leyes (y un sustituto: el derecho consuetudinario); el Presidente de la República: DFL; la Corte Suprema: autos acordados).

De lo anterior surge que los *privus* de hoy (particulares) nunca son autores de un Derecho/legal, esto es, de regulaciones. Un contrato o un testamento no son leyes, no constituyen fuentes del Derecho/legal, ni se pueden considerar “regulaciones” en ninguna acepción por laxa que sea, sino que son simplemente actos privados, unilaterales o bilaterales, según la clásica clasificación, fruto del principio de la autonomía de la voluntad. De ahí que un jurista actual no puede tomar en serio el art. 1545 del Código Civil, en cuanto se refiere a que el contrato es una “ley” para los contratantes, la que no puede ser considerada sino como una mera metáfora sobre la intangibilidad unilateral de sus cláusulas.

b) La naturaleza jurídica de cada norma. A raíz de lo previamente expuesto, a cada una de las ramas o disciplinas del Derecho, esto es, las ciencias especializadas del Derecho, es posible incluirlas en alguna de tales dos polos o esferas: ya en el Derecho público, ya en el Derecho privado. Ahora, el Derecho/legal, esto es, la legislación o cada regulación sectorizada, o incluso cada norma, en verdad, es clasificada o sistematizada “desde” tales disciplinas, y al quedar situado en cada una de esas ramas, según su materia, asume esa naturaleza. Es el científico del Derecho, observando la normativa y la realidad de la vida social que otorga cada norma en su “hipótesis de hecho”, el que diseña, separa,

²⁵ Vid. VERGARA 1995, 9-15.

²⁶ Como cree verlo GUZMÁN 2001, 18.

disgrega, disecciona, como quiera llamársele, las concentraciones regulatorias o de normas (de cualquier jerarquía: constitucional o legal), y verifica y asigna la naturaleza de tales normas (*lex*), considerándolas a partir de tal análisis como “fuente” de la disciplina respectiva. Y esta tarea, propia de la “doctrina” (de los juristas), conforma el llamado sistema externo.

En el análisis normativo (del Derecho/legal: primera fase del fenómeno jurídico) parte el trabajo del jurista, creando y delimitando las disciplinas jurídicas y formulando teorías y principios jurídicos; y al conectar una norma con una disciplina, le asigna, a la luz, una naturaleza jurídica. Es lo que explicamos en seguida.

3. *Público y privado de disciplinas jurídicas y leyes*. El binomio “público-privado” es hoy, antes que nada, una *summa divisio* disciplinaria; es un gran clasificador disciplinario que divide en dos partes toda la constelación de disciplinas autónomas que conforman el universo jurídico científico²⁷.

Este binomio no explica el *origen* de las leyes que componen el orden interno. Es más bien una (en verdad: “*la*”) gran clasificación del fenómeno jurídico dogmático: toda disciplina jurídica debiera ser susceptible de ser sindicada como pública o privada (o, lo que es lo mismo, de Derecho público o de Derecho privado); de otro modo, dejaría de cumplir su rol clasificadorio.

Cabe revisar, entonces, el binomio público/privado tanto en la *lex* como en el *ius*. En efecto, la clasificación público/privado es relativa:

- i) al contenido de las disciplinas jurídicas (*ius*), y
- ii) desde ahí, en seguida, de manera indirecta, a la naturaleza de las normas (*lex*).

Analizaremos ambos lugares en que se usa y aplica este binomio público/privado en materia jurídica.

a) *Bipartición de todas las disciplinas jurídicas*. El binomio se aplica, en primer lugar, al “sistema” jurídico “abstracto-conceptual”, elaborado por los juristas.

El objeto clasificado por la bipolaridad público/privado, en este caso, son las disciplinas jurídicas, las que consisten en la especificación de una materia, de la que se deriva la naturaleza de las normas que son su objeto.

¿Cómo se clasifican las disciplinas jurídicas? Éstas son reunidas en dos bloques, distinguiendo las disciplinas que son públicas de las que son privadas. Todas las disciplinas del Derecho son clasificadas e incorporadas al interior de cada una de esas dos partes de la *summa divisio*, y así, cada disciplina jurídica (el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, el Derecho Laboral, etc.) resulta ser de uno u otro sector.

Como cada disciplina, a su vez, sistematiza las normas relativas a su materia (civil, penal, administrativa, laboral, etc.), como vemos en seguida, esta clasificación público/privado se transmite, indirectamente, a las normas.

Así vemos que la primera aplicación del binomio está dirigida a las disciplinas científicas; al llamado “sistema externo”, no legislativo, sino abstracto conceptual; a cada una

²⁷ Véase VERGARA 2004.

de esas ciencias especiales, o especialidades a que se dedican los juristas. Es, entonces, en primer término, una clasificación dirigida a los sectores doctrinarios.

b) Asignación de la “naturaleza jurídica” de cada ley. El binomio se aplica, también, pero de manera más bien indirecta, al “sistema” jurídico “legal”, elaborado por el legislador.

El objeto clasificado por la bipolaridad público/privado, en este caso, son las normas jurídicas.

Recordemos que las normas de una materia dada, en su conjunto, son el objeto de una disciplina determinada que las sistematiza: el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, el Derecho Laboral, etc.

¿De qué manera una *lex* cualquiera se considera de tal o cual disciplina y se incorpora a su núcleo y es estudiada como tal? Se llega a decir que tal o cual ley o norma es civil, penal, administrativa, laboral, etc., a partir del análisis de la realidad jurídica o materia regulada, de lo que surge su “naturaleza jurídica”: civil, penal, administrativa, laboral, etc. Entonces, como cada norma tiene una “naturaleza jurídica” asignada, pueden a su vez ser calificadas de normas públicas o privadas, según lo sea la disciplina jurídica cuyo núcleo dogmático esa norma integra.

Estos son los dos enfoques, desde el punto de vista jurídico, para referirse a lo público o privado.

4. Lo público o privado de la ciencia jurídica. En suma, el fenómeno de lo privado/público en el Derecho, antes que nada, cabe reducirlo a la clasificación que realizan los científicos del Derecho en dos grandes agrupaciones de disciplinas jurídicas, según su contenido.

Y es respecto de las normas que componen dichas disciplinas, que se realiza el trabajo de disección del jurista: fijando su naturaleza jurídica o formulando principios, instituciones y teorías jurídicas, a través de todo el aparataje técnico propio de la Ciencia del Derecho. Además, como cada disciplina jurídica tiene su propio núcleo, sus bases, principios y características esenciales, a partir de ello surge su autonomía disciplinaria; así, existe el Derecho penal (de las penas); laboral (de la relación subordinada); de aguas (del aprovechamiento de las aguas), etc. Estas materias y subsecuentes disciplinas, según sus parentescos forman así dos grandes familias, dando origen a la gran clasificación en público/privado.

a) Las disciplinas jurídicas y su autonomía. Para la conformación de una disciplina jurídica, y por tanto para considerarla autónoma desde la perspectiva jurídica, existen aspectos esenciales que conforman su contenido: y que el jurista debe descubrir observando los datos normativos y la realidad material; son los aspectos que constituyen el “núcleo dogmático” de cada disciplina, pues en tal núcleo debe ser posible descubrir los institutos jurídicos centrales de cada disciplina autónoma. De estos aspectos esenciales, diseccionados de su regulación (*lex*), surgen las instituciones nucleares de cada disciplina y los principios generales del Derecho (*ius*), que permiten una respuesta de ciencia jurídica, con todos sus agregados valóricos, y no de mero legalismo, a los problemas sociales.

Las clasificaciones que realiza la Ciencia jurídica en público/privado y, en seguida, en otras ramas especiales: tributario, forestal, financiero, medio ambiente, etc., están dirigidas a construir disciplinas de estudio, configurando principios jurídicos a partir de los cuales ofrecer modelos de solución; para ello la Ciencia del Derecho “sistematiza” leyes vigentes en un momento determinado. A tales leyes la Ciencia del Derecho les otorga una naturaleza jurídica, y sea donde sea que estén recopiladas, o la denominación que el legislador (o el constituyente) les haya dado, el jurista las “sistematiza” en una disciplina determinada. Así, lo que hace a una disciplina pública o privada es la clasificación doctrinaria.

Las normas en sí mismas siempre tienen una naturaleza; pero esta naturaleza no surge de su pertenencia a un cuerpo legal con una denominación más o menos afortunada dada por el legislador; ni es el legislador el que lo enuncia; tal naturaleza surge del contenido esencial de cada disciplina y de la clasificación que realiza el jurista, según sea que forme parte del núcleo de una disciplina determinada.

b) Los dos hemisferios del Derecho. Como hemos dicho, de la clasificación derivada de esta *summa divisio* surge lo que se llama, por una parte, el Derecho público, y, por otra parte, el Derecho privado. Ni uno ni otro de estos dos grandes sectores constituyen por sí mismos una disciplina, sino que son expresiones clasificatorias para separar dos grandes agrupaciones de disciplinas jurídicas:

i) Las disciplinas de Derecho público. Su caracterización más acusada es la existencia de potestades de órganos estatales (propias de la autoridad) en la relación jurídica respectiva (es el caso del Derecho Administrativo: potestad administrativa; del Derecho Constitucional o Político: potestades legislativas; del Derecho Procesal: potestades jurisdiccionales o del proceso).

ii) Las disciplinas de Derecho privado. Su caracterización más acusada es la existencia de una relación entre privados o particulares (es el caso del Derecho Civil: ya patrimonial, de familia, sucesorio, de los actos y contratos, etc.; del Derecho Penal; del Derecho Laboral; del Derecho Comercial).

La necesaria asignación de las disciplinas jurídicas como un todo al Derecho Público o Privado, podría llamar a dudas a quienes estimen que las fronteras entre Derecho Público y Privado no siempre son nítidas, pero lo que ofrezco en esta clasificación es un criterio: la existencia de potestades públicas en las ramas y relaciones jurídicas en que interviene como sujeto uno de los Poderes del Estado; y la inexistencia de estas potestades en la relaciones de derecho privado, en que los sujetos interactúan en un pie de igualdad. Es un criterio de división de estos dos hemisferios.

c) Dos rancios y ambiguos brocárdicos. Se conecta con lo anterior lo siguiente: suelen considerarse como sendas características de tal clasificación público/privado los dos siguientes brocárdicos o refranes jurídicos, según los cuales:

- i) “en Derecho público sólo es posible hacer aquello expresamente permitido”, y
- ii) “en Derecho privado es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido”.

Tales axiomas en realidad no es posible encontrarlos formulados en ninguna fuente, en esos términos; en verdad, tales arcaísmos son unas fórmulas doctrinarias a través de las

cuales debemos entender que se intentó tradicionalmente, con un lenguaje que produce confusiones, describir lo que hoy describimos, con mayor precisión, a través de los dos siguientes fenómenos/principios jurídicos, respectivamente:

1º para el Derecho público: de la juridicidad (o legalidad); en verdad, de la necesaria tipicidad de las potestades de actuación de las autoridades, y

2º para el Derecho privado: de la autonomía [“privada”] de actuación y creación de derechos de los particulares.

Pero en ambos casos, o en ambas esferas, pública y privada, existen regulaciones, ya sea “prohibiendo”, ya sea “permitiendo”, respectivamente.

Las disciplinas que integran cada uno de los dos grandes sectores en que se divide el Derecho (Derecho público/Derecho privado) comparten entre sí bases esenciales y principios jurídicos; y viceversa, las disciplinas de diversos sectores no los comparten. De ahí la dificultad de la utilización de técnicas de integración normativa, como es el caso de la supletoriedad, entre disciplinas de los sectores contrapuestos del Derecho²⁸.

CONCLUSIONES

1º Cabe ofrecer una teorización de lo público y lo privado, para ser soporte interpretativo de los arts. 21 D.S. N° 900 y 1º Ley N° 19.886. Esa misma teorización sirve para verificar la coherencia de la supletoriedad de CC (Derecho privado) a casos de naturaleza administrativa (Derecho Público). Es problemática la aplicación directa del CC en una relación propiamente administrativa; no obstante, el relleno de lagunas, puede ser por vía de los principios que inspiran esas normas. Tal teorización general permite desarrollar, además, teorizaciones más específicas sobre naturaleza pública/administrativa de normas sobre temas como: bienes; servicios; relaciones laborales; organización, y otros en que la dicotomía aparece ya explícitamente o *avant la lettre*.

2º La bipolaridad Derecho público/Derecho privado es una *summa divisio* de las disciplinas jurídicas, que marca un clasificatorio fundamental de todas ellas; origina dos sectores diferenciados del fenómeno jurídico. De ahí que las disciplinas que integran cada uno de estos dos sectores comparten entre sí bases esenciales y principios jurídicos; y viceversa, las disciplinas de diversos sectores no los comparten.

De esta *summa divisio*, según la materia específica de cada disciplina; el jurista, *a posteriori*, asigna una naturaleza jurídica concordante a cada norma; y a su vez, dependiendo de la ubicación de la disciplina en uno de los dos polos, tales normas podrán ser sindicadas de naturaleza pública o privada.

3º De ahí la dificultad de la utilización de técnicas de integración normativa, como es el caso de la supletoriedad, entre disciplinas de los sectores contrapuestos del Derecho. Entonces, no parece adecuada, ante lagunas normativas, la utilización de técnicas de integración normativa, como la supletoriedad, entre disciplinas de los sectores

²⁸ Como lo critico en VERGARA 2009 y 2010a, trabajos a los que me remito.

contrapuestos del Derecho; y es problemática, pues las normas así integradas lo hacen *sin los ajustes* que incorpora el jurista a través del delicado proceso de construcción de principios jurídicos desde y hacia sectores bipolares/contrapuestos, que no comparten bases esenciales ni principios jurídicos entre sí.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ARENDRT, Hannah (1958): *The Human Condition* (Chicago, Illinois, The University of Chicago Press) [traducc.: *La condición humana* (Barcelona, Paidós, 1993) 366 pp]
- AUBY, Jean-Bernard y FREEDLAND, Mark (2004): *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques. The Public Law/Private Law Divide : une entente assez cordiale ?* (Paris, Editions Pánthéon-Assas) 250 pp.
- ATIENZA, Manuel (2006): “Prólogo”, en: COURTIS (ed.) 2006, pp. 9-12.
- BOBBIO, Norberto (2004): “La gran dicotomía : público/privado”, en: *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política* (México, Fondo de Cultura Económica), pp. 11-38.
- CANARIS, Claus-Wilhelm (1983 [1998]): *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Berlin, 1983), traducción al castellano: *El sistema en la Jurisprudencia [Ciencia del Derecho]* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998), 186 pp.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2004): “La clasificación del derecho en público y privado en el ordenamiento jurídico chileno”, en: *Revista Actualidad Jurídica* N° 9, pp. 273-300.
- CHEVRIER, G. (1952): “Remarques sur l’introduction et les vicissitudes de la distinction du “jus privatum” et du “jus publicum” dans les œuvres des anciens juristes français”, en: *Archives de philosophie du droit*, pp. 5-77.
- CLAVERO, Bartolomé (1991): *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 239 pp.
- COURTIS, Christian (ed.) (2006a): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid, Editorial Trotta) pp. 413.
- DESMONS, Éric (2003): “Droit privé, droit public”, voz en: *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, Quadrigue/Lamy-PUF) pp. 520-525.
- DOMAT, JEAN (1697): *Le droit public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*, en : *Oeuvres de J. Domat* (Paris, Libraire de Jurisprudence, 1829). [reed.: Caen, Université de Caen, 1989].
- DWORKIN, Ronald (1967): “The Model of Rules”, en: *University of Chicago Law Review* 35 1967-1968 pp. 14-46. Puede consultarse en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609 [luego incorporado a: *Taking Rights Seriously* (Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977) y traducido como: *Los derechos en serio* (Madrid, Ariel, 1984) pp. 508.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Barcelona, Editorial Ariel) pp. 508.
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law’s Empire* (Cambridge, Harvard University Press) pp. 470. [traducido como: *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa, 1988) pp. 328.
- GROSSI, Paolo (1995): *L’ordine giuridico medievale* (Roma-Bari, Laterza) [traducc.: *El orden jurídico medieval* (Madrid, Marcial Pons, 1996) 256 pp.].
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1976): “Notas sobre el derecho público”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 19-20, 1976, pp. 385-393 = “Discurso del Decano...”, en: *Actas de las VII Jornadas de Derecho público*, Valparaíso, 1976, pp. 15-24.
- (2001): *El derecho privado constitucional de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso [de la Universidad Católica de Valparaíso]) 302 pp.

- HABERMAS, Jürgen (1962): *Strukturwandel der Öffentlichkeit* [traducc.: *Historia y crítica de la opinión pública*, Madrid, 1982; traducc. francesa: *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1978].
- LARENZ, Karl (1979): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (4ª. ed., Berlín), traducción: *Metodología de la ciencia del Derecho* (Madrid, Ariel, 1994) 536 pp.
- LATOUR, Bruno (2004): *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État* (París, La Découverte) 320pp.
- MESTRE, Jean-Louis (1985): *Introduction historique au droit administratif français* (París, Presses Universitaires de France) 294 pp.
- NOCERA, Guglielmo (1992): *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto* (Napoles, Edizioni Scientifiche Italiana) 208 pp.
- OLIVER, Dawn (2001): "Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre?", en: *Revue internationale de droit comparé*, N° 2, pp. 327-338.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel (2006): *Coherencia y sistema jurídico* (Madrid, Marcial Pons) pp. 294.
- PUGLIATTI, Salvatore (1958): "Diritto pubblico e diritto privato", voz en: *Enciclopedia del diritto*, XII (Milán, Giuffrè editore) pp. 606-746.
- RADBRUCH, Gustav (1999): *Filosofía del derecho* (ed. Granada, Editorial Comares).
- TROPER, Michel (1994): *Pour une théorie juridique de l'État* (Paris, Presses Universitaires de France) 358 pp. [traducc.: *Por una teoría jurídica del Estado* (Madrid, Dykinson, 2001) 340 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1995): "Prólogo" a Alejandro Guzmán, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 9-15.
- (2001): "La *summa divisio* de los bienes y recursos naturales ante la Constitución de 1980", en *20 años de la Constitución chilena 1981-2001* (Santiago, Ediar-ConoSur, 2001) pp. 369-390=en: *Ius Publicum* N° 12 (2004) pp.105-126.
- (2002): "Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma", en: Embid Irujo, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio* (Madrid, Civitas, 2002), tomo II, pp. 179-213 = en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (2002), vol. IV N° 1, pp. 63-79.
- (2003): recensión al libro de D'Ors, Alvaro, *La posesión del espacio*, en: *Revista Chilena de Derecho* (2003), 2, pp. 415-418.
- (2004): "Público y privado ante la dogmática y la teoría del derecho. En especial, las disciplinas de bienes públicos, minas y aguas (a propósito de un reciente libro sobre la 'constitucionalización del derecho')", en: *Revista de Derecho Público*, N° 66 (Santiago, Universidad de Chile) pp. 495-523.
- (2007a): "Verdadera y falsa supletoriedad normativa", en: *La semana Jurídica* N° 337, pp. 6-7.
- (2007b): "El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva", en: *La Semana Jurídica* N° 359, pp. 6-7.
- (2009): "Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil", en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 3(Santiago, LegalPublishing) pp. 45-68. [= en: *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss* (coordinadores: Jaime Arancibia M. y José Ignacio Martínez E., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, en coedición con la Universidad de los Andes, 2009) pp. 259-280].
- (2010a): *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "derecho común"* (Santiago, AbeledoPerrot) 136pp.
- (2010b): "La *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, pp.115-128.