
FACULTAD DE DERECHO

UNAM

Distinción Entre Derecho Público y Derecho Privado a la Luz de la Filosofía Jurídica

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a :

SALVADOR ASENJO PADILLA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios.

A la Santísima Virgen María.

A la Memoria de mi Padre.

A mi Madre.

A mi novia Rosa María.

A la Orden Tercera Franciscana.

A todos mis Maestros.

I.-IDEAS GENERALES SOBRE LA DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO.

Entre las más importantes subdivisiones del derecho positivo se encuentra la que distingue entre derecho público y derecho privado.

Generalmente se admite por su gran utilidad práctica, que es lo que la ha hecho soportar los ataques de sus impugnadores y ha multiplicado el número de sus defensores.

Es tal su importancia que nos dice García Máynez que esta distinción entre derecho público y derecho privado es el eje en torno al cual gira la jurisprudencia técnica en su aspecto sistemático.¹

Vamos pues a comenzar nuestra investigación exponiendo la clasificación de las diferentes ramas jurídicas conforme al criterio objetivo tradicional, la cual se inspira en el cuadro que elaboró el suizo Du Pasquier, subdividiendo al derecho positivo en derecho interno y en derecho internacional, los cuales se subdividen a su vez en derecho público y derecho privado.²

Conforme a esto, generalmente se acepta que las disciplinas que comprende el derecho público son las siguientes: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal y derecho procesal. Las que comprende el derecho privado, según la generalidad de los autores, son: derecho civil y derecho mercantil.

Esto en cuanto al derecho interno de un Estado, ya que en el aspecto internacional encontramos que también se subdivide

el derecho positivo en derecho internacional público y derecho internacional privado.³

Hay otras disciplinas que son difíciles de encuadrar en la subdivisión del derecho que estudiamos, tales como el derecho del trabajo y el derecho agrario, pues su adscripción al campo del derecho público o al del derecho privado dependen, en gran parte, del punto de vista de cada legislación, ya que la frontera de separación entre el derecho público y el derecho privado es variable a través de los tiempos, y a través de las diversas concepciones jurídicas.⁴

Vamos a ver ahora, con más detalle, las disciplinas que se consideran tradicionalmente dentro del derecho público interno, después veremos las que comprende el derecho privado interno y, por último, nos referiremos al derecho internacional público, al derecho internacional privado y a las ramas de reciente creación, dentro de las cuales consideraremos especialmente al derecho del trabajo, por haber sido nuestro país el primero en elevar sus disposiciones a rango constitucional colocándose a la vanguardia en esta disciplina.

Subdivisiones del derecho público interno conforme al criterio objetivo tradicional.-

I. Derecho Constitucional.

Nos dice Felipe Tena Ramírez que el derecho constitucional tiene por objeto el estudio de la constitución.⁵

Hariou sostiene más o menos lo mismo al decir que el derecho constitucional tiene por objeto el estudio de la constitución política y social del Estado; entendiéndose como constitución política del Estado la que se refiere a la organización y funcionamiento del gobierno y a la participación de los ciudadanos en el mismo; y como constitución social del Estado, la que se refiere al orden social, considerado como un orden individualista que reposa sobre la base de las libertades individuales y de las ideas objetivas que han formado la civilización.⁶

Por su parte, Du Pasquier nos dice que el derecho constitucional es el que establece la estructura del Estado, es decir, los poderes públicos y las autoridades que los ejercen, por tanto, los principios fundamentales que limitan la acción del Estado sobre los individuos. Y forma una rama separada aun cuando no esté formulado por una constitución escrita y no resulte más que de reglas tradicionales.⁷

Derecho Administrativo.

Nos dice Gabino Fraga, que, salvo algunas variantes, el derecho administrativo regula:

1. La estructura y organización del poder encargado normalmente de realizar la función administrativa. Como ese poder se integra por múltiples elementos, surgen necesariamente variadísimas relaciones entre aquél y el Estado, y entre los mismos elementos, siendo indispensable además, coordinarlos en una organización adecuada para que puedan desarrollar una acción eficaz, sin perjuicio de la unidad misma de la estructura que forman.

2. Los medios patrimoniales y financieros de que la administración necesita para garantizar la regularidad de su actuación y para su sostenimiento. También surgen, con motivo de la obtención, administración y disposición de esos medios, relaciones que en principio requieren un régimen jurídico homogéneo, que se amolde a los fines que persigue la administración.

3. El ejercicio de las facultades que el poder público debe realizar bajo la forma de la función administrativa, pues en el dominio de la administración, a diferencia de lo que ocurre en la vida privada, es más importante el capítulo de ejercicio de los derechos que el que se refiere al goce de los mismos. Dentro del Estado, las atribuciones, facultades o derechos que ejerce, no son distintos según el ór-

gano que los realiza, de tal modo que no pueda hablarse de facultades o atribuciones (entendiendo por ellas el contenido de la acción, no la esfera de la competencia) que sean especiales y exclusivas de cada uno de los tres poderes.

En realidad todos ellos realizan las mismas atribuciones, que son las atribuciones del Estado, lo único que varía es la forma que se emplea para esa realización. Pues bien, el derecho administrativo se limita a normar el ejercicio de las atribuciones del Estado, cuando dicho ejercicio reviste la forma de la función administrativa, consistente en desarrollar, replantando en detalle, las bases establecidas en la constitución.

4. La situación de los particulares con respecto a la administración; ya que siendo los particulares los que están obligados a obedecer las órdenes de los administradores, o los que se benefician de los servicios públicos que el Estado organiza, son numerosas las relaciones que surgen con tales motivos. Además, los mismos particulares van adquiriendo día a día mayor ingerencia en las funciones públicas, a las cuales, en formas directas o indirectas, son admitidos a colaborar.

El régimen de las relaciones que así se originan, así como la organización de las garantías que a los individuos deben reconocerse frente a la administración, tienen tal importancia que el sistema administrativo de un país puede caracterizarse por la situación que se reconoce a los administrados frente al poder público.⁹

Andrés Serra Rojas, por su parte, define al derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la administración pública. En su concepto más general, es el derecho que regula la actividad del poder ejecutivo y de la función administrativa en particular.¹⁰

Agrega que su definición implica algunas consideraciones generales y son las siguientes:

El poder legislativo realiza materialmente algunos actos administrativos y, en menor escala, el poder judicial; y cita, en apoyo de su aseveración, a Gascón y Marín, quien sostiene que el propósito de respetar el principio de la división de poderes ha obligado al constituyente a permitir que un poder, por excepción, realice actos que corresponden a otro. Lo contrario implicaría intromisiones indebidas de los poderes entre sí que, por otra parte, no se justifican.¹¹

Derecho Penal.

El criminalista español Eugenio Guello Galón, lo define como el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas y las penas que el Estado impone a los delincuentes, así como las medidas de seguridad que él mismo establece para la prevención de la criminalidad.¹²

Se le considera también rama del derecho público, por su naturaleza de orden general de prevenir y sancionar los delitos y por la intervención directa del Estado al realizar esas funciones de defensa de la sociedad.¹³

Ricardo G. Núñez lo define como "la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar las medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles".¹⁴ Agrega que esta potestad supone, por un lado, la de regular las condiciones de castigo y de la aplicación de las medidas de seguridad, como complemento o sustituto de la pena.

Esta regulación—nos sigue diciendo Ricardo G. Núñez, corresponde al derecho penal sustantivo o derecho penal propiamente dicho.

Esa potestad supone, por otro lado, la de regular los procedimientos para imponer la pena y las medidas mencionadas. Esto representa la materia propia del llamado derecho procesal penal.

Finalmente—agrega—, la potestad de castigar y aplicar las medidas de seguridad y corrección supone la de regular la

ejecución de la pena o de la medida impuesta. Esto es materia del derecho ejecutivo penal.¹⁵

En concordancia con el pensamiento de este autor, en cuanto a la amplitud del derecho penal, encontramos a Soler y también a Jimenez de Asúa, quien denomina al género "Derecho represivo" y sostiene que está formado por las tres ramas que menciona Ricardo G. Núñez.¹⁶

Según Carrara, el magisterio punitivo se desenvuelve y completa mediante los tres temas de la prohibición, la sanción y el juicio.¹⁷

Otros distinguen entre derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo:

En sentido objetivo el derecho penal es para Ferrissina " el conjunto de principios relativos al castigo del delito".¹⁸

Para Von List es " el sistema de normas establecidas por el Estado que asocia, al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia".¹⁹

Para Mezguer, el derecho penal objetivo es " el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica".²⁰

Para Raúl Carrancá Trujillo es " el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incrimina-

ción.²¹

En sentido subjetivo el derecho penal es, para Adolfo de Miguel Garcilópez, lo mismo que el jus punendi, el derecho de castigar.²²

Para Cuello Calón el derecho penal, en sentido subjetivo, es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.²³

Derecho Penal Militar.

El tratadista francés Pierre Hugueney lo define como " el conjunto de leyes que organizan la represión de las infracciones militares por medio de las penas."²⁴

Du Pasquier nos dice que el derecho penal militar es "el que se aplica a los delitos cometidos por el personal del ejército o por ciertos civiles sometidos a la jurisdicción militar".²⁵

La definición de Du Pasquier no es aplicable al derecho penal militar de nuestro país, ya que éste se aplica únicamente a los militares pues la constitución establece en su artículo 13 que " subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

Derecho Disciplinario.

Una variante del derecho penal podría ser la que algunos autores llaman derecho penal administrativo y otros derecho disciplinario.

Para Rafael Bielsa, el derecho penal administrativo comprende, en forma general, las penas de policía, penas fiscales o financieras, penas disciplinarias y, además, los hechos penados, desde las meras infracciones a los reglamentos administrativos hasta los delitos contra la administración pública.²⁶

No es aplicable esa definición que da Rafael Bielsa al derecho disciplinario mexicano, ya que nuestro derecho penal engloba los delitos contra la administración pública.²⁷

Para Serra Rojas, el derecho penal administrativo "es la rama del derecho que se propone un estudio especializado sobre las sanciones que tiene a su disposición el Estado, para el aseguramiento del orden público y para lograr el eficaz funcionamiento de los servicios públicos y demás actividades que regulen el interés general".²⁸

Otros, como Du Pasquier, lo denominan "derecho disciplinario" y lo incluyen en el campo del derecho administrativo.²⁹

García Máynez considera que el derecho disciplinario es de naturaleza penal "pues conmina con males (correcciones disciplinarias) en el caso de ejecución de actos ilícitos

(faltas profesionales), pero, no obstante tal semejanza, le separan hondas diferencias del derecho penal verdadero y propio, especialmente su diverso fin, pues mientras éste aspira a la conservación del orden jurídico y a su restablecimiento, cuando ha sido violado por el delito, mediante la conminación, imposición y ejecución de la pena, el derecho disciplinario tiende a mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y a sancionar su infracción por medio de la imposición de medidas correctivas y disciplinarias".³⁰

Derecho Procesal.

Nos dicen Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga que la expresión " derecho procesal " tiene dos significaciones distintas: una se refiere al derecho procesal positivo (o conjunto de normas jurídicas procesales) ;la otra, al derecho procesal científico o rama de la enciclopedia jurídica que tiene por objeto el estudio de la función jurisdiccional, de sus órganos y de su ejercicio.³¹

Según Merkel, en su concepción general y unitaria, el derecho procesal se concibe como un derecho de contenido técnico-jurídico, que determina las personas e instituciones mediante las cuales se atiende, en cada caso a la función jurisdiccional y al procedimiento que en ésta ha de observarse.³²

Lo que Rafael De Pina y Castillo Larrañaga denominan derecho procesal positivo, Eduardo Pallares lo llama " derecho procesal objetivo ", y lo define como el conjunto de normas jurídicas que de modo directo o indirecto determinan la iniciación, tramitación o conclusión del proceso jurisdiccional.³³

Aclara, además, que no es necesario que esas normas pertenezcan únicamente al derecho escrito, pues también pueden formar parte del derecho consuetudinario extrajudicial y del judicial; y no sólo es derecho procesal objetivo el que se contiene en los códigos procesales, pues algunas de las normas que integran esos códigos no son de derecho procesal, sino de derecho sustantivo (como los primeros arts. del código vigente en el Distrito Federal, relativos a los requisitos que deben llenarse para la procedencia de las acciones reales

o personales, que determinan derechos de carácter civil) y, a la inversa, hay en el Código Civil y en el de Comercio, normas procesales (como las disposiciones relativas al divorcio voluntario, especialmente, las obligaciones que se imponen al juez y a los cónyuges en la tramitación de dicho juicio) .34

El derecho procesal objetivo se divide en derecho procesal civil, mercantil, penal, laboral, fiscal y administrativo.35

De Pina y Castillo Larrañaga nos dicen : "dada la noción de proceso, el derecho procesal no puede considerarse sino rama del derecho público, pues el fin del proceso es eminentemente público.36

Rocco se inclina en igual sentido al afirmar que si al derecho público pertenecen todas las normas que regulan la actividad del Estado y las relaciones entre éste y el ciudadano, indudablemente todo el derecho procesal , que regula una de estas tres fundamentales funciones del Estado, la función judicial, y las diversas relaciones que de ella se derivan entre el Estado y los ciudadanos, habrá de considerarse como derecho público.37

Con un criterio diferente encontramos a Planiol, para quien el derecho procesal civil no es sino un capítulo destacado del derecho civil.38

Actualmente puede decirse que la concepción del derecho procesal-en lo que se refiere a las ramas substantivas del llamado derecho privado-como rama del derecho privado está superada, debiendo ser considerada como "impropia" en el estado actual de la ciencia jurídica.³⁹

Subdivisiones del derecho privado interno.

I. Derecho Civil.

Para Claude Du Pasquier "es el que determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría de edad, matrimonio, fallecimiento) y la situación jurídica del ser humano, respecto de sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos, etc.) o respecto de las cosas (propiedad, usufructo, etc.)" 40

Clemente de Diego define el derecho civil como "el conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de derechos y patrimonio, y como miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del conjunto social" 41

Para Rafael de Pina el derecho civil admite una definición doble, o una sola definición que comprenda los dos sentidos en que se puede uno referir al mismo, pues puede considerarse como una rama de la legislación o como una rama de la ciencia del derecho. En el primer sentido, es el conjunto de normas referentes a las relaciones entre las personas en el campo estrictamente particular; en el segundo, la rama de la ciencia del derecho que estudia las instituciones civiles desde los puntos de vista filosófico, legal e histórico. 42

El derecho civil (en el primer sentido) suele ser dividido en cinco partes:

I. Derecho de las personas (personalidad jurídica, capacidad, es-

tado civil, domicilio);

II. Derecho familiar (matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, patria potestad, tutela, curatela, etc.);

III. Derecho de los bienes (clasificación de los bienes, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbres, etc.);

IV. Derecho sucesorio (sucesiones testamentaria y legítima);

V. Derecho de las obligaciones.

Derecho Mercantil.

Alfredo Rocco lo define como "la rama del derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades asimiladas a él, y las relaciones jurídicas que se derivan de esas normas".⁴³

Lorenzo Benito lo define como "el organismo de las reglas formuladas por el Estado para el desenvolvimiento de la actividad comercial".⁴⁴

Edmond Thaller define al derecho comercial como "la parte del derecho privado que determina la naturaleza y los efectos de los convenios celebrados, tanto por los comerciantes como en ocasión de los actos de comercio".⁴⁵

Heinsheimer define al derecho mercantil como "el derecho privado especial de los comerciantes".⁴⁶

Para Du Pasquier es "la rama especial del derecho privado (en oposición a la rama general que es el derecho civil) que establece las reglas particulares a los comerciantes o a los actos de comercio".⁴⁷

Para Mantilla Molina es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.⁴⁸

Para Francisco Orione, el derecho comercial es el que reglamenta particularmente las relaciones que nacen del comercio, mediante reglas establecidas para los actos de comercio y los comerciantes.⁴⁹

Para Waldemar Ferreira es "el sistema de normas reguladoras de las relaciones entre los hombres, constituyentes del comercio, o que de él emergen, y abraza en su ámbito la ordenanza de aquella actividad profesional medianera en la circulación de los bienes entre productores y consumidores; y como tal es en esencia y en lo objetivo, derecho económico y debiera encuadrarse, conforme a su clasificación, en el derecho público. No obstante se halla revestido de la naturaleza del derecho privado, marchando paralelamente al derecho civil y ocupándose, como éste, de las cuestiones particulares de orden privado concernientes a las personas, a los bienes y a sus relaciones".⁵⁰

Hay varias maneras de regular las relaciones comerciales y pueden distinguirse dos tipos fundamentales de sistemas jurídicos: países de derecho privado unificado, y países de derecho privado diferenciado en derecho civil y mercantil.⁵¹

Dentro de los primeros hay que distinguir aquellos países con preponderancia del derecho consuetudinario, por lo

que la unidad proviene de la costumbre, que no ha separado lo comercial de lo civil, y aquellos otros en que predomina la ley (o es fuente única) en la creación del derecho, por lo cual la unidad es producto de un acto legislativo, y, más que falta de distinción, representa la fusión de dos ramas preexistentes.

En el primer caso se encuentran, actualmente, Inglaterra y los Estados Unidos, por lo que se llama a estos sistemas "Tipo anglosajón" y se extiende a los que ofrecen tales caracteres.

Tipo suizo será el descrito en segundo lugar, pues fué en Suiza donde se dictó primero un código de obligaciones aplicable tanto en la materia civil como en la mercantil.

En los países que distinguen el derecho civil del mercantil encontramos dos posturas diferentes, los que los distinguen con un criterio subjetivo, como el adoptado por el código alemán de 1900, y los que hacen abstracción de las personas que intervienen en el negocio jurídico a efecto de calificarlo de mercantil, que siguen el llamado criterio objetivo, dentro del cual podemos distinguir tres tipos: el francés, que se basa en una tabla de actos comerciales taxativamente enumerados; el del código de comercio italiano de 1882 (hoy abrogado), que se basa en una tabla de actos comerciales, pero solo ejemplificativa; y el español, que se distingue por que no hace una enumeración formal de tales actos.

Se puede añadir una variante al tipo subjetivo,

la que se basará no en la figura del comerciante, sino en la empresa (anteproyecto mexicano de 1943).

A los de tipo objetivo puede añadirseles uno que no se basa en el acto de comercio sino en la cosa mercantil (proyecto mexicano de 1929).

Los distintos tipos y su mutua relación pueden verse en el cuadro siguiente:

I. Derecho privado { Consuetudinariamente.....Tipo anglosajón.
indiferenciado. { Legislativamente.....Tipo suizo.

		{ Base: El comerciante (tipo germánico)
	{ Con criterio subjetivo	{ Base: La empresa. (Proy. mex. de 1943)
II. Derecho privado		
diferenciado		
(civil-mercantil)	{ Con criterio objetivo	{ Base: La cosa mercantil (proy. mex. 1929)
		{ Base: El acto de com. { Tipo fr. { tipo it. { tipo esp.

Derecho marítimo.

El profesor italiano David Supino nos dice que las disposiciones relativas al comercio marítimo habían gozado de una verdadera autonomía hasta la codificación napoleónica, antes de la cual tenía leyes y jurisprudencia propias, separadas del todo de las del comercio terrestre. Actualmente, nos sigue diciendo dicho autor, forman parte del derecho mercantil, sin embargo, se acostumbra estudiarlo separadamente por la especialidad de la materia, aunque le son aplicables los principios generales del derecho mercantil, salvo algunas excepciones. 53

Agrega que al comercio marítimo se le asimila el ejercitado en lagos, ríos y canales, que también se diferencian del comercio terrestre por la diversidad del medio de transporte. 54

Próspero Ascoli también lo considera como parte integrante del derecho comercial, al igual que Rocco, Bolaffio y Vivante. 55

En México, el derecho comercial marítimo también es considerado como parte integrante del derecho mercantil. Venían incluidas sus disposiciones en el Código de Comercio de 1889 (en vigor desde el 1o de enero de 1890) pero, actualmente, desde 1963, está en vigor la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (publicada el 21 de noviembre de ese mismo año), por lo que el Código de Comercio se encuentra abrogado en esa materia.

Mantilla Molina lo denomina "derecho comercial marítimo", y lo considera también un sector del derecho mercantil. 56

Por último diremos que no todo el derecho marítimo es comercial, pues una parte del mismo corresponde al derecho administrativo (por ejemplo: la organización de los puertos, etc), otra al derecho internacional público (libertad de navegación en

los mares, etc.); otra al derecho internacional privado, etc.⁵⁷

Derecho internacional público.

Para Manuel J. Sierra el derecho internacional público es el conjunto de principios y reglas de cumplimiento obligatorio que fijan los derechos y los deberes de los Estados entre sí, y de éstos con la comunidad internacional".⁵⁸

Por su parte, Daniel Antokoletz nos dice que algunos autores (entre los que podemos incluir a Manuel J. Sierra) afirman que el derecho internacional (público) se reduce a los tratados y los usos, olvidando que es una ciencia además de un conjunto de normas de conducta".⁵⁹ Así, él define al derecho internacional público como "conjunto de reglas contractuales y consuetudinarias y de principios doctrinarios que los Estados admiten expresa o tácitamente, en sus relaciones mutuas, con las asociaciones de Estados, de éstas entre sí, y con las demás personas internacionales".⁶⁰

Bonflis había dado una definición similar a la de Manuel J. Sierra al decir que "el derecho internacional público o derecho de gentes es el conjunto de reglas que determinan los derechos y los deberes respectivos de los Estados en sus mutuas relaciones"⁶¹ (sólo le faltó incluir en su definición a las comunidades internacionales para ser igual a la de Manuel J. Sierra); pero Cesar Díaz Cisneros la critica (considerándola como representativa de la gran mayoría de los autores) diciendo que, según este tipo de definiciones, las relaciones entre Estados son las que el derecho internacional estudia en el carácter de normas jurídicas; pero semejante concepto ha sido sometido a crítica en cuanto presupone que las únicas personas que se vinculan por relaciones jurídicas de carácter público son los Es-

tados. Otros autores añaden sólo algunas grandes asociaciones, no obstante que ya ha comenzado a abrirse paso una nueva concepción según la cual, la humanidad en su conjunto, considerada como unidad, va constituyendo una estructura jurídica de la que forman parte predominante, más no exclusiva, las relaciones entre Estados, pues en ellas interviene a veces, directamente, como sujeto de derecho, el hombre en su carácter individual, y otras veces la comunidad internacional como estado de conciencia colectiva que inspira y fija rumbos a las relaciones interestatales.⁶²

Siguiendo esta dirección doctrinaria, nos sigue diciendo Cesar Díaz Cisneros, J. Jitta lo define así:

"El derecho internacional público no es solamente un conjunto de relaciones entre Estados; es el derecho público considerado desde el punto de vista de una comunidad jurídica mayor que una nación, comunidad que en su acepción más amplia abraza a la especie humana".⁶³

Por su parte, Cesar Díaz Cisneros, define al derecho internacional público como "el estudio de la estructura jurídica de la comunidad internacional, considerada como una sociedad compuesta de sujetos de derecho público. Estados, asociaciones, colectividades y hombres, vinculados entre sí conforme a principios y normas de naturaleza jurídica".⁶⁴

Derecho internacional privado.

Para Daniel Antokoletz el derecho internacional privado "se ocupa de la condición de las personas, cosas y actos considerados desde el punto de vista de la legislación nacional o extranjera. Tiene por objeto establecer que ley es aplicable a una determinada relación jurídica, si la ley del Estado en que el titular del derecho tiene su domicilio, o la del Estado al cual pertenece por su nacionalidad, así como también la ley que rige la forma de los actos y sus efectos".⁶⁵

Para Pillet el derecho internacional privado "es la rama del derecho público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros y resolver los conflictos de leyes relativos al nacimiento y al respeto de los derechos".⁶⁶

Para Víctor Romero del Prado el derecho internacional privado "es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin, determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia".⁶⁷

Para Werner Goldschmidt el derecho internacional privado es el conjunto de las soluciones de los casos iusprivatistas con elementos extranjeros, basadas en el respeto hacia

dichos elementos".68

Agrega que la ciencia del derecho internacional privado enseña las reglas y métodos para alcanzar estas soluciones.69

Para Vico, el derecho internacional privado " es la rama del derecho privado cuyo objeto consiste en estudiar el régimen de las relaciones jurídicas en las que hay uno o varios elementos extraños al derecho local ".70

Ramas jurídicas de creación reciente.

Entre las ramas jurídicas de creación reciente, nos dice García Máynez, las más importantes son el derecho agrario, el derecho del trabajo y el aereo.⁷¹

Derecho Agrario.

Para Mendieta y Núñez es "el conjunto de normas, leyes, reglamentos y disposiciones en general, doctrina y jurisprudencia que se refieren a la propiedad rústica y a las explotaciones de carácter agrícola".⁷²

Agrega que "es indispensable fijar, ante todo, la extensión del término "agrario" para exponer un concepto sobre el derecho rural. La palabra mencionada viene del latín agrarius, de ager, campo y, en consecuencia, designa todo lo relativo al campo. Derecho agrario es, dentro de tan extenso significado, solamente el estatuto jurídico del campo. Se refiere a las normas legales que rigen toda relación cuyo objeto es la tierra como propiedad o como fuente económica de carácter agrícola, entendiéndolo ese carácter en su más amplio significado, es decir, en cuanto explotación".⁷³

Giorgio de Semo define al derecho agrario como "la rama jurídica de carácter prevalentemente privado, que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura".⁷⁴

El mismo Giorgio de Semo critica las siguientes definiciones:

La de Arcángeli, que entiende por derecho agrario " la totalidad de las normas, ya sean de derecho privado o de derecho público, que regulan los sujetos, los bienes, los actos y las relaciones jurídicas pertenecientes a la agricultura ".75

Se critica esta definición por no ser unitaria ni sintética.76

La de Pergolesi, para quien el derecho agrario es " el ordenamiento total de normas jurídicas que disciplinan las relaciones intersubjetivas derivadas de la aplicación de actividades públicas o privadas de carácter agrario ".77

El decir " ordenamiento total de normas ", según Giorgio de Semo, puede hacer pensar en un sistema científico y no en el conjunto de preceptos de derecho positivo que regulan la actividad agrícola.78

Este mismo conjunto-sigue diciendo Giorgio de Semo-no es todo el derecho agrario, pues éste comprende, además, las normas no escritas, las costumbres, que constituyen junto a las primeras una fuente jurídica de relevante importancia. Además, en las relaciones intersubjetivas no están comprendidos los derechos reales y se pone en segundo término la norma jurídica, siendo que es ella la que imprime a la actividad agrícola el carácter de pública o privada.79

La de Carrara, quien sostiene que el derecho agrario es " la totalidad de las normas que disciplinan las relaciones que se constituyen en el ejercicio de la actividad agraria.80

Esta definición la critica De Semo por considerarla demasiado restringida y vaga.81

La de Sisto, quien entiende por derecho agrario o legislación rural " el conjunto de normas jurídicas que se refieren prin-

principalmente a los fondos rústicos y a la agricultura". Comprende, además, las normas relativas a la producción de ganado (que constituye en su opinión con la agricultura, la industria rural) y la apropiación de los bienes ofrecidos gratuitamente por la naturaleza (industria extractiva).⁸²

No acepta Giorgio de Semo esta definición " porque identifica el derecho agrario con la legislación rural y comprende a la industria minera, que no corresponde al derecho agrario".⁸³

Giorgio de Semo es criticado, a su vez, por Mendieta y Nuñez⁸⁴, por que, en su definición, da al derecho agrario un carácter prevalentemente privado, lo cual hace que no sea aceptable para nuestra legislación ni tal vez para otras legislaciones en las que, como en la nuestra, determinadas circunstancias de orden social y político obligan a dar, al derecho agrario, un carácter esencialmente público.⁸⁴

Mendieta y Nuñez propone, como definición del derecho agrario, la siguiente:

"El derecho agrario es el conjunto de normas, leyes, reglamentos y disposiciones en general, doctrina y jurisprudencia que se refieren a la propiedad rústica y a las explotaciones de carácter agrícola".⁸⁵

Tampoco nos parece correcta la definición propuesta por Mendieta y Nuñez, ya que la doctrina no es derecho sino una fuente del mismo.

Una posición original es la del Dr. Felipe Ordóñez Carasa, quien sostiene que el derecho agrario se subdivide en Derecho agrario público y Derecho agrario privado,⁸⁶ agregan-

do que el derecho agrario privado es, fundamentalmente el derecho de la empresa agraria, perteneciendo las restantes normas al derecho agrario público.⁸⁷

Así pues, divide al derecho agrario de la siguiente manera:

1. Derecho agrario privado (relativo a la empresa agraria).
2. Derecho agrario público, que se subdivide en:
 - A) Derecho agrario administrativo.
 - B) Derecho agrario formal (procesal).
 - C) Derecho agrario internacional.⁸⁸

1. En el derecho agrario privado, considera Felipe Ordoñez que debe incluirse lo relativo a los bienes que comprende la empresa agraria (muebles e inmuebles), los derechos reales sobre dichos bienes (propiedad, concesión, enfiteusis, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda), las personas que trabajan en la empresa (empresario, familia, asalariados), las obligaciones y los contratos agrarios (arrendamiento, aparcería, mediería, de trabajo, sociedades, concesiones, crédito, seguro).

2. El derecho agrario público, en su opinión, comprende las siguientes instituciones, comprendidas en sus respectivas ramas:

- A) El derecho agrario administrativo comprende:
 - Leyes de tierras públicas, de colonización, de expropiación, de vialidad, de irrigación y de policía.

B) El derecho agrario formal comprende:

Organización del fuero agrario, competencia y procedimiento.

C) Derecho agrario internacional.

Comprende los tratados y los usos que, en materia agraria celebran los Estados y las comunidades internacionales.⁸⁹

Derecho del Trabajo.

El tratadista argentino Guillermo Cabanellas divide las definiciones que se han dado acerca del derecho del trabajo en tres grandes grupos, a unas las considera definiciones de carácter político; a otras, de carácter económico y, por último considera a otras de carácter jurídico.⁹⁰

Las definiciones de carácter político son para él las que destacan el carácter protector del derecho del trabajo, y cita como ejemplo de ellas la de Walker Linares y la de Lorfn.

Para Walker Linares, nos dice Cabanellas, el derecho del trabajo es "el conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económico-social de los trabajadores de toda índole; esto es, de las clases económicamente débiles de la sociedad, compuestas de obreros, empleados, trabajadores intelectuales e independientes"⁹¹

La crítica Cabanellas diciendo que, además de la finalidad asignada, no siempre perseguida por este derecho, se invade la jurisdicción de la política social y se desconoce la existencia de normas, leyes y teorías laborales que no se proponen la mejora de los socialmente débiles.⁹²

Para Lorfn, nos dice Cabanellas, "el fin del derecho del trabajo es poner a los asalariados en situación de cumplir los deberes primordiales y ejercer los derechos imprescriptibles que lleva consigo la necesidad de vivir".⁹³

La crítica Cabanellas por que reduce el horizonte de la nueva disciplina jurídica, que no busca la utilidad o defensa de una clase, sino el interés colectivo de asegurar la paz social y por ello, regula también instituciones de interés patronal, como

las asociaciones de empresarios. Agrega que el sentido protector del derecho del trabajo para la clase trabajadora es, en la mayoría de los casos, nota genérica de toda legislación, que nunca se debe dictar para afianzar privilegios o tutelar predomios.⁹⁴

Como ejemplo de las definiciones de carácter económico, cita la de Estasen y la de Espejo de Hinojosa.

Para Estasen-nos dice Cabanellas-el derecho industrial es el conjunto de principios y disposiciones que regulan la industria humana.⁹⁵

Espejo de Hinojosa, por su parte, entiende al derecho industrial como el conjunto de leyes y demás disposiciones que sirven para establecer las relaciones económico-jurídicas que surgen de la organización y funcionamiento de las industrias nacionales.⁹⁶

Otros autores que siguen esta tendencia, la refuerzan considerando al derecho del trabajo como regulador u ordenador de la producción. No obstante, considera Cabanellas, sin desconocer la penetración de la economía en ésta y en las demás ramas del derecho, en el derecho del trabajo existen relaciones éticas y puramente jurídicas, que se deben incluir en la definición; de lo contrario, se tendrá una definición parcial o errónea.⁹⁷

Como ejemplo de las definiciones de carácter jurídico cita Cabanellas la de Pergolesi, la de Krotoschin, la de Hernández Márquez; y considera que las que habían dado Capitant y Cuché eran incompletas por reducir el objeto del derecho del trabajo al contrato laboral.⁹⁸

Para Pergolesi-nos dice Guillermo Cabanellas-el derecho

del trabajo regula las relaciones que surgen directa o indirectamente de la prestación contractual y retribuida del trabajo humano.99

Siguiendo una línea similar-nos dice Cabanellas-Krotoschin lo define como el conjunto de principios y de normas jurídicas (heterónomas y autónomas) destinadas a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la vida social;el que se limita al trabajo prestado por trabajadores al servicio de empleadores,comprendiendo todas las ramificaciones que nacen de esta relación.100

Aunque sea el contrato laboral-dice Cabanellas-el centro del derecho del trabajo,éste debe comprender antecedentes necesarios,como la formación profesional,sus consecuencias eventuales,como accidentes y enfermedades profesionales;e instituciones complementarias,como las asociaciones o sindicatos.101

Hernández Márquez,apoyándose en autores italianos despectivos de la voluntariedad recíproca en el nexo laboral,define al derecho del trabajo como el conjunto de normas jurídicas que regulan, en la pluralidad de sus aspectos, las relaciones de trabajo, su preparación, su desarrollo, consecuencias e instituciones complementarias de los elementos personales que en ella intervienen.102

Salvo que aceptemos un absurdo determinismo laboral o el carácter forzoso del trabajo-nos dice Cabanellas-las doctrinas basadas en la relación de trabajo como substitutivo del contrato de igual índole, carecen de base científica y de realismo

jurídico y limitarían al extremo la amplia esfera de nuestra disciplina.103

La distinción entre las nociones de contrato de trabajo, relación de trabajo, y reglamentación legal del trabajo, muy importante para entender la dinámica del derecho laboral ha sido precisada por el mismo Cabanellas, quien nos dice: "El contrato es el acuerdo de voluntades, la relación de trabajo es el efecto del contrato, o sea su ejecución y la reglamentación del trabajo, es la imposición legal normativa que determina las consecuencias que el legislador fija, por sobre la voluntad de los contratantes".104

Una crítica severa a los que sostienen que puede darse relación de trabajo sin contrato y aun en contra de la voluntad de las partes, es la que hace el Lic. Juan B. Climent, quien nos dice que los dos aspectos fundamentales en los que se apoya esa teoría (la de la relación de trabajo sin contrato) son: 1. Que no se requiere el acuerdo previo de voluntades, pues basta, según la expresión de Mario de la Cueva, con la situación de enganche para que de ella se deriven los efectos jurídicos de la relación laboral; en la legislación mexicana hay dos ejemplos típicos: El contrato colectivo con su cláusula de exclusión de ingreso, que impone al patrón trabajadores no designados por él, sino por el sindicato; y el caso del patrón sustituto, donde el nuevo patrón asume relaciones de trabajo en contra de su voluntad.105

Nos dice, Juan B. Climent, que se plantea confusamente el problema al pretender justificar la existencia del contrato de trabajo y de la relación de trabajo como consecuencia de

aquél, en el contrato colectivo, pues se involucran dos conceptos de distinta naturaleza jurídica, pues el llamado contrato colectivo no es un verdadero contrato, en virtud de que por su contenido material tiene efectos jurídicos de ley, y su aplicación se extiende a quienes no intervienen en su celebración. Sin embargo, todos los convenios singulares de trabajo que se incorporan al contrato colectivo, son producto de la voluntad de las partes.¹⁰⁶

Negar la existencia del contrato individual de trabajo, por la circunstancia de que sus cláusulas se modifican por la ley, no lo encontramos justificado, pues lo mismo ocurre en otros tipos de contrato donde se tutela un interés social, como el inquilinario. Esa imposición legal no destruye el contrato, si tenemos en cuenta la definición (de contrato) formulada por Ihering: "El acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos, y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos jurídicos según la función económica social del contrato en cuestión".¹⁰⁷

Continuando con el análisis de las definiciones del derecho laboral que hace Cabanellas, nos dice éste, que Balella, García Oviedo, Gallart, Folch y Ramírez Gronda definen al derecho del trabajo unilateralmente, pues lo reducen a derecho del trabajador o de la clase trabajadora, olvidando que sus normas también se aplican a los patronos, hacen relación con la producción, tienen su eficacia en el contrato de trabajo, alcanzan a las asociaciones profesionales de patronos y trabajadores e interesan al Estado que se interesa en combatir la desocupa-

ción, etc. 108

Después de analizar todas estas definiciones del derecho del trabajo, Cabanellas define al mismo como "aquel que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a los profesionales y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente". 109

Mario de la Cueva nos dice que el derecho del trabajo se divide en seis partes fundamentales: el derecho individual del trabajo; el derecho protector de las mujeres y de los menores; la previsión social; el derecho colectivo del trabajo; las autoridades del trabajo y el derecho procesal del trabajo. 110

El mismo De la Cueva sostiene que "el derecho del trabajo anterior a la primera guerra mundial era derecho privado y algunos de sus capítulos fundamentales estaban incluidos en el derecho civil, y que era, esa rama del derecho, el fundamento general para todo el derecho del trabajo. Era un mundo individualista y liberal, hasta que las constituciones de México y Weimar elevaron a la categoría de derechos sociales constitucionales a los principios básicos del derecho del trabajo, produciendo un cambio en la doctrina, una parte

de la cual siguió sosteniendo que el derecho del trabajo es de índole privada, mientras que otra parte sostuvo que que es de índole pública. Esta última opinión la tomó para sí la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en diversas ejecutorias afirmó que el derecho del trabajo está inspirado en principios del más alto interés público y, en la ejecutoria de 16 de marzo de 1935, amparo promovido por Francisco Amezcua, dijo: "El artículo 123 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos elevó a la categoría de instituto especial de derecho público al derecho industrial o de trabajo". 111

La tesis de la ejecutoria mencionada, nos sigue diciendo De la Cueva, ha permitido a la Suprema Corte de Justicia obtener importantes conclusiones que conviene señalar para apreciar algunos de los caracteres de nuestro derecho del trabajo:

1. El derecho del trabajo es independiente y distinto del derecho común y, por esta razón, las autoridades del trabajo no están obligadas a aplicar este último en los problemas de trabajo, conclusión que, a su vez, significó una declaración parcial de inconstitucionalidad del artículo 16 de la ley.

2. El derecho del trabajo responde a principios propios, frecuentemente opuestos a los del derecho común.

3. Es un derecho protector de una clase social y de sus miembros y tiene una doctrina propia en su fundamentación.

4. El derecho del trabajo es un mínimo de garantías para la clase trabajadora y para sus miembros.

5. Finalmente, las normas del trabajo son irrenunciables, por su naturaleza de derecho público.¹¹²

Los argumentos aducidos en defensa de la nueva tesis no resultaron convincentes y de inmediato se atacó el argumento que hacía derivar su carácter público (del derecho laboral) del hecho de estar incluido en la constitución, ya que eso, defían los impugnadores, sólo quiere decir que para reformar el precepto será necesario seguir los procedimientos requeridos para modificar el estatuto al que pertenece y, además, los profesores de derecho constitucional han probado que en todas las constituciones se encuentran normas que no pertenecen al derecho constitucional.¹¹³

En cuanto al argumento del diferente fundamento filosófico, nos sigue diciendo Mario de la Cueva, tampoco se consideró concluyente, pues aunque el derecho privado se inspira en un principio individualista y el derecho del trabajo en un principio social, esta diversidad de principios no permite concluir que la nueva rama jurídica reúna los caracteres de las normas de derecho público; por otra parte, la diferente fundamentación filosófico-jurídica no significa que la naturaleza de las relaciones de derecho sea diversa, ni implica que los sujetos que intervienen en las mismas sean de distinto rango; si estos dos criterios son los que separan al derecho público del privado, no es lícito deducir que un nuevo estatuto jurídico, que regula

Las relaciones son forma análoga a la del derecho privado y cuyos sujetos actúan con carácter de particulares, sea derecho público.

El principio de la irrenunciabilidad de las normas tampoco justifica la nueva doctrina, pues el derecho civil ha sufrido en este campo una profunda transformación y, debido a ello, el nuevo código civil para el distrito y territorios federales, en contraste con la doctrina sostenida por los artículos 6 y 7 del código civil de 1884, establece, en su artículo 6 una nueva regla: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".¹¹⁴

Si se acepta la tesis de la diferente pretensión de vigencia de las normas para incluir al derecho del trabajo en el campo del derecho público, habría que concluir que todas las relaciones que son reguladas por normas cuya observancia se impone autoritariamente a la voluntad de los particulares, forman parte del derecho público, inclusive instituciones como la familia.¹¹⁵

Otro sector de la doctrina eludió esas dificultades afirmando que en el derecho del trabajo existen instituciones y normas de derecho público y de derecho privado ya que la argumentación de los defensores de la tesis privatista parecía irrefutable en unos aspectos (sostenían que las relaciones de trabajo se forman entre particulares, sin que participe el Estado o alguna corporación dotada de poder público y, cuando llegan a participar, lo hacen como particulares; que el principio que rige esas relaciones es el de igualdad de los sujetos pues la relación de

trabajo no es impuesta autoritariamente por el Estado y, aunque sus leyes sean imperativas, la imperatividad del derecho también está contenida en el artículo 60 del Código civil y, además, la imperatividad no es la esencia de la relación de derecho público. Lo esencial de ésta radica en que la relación se impone sin consideración a la voluntad de los particulares, por propia autoridad pues consideran-los privatistas-que la distinta manera de formación de las relaciones jurídicas, voluntarias en el derecho privado, autoritarias en el derecho público, es la fuente de diversificación de los estatutos; y agregan que de la circunstancia de que al formarse determinadas relaciones de derecho privado deban respetarse determinadas prescripciones legales, no puede implicar que la relación sea de derecho público).¹¹⁶

En los Estados modernos se han venido creando estatutos jurídicos nuevos, que no pertenecen ni al derecho público ni al derecho privado-nos dice De la Cueva-. La aparición de estos estatutos-agrega-no significa que haya desaparecido la distinción entre derecho público y derecho privado, pues en los regímenes jurídicos positivos contemporáneos es todavía un presupuesto necesario.¹¹⁷ (Nuestra opinión es diferente a la de Mario de la Cueva; para nosotros la distinción del derecho en público y privado abarca inclusive a las nuevas ramas, pero quede reservada al capítulo correspondiente).

Entre los defensores de la tesis de que el derecho del trabajo contiene normas de derecho público y derecho privado, tenemos a Sinzheimer, a Alfred Hueck, a W. Kaskel, una parte de la doctrina alemana y la corriente que prevalece en España.¹¹⁸

Erwin Jacobi apoya esta tercera postura de la doctrina, y afirma que no se puede sostener que el derecho del trabajo haya pasado al campo del derecho público y que el sostener eso es producto de la confusión entre el derecho público y el derecho autoritario, lo que no significa que no existan normas de derecho público en el derecho del trabajo.119

Agrega Jacobi que " aquellos organismos a los cuales se atribuye, a la vez, un carácter público y privado, sólo poseen uno u otro, y esto vale para las nuevas figuras jurídicas, como la sentencia y los contratos colectivos".120

Para García Oviedo no es simplemente un derecho en el que existen normas tanto de derecho público como de derecho privado, sino que lo considera un nuevo derecho, dotado de sustantividad propia que, por su contenido, ordena el trabajo, considerándolo como una verdadera institución y no como mero cambio de valores. Además, posee instituciones propias.121

Agrega García Oviedo que el nuevo derecho (del trabajo) posee un espíritu predominantemente tutelar en el aspecto social-económico, y que su método es el de las ciencias sociales, pues ve las cosas e intereses que protege desde el ángulo de lo social. Por su sector personal no considera, como el derecho civil, la masa indiferenciada de individuos, sino la zona de los seres económicamente débiles. Por la naturaleza de sus normas es en gran proporción jus cogens, de reglamentación estatal, de imperio de la voluntad del Estado a los efectos de la realización de su obra ordenadora y tuitiva.122

Derecho Aereo.

Lo define García Máynez como "la disciplina que estudia las normas relativas a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo, como elementos indispensables de tal navegación".123

Enrique Mapelli nos dice que es de gran importancia la codificación del derecho aéreo pues es del más alto interés para todos los países no sólo en lo que atañe a su legislación interna sino en cuanto se refiere a la uniformidad de normas respecto a los demás.124

En los Estados Unidos de México, continúa Mapelli, la codificación aeronáutica no se ha llevado a cabo por medio de un cuerpo legal autónomo e independizado de otras materias. Toda la regulación de esta disciplina se contiene en el libro IV de la Ley de Vías Generales de Comunicación de fecha 30 de diciembre de 1949. Pero esto no resta importancia al texto pues este libro IV es un verdadero código, pues contiene 67 artículos, más otros 15 en los que regula la materia disciplinaria.125

Anteriormente (en 1930) el legislador mexicano había expedido una ley especial sobre aeronáutica civil, pero fué derogada por la citada Ley de Vías Generales de Comunicación.126

Conforme al criterio que inspiró al legislador mexicano en 1949, Hotchkiss establece un paralelo entre el derecho aéreo y el ferroviario; Spassino afirma que todas

las instituciones del derecho aeronáutico son simples adaptaciones de las del derecho marítimo. En México, en la Escuela Libre de Derecho, se enseña la nueva disciplina en el "curso de derecho comercial terrestre, marítimo y aéreo".127

Pereterski apoya la unificación del derecho de transportes, cualquiera que sea el instrumento de locomoción empleado.128 El brasileño Juan V. Campos redactó en 1940 un proyecto de ley orgánica de los transportes, que incluía los que se realizaban por el aire.129

Actualmente Brasil cuenta con un código aéreo, aprobado por decreto-ley el 18 de noviembre de 1966, que sustituyó al código brasileiro de Ar, de fecha 8 de junio de 1938.

Más reciente es el de la República Argentina, aprobado en el mes de mayo de 1967, que ha sustituido al de 15 de julio de 1954.

Estos dos códigos: el brasileiro de 1966 y el argentino de 1967, representan la culminación de los esfuerzos de los tratadistas que luchan por la autonomía de la nueva disciplina.130

Así, Kaftal opina que el derecho aéreo constituye en el dominio jurídico un fenómeno completamente extraordinario, sin lazo alguno con el pasado; y Miguel de Juglart sostiene: "pensamos que el derecho aéreo debiera ser construido sobre bases jurídicas enteramente nuevas y exigir normas jurídicas originales". De la misma opinión es Octavio Vejar Vázquez.131

España sigue esta corriente, tanto en su Ley de Bases para la Navegación Aérea—promulgada el 27 de diciembre de 1947— como en su Ley de Navegación Aérea—aprobada el 21 de julio de 1960—, muchos de cuyos principios no han coincidido con los que se anunciaban en la citada Ley de Bases, pues el transcurso de doce años los había transformado en inadecuados. Este texto se completó con la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964. Ambas leyes suponen un verdadero código que recoge cuanto a la materia interesa.¹³²

En los países del Este de Europa, la codificación aeronáutica se encuentra muy avanzada, mereciendo la conceptualización de completísimo el Código Aéreo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas—de 26 de diciembre de 1961—que sustituyó al de 1935.¹³³

Lo expuesto en relación con las ramas de reciente formación muestra, efectivamente, que se trata de ordenamientos jurídicos ambivalentes, ya que contienen instituciones y normas individualizadas de carácter público y de carácter privado, debido a que el Estado tiende naturalmente a intervenir en las relaciones jurídicas cuando se hace necesario corregir situaciones basadas en errores doctrinarios—como lo es el mito de la igualdad que pregonaba el liberalismo, el cual dió lugar a graves abusos que originaron el surgimiento del derecho del trabajo y del derecho agrario como derechos protectores de los más débiles; surgieron precisamente porque se hizo intolerable la situación anterior, hasta afectar a la colectividad entera. El caso del derecho aéreo es otro,

pues no surgió por la necesidad de proteger a los más débiles, sino para coordinar (en el caso del derecho aéreo internacional) sus relaciones de ese carácter, cosa imperiosa dadas las múltiples manifestaciones prácticas que así lo requieren, y, en el caso del derecho aéreo interno, sus razones son similares a las de las demás vías de comunicación, es decir, así como las comunicaciones marítimas y las ferroviarias tuvieron necesidad de una reglamentación, así el derecho aéreo surgió ante la necesidad de reglamentar las comunicaciones de este tipo.

No olvidamos tampoco la crítica de Cabanellas, que considera que el carácter político no abarca todo el campo de las nuevas disciplinas argumentando que todo derecho no busca la utilidad o defensa de una clase, sino el interés colectivo de asegurar la paz social por lo que regula instituciones de lo que podría llamarse, si se me permite, la clase dominante, pero considero que no olvida el nuevo derecho (con el tinte político que le hemos dado) a ninguna clase, simplemente trata de ponerlos en una situación de igualdad para evitar el abuso de los más poderosos, sin que esto implique, como trata de hacer aparecer Cabanellas, que se busque el abuso de los débiles en detrimento de los fuertes o, como el dice, reducir el horizonte de las nuevas disciplinas al buscar la utilidad de una clase, cosa que se busca en ciertos regímenes políticos contemporáneos, pero que de ninguna manera es la meta de lo que ha dado en llamarse "derecho social".

II. POLEMICA SOBRE ESTA DISTINCION.

Algunos autores niegan la distinción entre derecho público y derecho privado, otros la defienden. Vamos a ver en este capítulo algunas de las diferentes teorías que se han elaborado sobre el tema, ya que no es posible que las veamos todas pues si a principios de siglo se podían contar unas diecisiete teorías con sus respectivas soluciones, actualmente se pueden contar más de cien, según nos dice J. Holliger, quien después de analizar más de un centenar concluyó que ninguna de las propuestas abarcaba la totalidad de las normas de un sistema jurídico positivo.¹³⁴

No obstante lo anterior, vamos a examinar los criterios más conocidos a la luz de la filosofía jurídica; así estaremos en condiciones de emitir una opinión.

Enrique Luño Peña divide los diferentes criterios a que da lugar la distinción entre derecho público y privado en tres grupos, a los que denomina : teorías dualistas, teorías pluralistas y teorías negativas.¹³⁵

Dentro de las teorías dualistas engloba a todas aquellas que sostienen la división del derecho positivo en derecho público y derecho privado; dentro de las teorías pluralistas comprende las que no niegan la distinción del derecho positivo en público y privado, pero que consideran que han surgido nuevas ramas en el mundo jurídico que presentan características que las hacen independientes tanto del derecho privado como del derecho público, por lo que las consideran un " nuevo " tipo de derecho; y, por último, en las teorías negativas considera todas las teorías que niegan validez a la distinción.

Vamos a examinar, primeramente, algunas teorías dualistas:

- I. En primer lugar encontramos la teoría del romano Ulpiano, para quien la diferencia entre el derecho público y el derecho privado se basa en un criterio de utilidad.

Así, nos dice: "Hujus studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem..."¹³⁷

Como se ve, el mismo Ulpiano aclara que se trata de dos posiciones, lo cual permite cierta elasticidad en la distinción, lo que va de acuerdo con la naturaleza del derecho, ya que éste es variable a través del tiempo, al irse adaptando a las circunstancias y necesidades de los diferentes pueblos, lo cual implica que también es diverso en el espacio, ya que cada Estado tiene sus peculiares costumbres, necesidades, etc.,

Por esto, Enrique Luffo Peña, considera que los romanos tuvieron plena conciencia de que el derecho formaba una unidad por encima de las denominaciones de público y privado, y considera que las XII tablas formaban una base común tanto para el derecho privado como para el derecho público, citando en su apoyo a Tito Livio, quien nos dice: "Qui nunc quoque in hoc inmenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris,"¹³⁸

Desgraciadamente es muy vaga esta diferenciación del derecho dada por los romanos pues el interés no es un criterio que resista todas las críticas, aunque subsiste hasta nuestros días.

El derecho es teleológico y, por lo mismo es posible distinguir sus normas con arreglo al fin que aspiran a realizar, por esto, consideramos que la crítica que hace Kelsen a la teoría romana es insostenible.

Sostiene Kelsen que el querer cualificar jurídicamente las normas de derecho con arreglo al fin que aspiran a realizar equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por su precio. Agrega que es imposible determinar de cualquier norma jurídica si sirve al interés público o al interés privado. Toda norma sirve siempre a uno y a otro.¹³⁹

No nos parece correcta la postura de Kelsen en ninguna de sus dos aserciones por que, por una parte, los cuadros si se pueden clasificar con arreglo al fin que aspiran a realizar: unos tratan de expresar una idea subjetiva por medio de símbolos, otros tratan de reproducir fielmente la realidad. Esto es lo que debía decirse y no comparar la clasificación de las normas jurídicas con arreglo al fin que aspiran a realizar, con la clasificación de los cuadros por su precio y no por el fin, ya que esto último no es correcto.

Además, aunque es cierto que toda norma jurídica sirve tanto al interés público como al interés privado, también es cierto que a veces sirven predominantemente a uno o al otro; no es lo mismo la norma individualizada que surge con motivo del convenio entre el Departamento del Distrito Federal y un particular para adquirir una porción de terreno necesaria en forma absoluta para la apertura de una avenida, que la norma individualizada que se deriva del contrato privado entre Juan y Pedro con el objeto de comprar un florero decorativo.

En el primer caso, la norma de derecho individualizada sirve al interés público, ya que toda la comunidad está interesada en contar con suficientes y buenas vías de comunicación; en el segundo caso, aunque a la comunidad le interesa que se

cumpla lo pactado entre Juan y Pedro, el mayor interés no es, en ese caso concreto, de la comunidad-interés público-, sino precisamente de Juan y de Pedro-interés privado-.

En estos casos (como el citado en último término), no desaparece el interés público pero ocupa un lugar secundario, ya que poco le interesa a la comunidad que se compre o no un florero decorativo.

II. Para Montesquieu, el derecho público-que él define como derecho político-consiste en las leyes en la relación que tienen los que gobiernan con aquellos que son gobernados; y el derecho privado-que denomina derecho civil-consiste en las leyes en la relación que tienen todos los ciudadanos entre sí. 140

Al querer aplicar este criterio tropezamos con serias dificultades pues en el derecho público hay relaciones entre personas de derecho público sin que intervengan los gobernados. También encontramos que en ocasiones el Estado entra en relaciones de derecho privado con los particulares: es así cuando administra sus dominios, explota industrias, compra, vende, utiliza los servicios de otro, etc.

Entonces puede ser bastante difícil determinar en que calidad actúa tal órgano del Estado, si representa a éste en su competencia oficial-acto de poder público-; o si, al contrario, hace figura de simple particular-acto de persona privada-. 141

Respecto a este problema veremos la solución que da Roguin para distinguir tales actos; posteriormente, en el último capítulo veremos la nuestra.

III. Otros sostienen que en las relaciones de derecho público el Estado ejerce su soberanía, sin otro límite que la ley

que el mismo se ha dado: es lo que en opinión de Claude Du Pasquier los romanos llamaban el "imperium".¹⁴² Si los dos sujetos de la relación son órganos del Estado, cada uno de ellos ejerce, en el marco de sus funciones oficiales, la parte de autoridad que le ha sido atribuida por la Constitución. Si sólo uno de los sujetos es un órgano del Estado mientras que el otro es un particular, no hay derecho público sino cuando el primero se presenta como dominando al segundo en virtud de su misión.¹⁴³

Du Pasquier agrega que por "órgano del Estado" hay que entender toda institución, colegio o persona ejercitando una función estatal, aun momentánea, es decir, no solamente el gobierno sino también una multitud de agentes administrativos, una oficina electoral, etc. El Estado puede también delegar una parte de su autoridad en las instituciones subordinadas, tales como las comunas, las universidades, cuyos órganos, a su vez, actúan oficialmente como sujetos de relaciones de derecho público.¹⁴⁴ Agrega que un acuerdo de dos voluntades de las que una emana de un particular mientras que la otra emana de un agente oficial, corresponde al derecho público si las partes en vez de tratar en un nivel de igualdad, ven el contenido del acuerdo más o menos predeterminado por las leyes y reglamentos, si ellas no gozan de la AUTONOMÍA de la voluntad. Por otra parte, si una convención celebrada entre dos corporaciones o establecimientos de derecho público tiene por objeto un asunto que pertenece a su misión oficial, tiene un carácter de derecho público: es el caso de una convención entre dos comunas para la construcción de un camino.¹⁴⁵

En este caso se desplaza el problema a la determinación de la calidad del sujeto; hay que determinar la calidad en que actúa el órgano del Estado.

Según Roguín, hay que preguntarse si la actividad así des-

plegada está sometida a una legislación excepcional y especial o, al contrario, al derecho común.¹⁴⁶ Así, un notario es un personaje patentado cuyos deberes y derechos están fijados por una legislación que se refiere únicamente a su oficio; de aquí que las relaciones con sus clientes conciernen en principio al derecho público.

Un monopolio comunal, como el del gas o la electricidad, encierra relaciones de derecho público con terceros si existe una reglamentación especial que rija la situación de las partes; en caso contrario nos sigue diciendo Roguin es el derecho común el que rige estas relaciones, por consiguiente, el derecho privado.¹⁴⁷ Cuando el Estado encomienda a un empresario un trabajo cualquiera en alguno de sus edificios se somete a las reglas del derecho de las obligaciones.¹⁴⁸

Hay varias afirmaciones en este criterio:

I. Que en el derecho público el Estado ejerce su autoridad sin otro límite que la ley que el mismo se ha dado.

Esto es discutible, pues una ley, para poder llevar tal nombre con propiedad, no debe ser injusta. Un ejemplo de un precepto injusto lo encontramos en el artículo 33 de nuestra Constitución, que faculta al Ejecutivo de la Unión (en forma exclusiva) para hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Debe también respetar la soberanía de otros Estados.

II. También sostiene que si dos autoridades entran en relación ejerciendo sus respectivas funciones públicas, la relación será de derecho público. Estamos totalmente de acuerdo en esto.

III. Agregan que si uno de los sujetos es un órgano del Estado, mientras que el otro es un particular, hay derecho público sólo cuando el primero se encuentra como dominando al segundo en virtud de su misión.

Esto también es cierto pues el órgano estatal, al ejercer sus fun

ciones o al actuar con relación a las mismas, mira hacia los intereses generales, pues su misión es servir a la comunidad; por ello tiene cierto dominio sobre los particulares, pues el interés general es de mayor jerarquía que el interés particular.

Se afirma también que un acuerdo de dos voluntades de las que una emana de un agente oficial y la otra de un particular corresponde al derecho privado si las partes gozan de la autonomía de la voluntad, si tratan en un pie de igualdad.

Aquí está un obstáculo aparentemente difícil de salvar, nos referimos al contrato entre una persona de derecho público y un particular.

Si el objeto del contrato se relaciona directamente con las funciones de la persona de derecho público, será de derecho público la norma individualizada que surja con motivo de dicho contrato; aunque se aplique la legislación civil, el derecho dispositivo. Más adelante veremos este caso con más amplitud.

Además, dentro del campo del derecho privado, no siempre domina el criterio de la autonomía de la voluntad, pues hay normas de derecho taxativo, por ejemplo: el obrero está jurídicamente obligado a rendir el trabajo que le exige el patrono, dentro del marco del contrato individual o colectivo.¹⁴⁹

De todas maneras, la distinción está firme si se considera que en el caso de las normas de derecho público dispositivo, está presente el interés general y no únicamente intereses privados; en el caso de las normas de derecho privado taxativo no se afectan directamente los intereses de la comunidad.

Hemos visto que el término "función oficial" es importante para entender la postura que adoptamos. Para nosotros, las funciones cons-

tituyen la forma de ejercicio de las atribuciones; éstas últimas entendidas como el contenido de la actividad del Estado.150

Dicho de otro modo, los medios de que dispone el Estado para el cumplimiento de sus fines (tareas, operaciones, labores que incumbe al Estado realizar) son las llamadas atribuciones del Estado.151

Y decimos atribuciones porque se trata de designar cualquier tarea atribuida al Estado para que éste pueda realizar sus propias finalidades.152

La doctrina liberal pugna por reducir al mínimo las atribuciones del Estado y hacer de él un simple regulador de las actividades individuales. El estatismo busca ampliar las atribuciones del Estado, haciéndolo intervenir en todos los casos en que es necesario para corregir la desigualdad económica de las diversas clases sociales, siendo el grado de esa intervención lo único que distingue las diversas tendencias dentro de la doctrina estatista, desde el intervencionismo de Estado-en que se respeta todavía con gran amplitud la acción individual-hasta el socialismo, que en sus diversas manifestaciones pugna por la concentración y socialización gradual o violenta de todos los medios de producción.153

La noción de "atribuciones del Estado" implica un régimen especial, el del derecho público, que es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios de que éstos no disponen, pues con ellas habrán de satisfacerse necesidades generales en una forma eficaz, regular y continua.154

IV. También se agrega, dentro de este criterio, que "el Estado puede delegar una parte de su autoridad en las instituciones subordinadas, cuyos órganos actúan oficialmente como sujetos de relaciones de derecho público". 155

A este respecto, creemos que tienen razón, ya que basta echar un vistazo a la realidad para comprobar su veracidad.

Andrés Serra Rojas nos enumera las principales personas jurídicas de derecho público en nuestra constitución 156:

" A) El Estado, que es la más importante personalidad jurídica y fuente, a su vez, de las demás personas jurídicas. Artículos 27 párrafo VI, 40 y 41 de la constitución.

B) La Administración pública. Dispone de la misma personalidad del Estado para realizar numerosos actos jurídicos con todas las finalidades a su cargo. La administración pública, en su sentido orgánico se entiende como el Poder ejecutivo federal o conjunto de órganos que realizan las tareas administrativas. Artículo 69 de la Constitución.

C) Las entidades federativas o estados que forman parte del régimen federal mexicano. Artículos 27 párrafo VI y 42 a 48, 115 a 122 de la Constitución.

D) Los territorios federales, Artículos 27 fracción VI, 42, 43, 44 y 45 de la constitución.

E) Las instituciones centralizadas, como el Departamento del Distrito Federal. Artículo 27 fracción VI, 44 y 73 fracción VI de la Constitución.

F) Los municipios, base de la organización política y administrativa de las entidades. Artículos 27 fracción VI, 115 y siguientes de la Constitución. Los municipios están investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales, dispone la Constitución.

G) Las instituciones descentralizadas, creadas por la ley, por el propio Estado y apoyadas en los artículos 73 fracción XXX, 123 fracción XXXI de la Constitución y en sus leyes orgánicas.

H) Aquellos entes de economía mixta reconocidos por el Estado como personas de derecho público, como en el caso del Banco Nacional de Comercio Exterior, S.A., que no ha sido creado por una ley, pero mantiene POR LA IMPORTANCIA DE SUS FUNCIONES, una situación de organismo público, que sin duda debe ser encauzada legalmente".¹⁵⁷

Aunque las personas de derecho público pueden sujetarse al derecho común, por ejemplo: el Estado, no quedan en idéntica condición que los particulares, pues por tener encomendadas tareas de interés colectivo, se les conceden privilegios tales como la protección de los bienes inmuebles que forman el patrimonio privado del Estado, los cuales para ser adquiridos por prescripción, por los particulares, requieren el doble del tiempo necesario exigido por el Código Civil para adquirir bienes inmuebles por prescripción.

Ahora vamos a ver, superficialmente, algunas de las teorías pluralistas.

En nuestros días está de moda el vocablo "social"; en el campo de nuestra disciplina se le menciona en muchos sentidos.

Ya desde fines del siglo XIX se hablaba de leyes sociales y de derecho social en un sentido que se emparenta con la "cuestión social". Se designó con él, primeramente, la cuestión obrera; las leyes establecidas a este propósito han sido enseñadas en las universidades bajo el título de legislación social o derecho social. No había, en efecto—nos dice Leclercq—otro título bajo el cual catalogarlo; no era derecho civil, ni derecho penal, ni público, ni administrativo".¹⁵⁸

Para nosotros, ha existido siempre el derecho social, pues nadamás conocemos tres especies de derecho: el que deben los miembros a la comunidad, el que debe la comunidad a los miembros y el que se deben las personas privadas unas a otras, y por lo mismo, sólo hay tres especies de justicia: la legal, la distributiva y la conmutativa.

Lo que en realidad pasa en el llamado "derecho social" es que ahora la regulación de las normas individualizadas no es realizada únicamente por la justicia conmutativa—en una forma directa—, sino que se aplica también la justicia distributiva y la justicia general. Más adelante exponremos los argumentos de esta aserción, por ahora continuemos exponiendo las opiniones de los autores que sostienen la aparición del nuevo derecho.

García Oviedo sostiene que el derecho del trabajo, en su evolución última, ha llegado a ser un derecho autónomo, dotado de substantividad propia. "No es un derecho excepcional del derecho civil".¹⁶⁰

Posteriormente, el campo de este derecho social, se ha ido progresivamente ensanchando, a medida que se iban enfocando cuestiones sociales y, por consiguiente, leyes sociales, que se aplicaban a otras capas de la población. Mas sea cual fuere su objeto, la finalidad de estas leyes sociales es siempre la de crear y reglamentar instituciones en favor de algunas categorías de ciudadanos, trátase de obreros, de agricultores o de familias.¹⁶¹

II. Hacia 1930 apareció una nueva concepción del "derecho social". Su principal artífice fué Gurvitch, y la desarrolla en su obra "L' idée du droit social".

Gurvitch, nos dice Jacques Leclercq,¹⁶² no es un jurista; es un filósofo y un sociólogo, un filósofo que adapta sus exposiciones al lenguaje y a los métodos sociológicos. Mientras los juristas gustan de apoyarse en las sentencias y juicios de las cortes y tribunales para deducir de ellas las constantes y la doctrina subyacente, Gurvitch apenas si se preocupa de ello. Parte de un sistema inspirado en el idealismo alemán y se forma una visión de conjunto del fenómeno social.

Despojada de su aparato conceptual—agrega Leclercq—, la idea del derecho social, según Gurvitch, no parece tan ingenua como se creería a primera vista. Viene a decir de nuevo que el derecho es un fenómeno social y que nace en la comunidad y de la comunidad.

Gurvitch se ciñe más al desarrollo general de la vida social que al fenómeno particular que se llama de ordinario "derecho". La noción de derecho social comprende, según él, todas las formas de reglamentación de la vida común, que se desarrollan en la sociedad. El derecho, para los juristas, no es más que una forma de regla-

mentación: la que resulta de la intervención de los poderes públicos y es por ellos impuesta. Es por tanto, esencialmente voluntarista (se refiere a los juristas positivistas aunque alude, sin precisión e injustamente, a todos los juristas). Lo que constituye el derecho de los juristas—continúa diciendo Gurvitch—es la voluntad de los gobernantes. Es derecho, en este sentido, lo que los poderes públicos reconocen; no es derecho lo que ellos no reconocen, cualesquiera que sea su valor moral, doctrinal, filosófico, la estima que le atestigüe la opinión, la presión ejercida por el medio, la cual puede tener una violencia irresistible sin poseer carácter jurídico. 163 (A este respecto cabe recordar que esa crítica del autor francés es aplicable a nuestro sistema de derecho privado, pues el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales estipula expresamente en su artículo 9 : "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior" y en su artículo 10 : "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".)

Así pues, para Gurvitch, el derecho social sigue en sus transformaciones a la totalidad que él interra; pero la existencia de seguridad hace que en un momento dado este derecho de interacción, en evolución constante como la comunidad de que emana, se condense en un esquema racional, se le asignen fines limitados, y se le sancione con una coacción incondicional. Recibe entonces el nombre de derecho condensado u organizado. Sin embargo, esta estructura estática del derecho condensado, superpuesta a la comunidad, no detiene la marcha de ésta en su esfuerzo constante de interacción, de unificación de sus miembros, a base de encontrar fórmulas que resuelvan sus conflictos." esta realidad subyacente continúa elaborando, en la medida en que sigue interaciéndose, su derecho social. Ilustrado el concepto en que el derecho condensado, dado

su carácter estático, no correspondía a las exigencias de la realidad, mejor expresadas por el derecho social, surge el problema de la primacía, la cual corresponde, indudablemente, al derecho social.164

El esquema estático del derecho organizado solo es válido en tanto que coincide con algunos de los fines perseguidos por la realidad subyacente, por esta totalidad o comunidad que representa su soporte y que le da vida.165

Así pues, Gurvitch entiende por derecho social algo muy distinto a lo que entiende García Oviedo ya que si para este último el derecho social es el derecho del trabajo y otras ramas protectoras de otras capas de la población, o sea un derecho protector, para Gurvitch es mucho más amplio pues lo define como el derecho autónomo de comunión por el cual se integra de una manera objetiva cada totalidad activa, concreta y real, y que encarna un valor positivo.166

En cuanto lo que sostiene el Profesor Carlos García Oviedo, nos parece correcta su postura pues se hacía necesario contemplar la zona de los seres económicamente débiles con un predominio de la voluntad del Estado en favor de algunas categorías de ciudadanos, ya que los grupos más poderosos abusaban de los desposeídos. En realidad esta intervención de la autoridad beneficia a toda la colectividad pues crea un ambiente más equilibrado al buscar que impere la justicia en el medio social.

Respecto a lo que sostiene Gurvitch, creemos que su postura tiene muchos aciertos al confirmar, por ejemplo, la estrecha relación que existe entre derecho y sociedad, concibiendo el derecho como el modo como se realiza el esfuerzo colectivo de integración de una sociedad, pero si atendemos al uso propio de los términos, no es posi-

ble defenderlo ya que si bien son las necesidades de la colectividad las que hacen necesaria una nueva reglamentación jurídica, la fuente real no puede ser confundida con el Derecho. Aún en países del sistema anglosajón, no se engendra el Derecho en forma autónoma por la vida colectiva de un grupo, ya que se tienen que sujetar a un procedimiento jurídico para lograr que un uso se convierta en costumbre obligatoria.

III Un dato interesante es el que nos ofrece Mario de la Cueva cuando afirma que fué Otto Von Gierke quien a finales del siglo XIX principió a dudar de la firmeza de la distinción del Derecho en público y privado; le pareció que existía una tercera rama jurídica, un derecho social, que no era ni público ni privado y que si procuraba, como todo el derecho, la regulación de relaciones humanas, a diferencia de los Derechos público y privado, contemplaba al hombre como integrante de lo social.¹⁶⁷

"Pues bien-nos sigue diciendo De la Cueva- la idea de un derecho social de nuevo cuño se ha impuesto a la ciencia del derecho, a consecuencia de las transformaciones operadas en el Estado y en el derecho individualistas y liberales del siglo XIX.

La doctrina, que fué apenas anunciada por Gierke, es hoy una realidad y, según creemos, la única explicación posible del nuevo fenómeno jurídico. Gustavo Radbruch fué su primer gran expositor; otro de sus grandes teóricos es Georges Gurvitch".¹⁶⁸

Nos parece correcta la postura de Mario de la Cueva al considerar que el derecho social surgió como consecuencia de las transformaciones operadas en el Estado y en el derecho individualistas y liberales del siglo XIX pues, en nuestra opinión, surgió, como ya quedó dicho, por las deficiencias de la concepción

individualista y liberal del siglo XIX y principios del XX, aunque para nosotros es simplemente la restauración del derecho, la reimplantación de la justicia.

La teoría pluralista de Gustavo Radbruch será expuesta posteriormente, dada su gran importancia, en un capítulo especial.

Ahora veremos algunas de las teorías negativas que, como ya dijimos, son aquellas que niegan validéz a la distinción del derecho positivo en público y privado.

I. Duguit critica la diferenciación del derecho público y privado basada en el mayor valor de la voluntad estatal, ya que él niega, en principio, la personalidad del Estado y la soberanía como derecho del mismo. Declara inconcebible " la existencia de una regla que se aplique a las relaciones de una pretendida persona colectiva, soberana, con sujetos subordinados a su voluntad; la existencia de una regla distinta, por su fundamento y por su objeto, de la que se aplica a las relaciones entre simples particulares... "169

Como Duguit niega que los gobernantes tengan cualidades diferentes de los gobernados y se les considera individuos, sometidos, como todos los miembros de la sociedad, a la regla de derecho impuesta por la solidaridad, concluye afirmando que esa regla de derecho tiene naturaleza idéntica cuando se impone a gobernantes que cuando se impone a gobernados.170

Claude Du Pasquier cita a Duguit entre los autores que tienden a suprimir la distinción del derecho positivo en público y privado, pero, acertadamente, Gabino Fraga aclara que: " el propio Duguit reconoce que es necesario sostener la distinción de las dos ramas del Derecho, pero no atribuyéndoles fundamento diferente. Para Duguit, la diferencia radica en que, como los gobernantes concentran en sus manos el poder de coacción, las reglas de derecho que a ellos se refieren y las que regulan las relaciones en que intervienen, es decir, las reglas de derecho público, no pueden ser sancionadas directamente por la coacción, cuando se trata de hacer efectivas obligaciones a cargo del Estado, puesto que és-

te, teniendo en sus manos el poder de coacción, no puede emplearlo en su propia contra".172

Cuando se trata de relaciones entre particulares, éstos pueden llamar en su auxilio a los gobernantes para que, mediante la coacción, se haga respetar la norma que regula tales relaciones.173

Duguit es criticado por Gabino Fraga, ya que cae en el mismo defecto que critica a la tesis clásica-del mayor valor de la voluntad estatal-, pues después de negar que haya diferencia entre gobernantes y gobernados, acaba por decir que, como los primeros monopolizan el poder de coacción, no pueden emplearlo en su contra; lo que equivale a decir que en ellos concurre una circunstancia que no hay en los particulares, en sus relaciones privadas, y esa circunstancia, indudablemente, crea una desigualdad entre los dos sujetos de la relación.174

II. Renard, nos dice Du Pasquier¹⁷⁵, desde otro punto de vista, se niega a admitir una diferencia de esencia entre el derecho público de un Estado y los estatutos de una sociedad, ya que considera al Estado como una institución, así como a otras comunidades humanas tales como la familia, las sociedades corporativas, etc.; el Estado representa-para él- una sociedad perfecta, pero habla aun de "derecho constitucional privado".176

Nos parece que no es posible sostener a Renard en cuanto considera privado al derecho constitucional, pues es indudable que es de índole pública; en cuanto a la diferencia o aplicación de la analogía al orden jurídico, para la concepción institucional del derecho, no hay únicamente un solo ordenamiento jurídico, sino que sostienen, desde cierto punto de vista, que más

bien existe una pluralidad de órdenes jurídicos, cada uno con su estructura interior y relacionados entre sí, exteriormente; cada uno de ellos realiza de un modo diferente y no en la misma medida la razón de derecho, por lo cual no se les puede calificar de jurídicos unívocamente, sino analógicamente. 177

Ahora bien, si como dice Du Pasquier, Renard se niega a hablar del derecho constitucional como de una rama independiente y diversa del derecho privado, creemos, como ya dijimos, que está en un error grave pues el derecho constitucional no es derecho privado en ningún sentido pues, como dice el mismo Du Pasquier, el derecho constitucional establece la estructura del Estado, es decir, los poderes públicos y las autoridades que los ejercen; los principios fundamentales que limitan la acción del Estado sobre los individuos. 178

Como se ve, nada hay de "privado" en el derecho constitucional, ya que la estructuración del Estado y la determinación de los principios que limitan la acción del Estado con relación a los particulares, son del máximo interés y no es posible concebir siquiera su encuadramiento dentro del derecho privado, que se refiere a personas privadas y a sus relaciones.

III. Nicolai, encuadrado dentro de la concepción totalitaria del Estado nacional socialista, repudia igualmente la vieja distinción del derecho público y del derecho privado, como un vestigio de las ideas romanas a las que hay que sustituir por teorías puramente germánicas pues "ningún fenómeno de la vida pública o privada es extraño al Estado" y, por lo mismo, se opone a la existencia de un tabique que separe la vida jurídica de los particulares y la vida pública. 179

III.- EXPOSICION Y CRITICA DE LA TESIS DE HANS KELSEN :

No obstante que la mayor parte de los autores (Du Pasquier, Luño Peña, Rafael De Pina, García Máynez, etc.) colocan a Kelsen entre los autores que tienden a suprimir la distinción entre el derecho público y el derecho privado, le hemos reservado un capítulo especial tanto por la gran influencia que ha tenido este autor en el medio jurídico contemporáneo cómo por no ser correcto, a nuestro modo de ver, colocarlo entre tales autores.

Para Kelsen, el derecho es una forma, según él, el derecho no es más que la forma de todos los posibles contenidos,¹⁸⁰ la forma del orden estatal, o mejor, este mismo orden con todos sus posibles contenidos; no hay fin alguno que el Estado pueda perseguir si no es en la forma del derecho; y, supuesto que se admite la relación de fines y medios, el derecho y el Estado no son fines sino medios, de tal modo que, incluso aquello que en la terminología usual se llama fin jurídico, no es más que un medio al servicio de un fin, que ya no puede ser el derecho, que es trascendente al derecho y que puede designarse, si así place, como fin de poder o fin de cultura.¹⁸¹

En cuanto a la distinción entre derecho público y derecho privado, consideraba que era "muy funesta" y favorecedora de la irrupción de la política en la teoría del derecho.¹⁸² Sostenía que no era posible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre derecho público y privado.¹⁸³ Y que ese dualismo desgarraba la unidad del sistema jurídico, y que el primer paso dado por la teoría jurídica para suprimir el dualismo de Estado y derecho lleva consigo la negación de que entre el derecho público y el derecho privado exista una diferencia sustancial pues dicha distinción es incompatible con la idea del Estado de derecho, si con ella se afirma una esfera de actos que debiendo ser jurídicos estarían

sin la regulación del derecho. 184 Entendiendo Kelsen, por "Estado de derecho, un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico (concepto formal de Estado, contrapuesto al concepto material del mismo o sea un orden estatal con un contenido específico). 185

Posteriormente cambió un poco su postura al animarse y dar explícitamente "su criterio" para distinguir las normas del derecho público de las del derecho privado; "su criterio" no es otro más que el tradicional, o sea el de la superioridad e inferioridad, con la variante de que Kelsen rechaza que la diferencia esté en los sujetos-como afirman los que siguen el criterio tradicional-, y afirma que la diferencia está en la "forma" de producir la relación jurídica, en el método por el cual se crea el deber individual, paralelamente al derecho del sujeto considerado como igual o superior al sujeto del deber. 186 La diferencia-dice- entre derecho privado y derecho público, a que la teoría tradicional pretende dar expresión, se refiere a la creación de la norma secundaria, la norma que en un caso concreto determina la conducta cuya realización constituye el acto antijurídico. En el derecho privado el orden jurídico delega a los individuos la facultad de regular contractualmente sus relaciones económicas, es decir, el orden jurídico establece que si dos individuos celebran un contrato, uno de ellos deja de cumplirlo y el otro ejercita una acción contra el primero, el tribunal debe sancionar al demandado. Sobre la base de esta norma general, la obligación del individuo es determinada por la norma individual contractualmente creada. Esta norma individual es de naturaleza secundaria y presupone a la general, mencionada anteriormente. 187

En el campo del derecho fiscal-agrega Kelsen-una ley obliga a pagar impuestos mediante el establecimiento de sanciones para

el caso de que el impuesto no sea pagado pero, de acuerdo con algunos ordenamientos jurídicos, un determinado individuo sólo queda obligado efectivamente a pagar tal o cual impuesto si un órgano competente, un funcionario fiscal, después de estimar el caso concreto, le ordena pagarlo. La orden emitida por el órgano fiscal, norma individual secundaria, constituye la obligación concreta del individuo.188

Como se ve, Kelsen se basa en los diferentes modos de creación de normas secundarias por las que se impone a un individuo obligaciones concretas, es decir, contempla únicamente el aspecto formal y, por lo mismo, la solución es parcial. La creación contractual -nos dice Kelsen- es de derecho privado (principio de autonomía), mientras que la creación de una obligación, por una norma secundaria, sin la voluntad del individuo que resulta obligado, o aun contra esta es de derecho público (principio de heteronomía).189

Así, nos dice : "la mayoría, aun cuando no la totalidad de las normas denominadas de derecho público y privado, pueden ser distinguidas aplicando el criterio que hemos propuesto, si bien hay normas, consideradas dentro del derecho privado, que crean deberes jurídicos contra la voluntad de las personas obligadas.190

También tiene que reconocer que hay normas tradicionalmente incluidas en el derecho público, que permiten relaciones jurídicas concretas creadas por contrato, como en el derecho privado.191

Por último, también acepta que hay normas jurídicas consideradas de derecho público que no crean relaciones cuyas partes puedan ser consideradas como iguales ni como inferiores o superiores. Se refiere al grupo al que pertenece el derecho penal.192

La obligación concreta de un individuo no se encuentra en este caso determinada por una norma secundaria que provenga de una transacción jurídica o de un acto administrativo. La razón por la cual el derecho penal es clasificado como público, no puede ser la misma por la que el administrativo se clasifica de ese modo. Esa diferencia entre derecho penal, como rama del derecho público, y derecho privado, no aparece en las normas del derecho sustantivo sino en las del adjetivo. El penal difiere del privado en la materia de las normas del procedimiento. En el campo del derecho privado es al particular a quien corresponde poner en movimiento el procedimiento que conduce a la sanción, mientras que en el derecho penal, esa función incumbe a un órgano especial. La diferencia entre la técnica del derecho privado (civil) y la del penal, se explica por el hecho de que el orden jurídico que establece la pena como sanción, no conoce como decisivo el interés individual vulnerado por el delito, sino el de la comunidad jurídica, cuyo órgano es el ministerio público. 193

En vista de este hecho, prosigue Kelsen, a menudo se ha pensado que es posible definir las normas del derecho privado como las que protegen intereses particulares, y las del derecho público, como las que protegen intereses del Estado. Esta definición es, empero, invalidada por el hecho de que el Estado pueda ser parte en una relación de derecho privado. En este caso, las normas del derecho privado indudablemente cumplen la misión de proteger los intereses del Estado, es decir, el llamado interés público. Si prescindimos de este caso especial, no podremos negar que la conservación del derecho privado constituye, también.

un interés público. Si no fuese así, la aplicación del derecho privado no se confiaría a órganos estatales. La única distinción válida desde el punto de vista de la jurisprudencia analítica, es la que se basa en la diversidad de la técnica procesal civil y penal. Pero tal distinción no puede ser empleada para segregar el derecho administrativo del privado. 194

"Consecuentemente, la distinción entre derecho privado y derecho público, cambia de significado según que lo que se pretenda distinguir del derecho privado sea el derecho penal o el derecho administrativo. La distinción es inutilizable como fundamento común para una sistematización general del derecho". 195

Hemos expuesto lo fundamental de la postura de Hans Kelsen con relación a la distinción entre derecho público y derecho privado; ahora vamos a criticar su postura que, como ya dijimos, cambió un poco, por lo que hay que considerar su pensamiento en dos momentos, primero, tal como aparece en su obra "Allgemeine Staatslehre" (1925); y, segundo, tal como aparece en su obra "Teoría General del derecho y del Estado" (1944) .

I. En su primera postura mostraba una gran hostilidad a la distinción del derecho en público y privado; ya desde el prólogo (de "Allgemeine Staatslehre") afirmaba : " cuando suprimo las distinciones—que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad—entre derecho público y derecho privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación del derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indes-

tractible...se que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre".196

En cuanto a esto, su posición es clara: no negaba la distinción aunque afirmase "cuando suprimo", simplemente la consideraba como una diferencia de contenido de las normas dentro de un único sistema.

Estamos de acuerdo con Kelsen en lo que respecta a la unidad del derecho pues, para nosotros—al igual que para Luño Peña—, derecho público y derecho privado son dos especies pertenecientes a un solo género. Es la manifestación de dos modalidades de un solo y único fenómeno: el derecho, que es, a la vez, individual y social, privado y público¹⁹⁷; sin que esto quiera decir que no se pueda distinguir entre ambas modalidades, ya que en ocasiones prevalece el aspecto individual, y en otras el aspecto social; después veremos esto con más detalle.

Volviendo a Kelsen, vemos que en esta primera postura esboza ya las ideas que posteriormente formarán lo que él llama "su criterio" de distinción entre derecho público y privado, al hacer la crítica de la teoría del mayor valor del derecho público; esas ideas son las siguientes:

"La manifestación unilateral de una voluntad-mandato autoritario es únicamente, lo mismo que el negocio jurídico constituido por la manifestación bilateral de voluntades, una condición establecida por la norma jurídica general; en este sentido, ambos hechos constituyen negocios jurídicos-manifestaciones de voluntad hechas con el fin de producir determinados efectos jurídicos, y que se hallan establecidas por el derecho como condiciones de dichos efectos—; en ambos casos, el fundamento de la validez del deber jurídico es la norma ju-

rídica general; y si bien el hecho del mandato se imputa al Estado, su fundamento último es la constitución. Y esto es así porque la imputación a la unidad del sistema se verifica por reducción de la validez a la norma fundamental o constitución en sentido lógico-jurídico, que hace posible la unidad... en un caso y en otro, la manifestación de voluntad constituye una continuación del proceso de formación de voluntad estatal, es decir, del contenido del orden jurídico, una concreción de las normas generales y abstractas en normas individuales y concretas. 198

Agrega : "El hecho jurídico público del mandato autoritario, como el hecho del negocio jurídico privado, es, frente a los hombres cuyos deberes reciben su contenido merced a esos hechos, una norma, una norma de derecho, aun cuando de grado inferior. Y el acto de coacción no está "tras" la orden de la pública autoridad de modo distinto que tras el negocio jurídico privado". 199

En realidad, todo derecho procesal es derecho público y, por lo mismo, al transgredirse una norma individualizada y ponerse en movimiento el órgano jurisdiccional, estamos en presencia del derecho público, por intervenir en la relación un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; pero aquí no se trata de hablar de derecho procesal sino de derecho civil y de derecho administrativo, por lo que consideramos que no es válida la objeción de Kelsen.

Luego agrega Kelsen: "Sin duda, es de gran importancia la distinción de los hechos condicionantes del deber jurídico en acontecimientos y manifestaciones-positivas o negativas-de la voluntad humana (acciones, omisiones), y la división de las últimas en aquellas en que la manifestación de voluntad de los hombres que se o-

bligan constituye por sí misma el hecho condicionante, y aquellas otras en que no es así y, por tanto, la condición de la obligación está constituida por una voluntad extraña al obligado, dirigida a provocar cierta conducta de éste. Pero así como en esas distinciones no se manifiesta una diferencia en el valor jurídico de esos hechos, ni siquiera de las personas a las que aquéllos se imputan, tampoco coincide esa distinción, que ya juega un papel relevante en la teoría del mayor valor del derecho público—ni aun aproximativamente—con aquellos límites convencionales que distinguen una zona privada y una zona pública dentro del dominio del derecho o de las relaciones jurídicas, pues el llamado derecho privado ofrece abundantes muestras de negocios jurídicos obligatorios por decisión unilateral, mientras que, a su vez, el derecho público nos presenta casos de actos realizados por las autoridades que no nacen con el efecto de obligar jurídicamente al súbdito, sino en virtud del asentimiento del obligado..".200

Concluye Kelsen diciendo que el supuesto ineludible para articular consecuentemente estos distintos hechos, es la emancipación de la sistemática del derecho privado y del derecho público en que actualmente nos movemos.201

Es cierto lo que dice Kelsen en relación con el criterio formal autonomía-heteronomía, pero el hecho de que dicho criterio sea insuficiente para clasificar todas las normas del derecho positivo no quiere decir que haya que "emanciparse" de la sistemática del derecho privado y del derecho público. La clave del problema consiste en contemplar el fenómeno jurídico en sus dos aspectos: formal y material, ya que si bien es cierto que el orden jurídico no presenta diferencias esenciales, también lo es que presenta una variedad funcional, con dos grandes principios informadores: comunidad y per-

sonalidad(hablando con la terminología de Luño Peña).202

Dicho de otra manera, podemos decir que una norma individual emanada de un contrato-ejemplo de derecho privado-presenta diferencias respecto a una norma individual emanada de la aplicación de una ley impositiva a un caso concreto-ejemplo de derecho público-, pues la primera ve por los intereses privados y la otra por los intereses de la comunidad. Adelantando algunas de nuestras ideas, diremos que la norma en el primer caso regula la relación entre particulares desde el punto de vista de la justicia conmutativa, y en el segundo caso, regula una relación entre la autoridad y el súbdito, desde el punto de vista de la justicia distributiva y la justicia general.

Esto no quiere decir que en las relaciones privadas esté ausente la justicia general; simplemente queremos decir que no está presente en una forma directa.

Volviendo a Kelsen, se dió cuenta de que algo andaba mal en sus conclusiones y trató de encontrar una solución, la cual aparece en su segunda postura.

2.- Exposición de la segunda postura de Kelsen:

En esta segunda postura, Kelsen ya no combate "la odiada distinción" del derecho en público y privado, sino que hasta se anima y da "su criterio" de diferenciación, sosteniendo que la diferencia está en la FORMA de producir la relación jurídica, en el método por el cual se crea el deber individual, paralelamente al derecho del sujeto considerado como superior o igual al sujeto del deber.203

Para Kelsen, pues, la diferencia radica en el "modo" de creación de la norma secundaria; en el caso de una norma contractualmente creada, si uno de los contratantes deja de cumplir su obligación y el otro ejercita una acción contra el primero, el tribunal debe sancio-

nar al demandado; en el caso de que una autoridad fiscal determine un impuesto a cargo de un súbdito y éste no cumpla con esa obligación, deben aplicarse las sanciones que la misma ley establece.²⁰⁴

Naturalmente, Kelsen tiene que reconocer que "su criterio" no sirve para distinguir la totalidad de las normas, ya que en el derecho público tradicionalmente se incluyen normas que permiten relaciones jurídicas concretas creadas por contrato; también en el llamado derecho privado hay normas que crean deberes jurídicos contra la voluntad de las personas obligadas.²⁰⁵

Hablando de esto último, de las relaciones jurídicas concretas creadas por contrato y que se incluyen tradicionalmente en el derecho público, ya vimos que el criterio autonomía-heteronomía no sirve para ubicarlas en tal campo.²⁰⁶ Nosotros trataremos de resolverlo con un criterio que no desecha el criterio formal que adopta Kelsen y otros grandes juristas, sino que lo tiene a su servicio, así como a otros criterios formales; nos referimos al criterio del fin del derecho: la justicia.

El contrato entre dos personas de derecho público es especial, ya que cuando el objeto del contrato se relaciona directamente con sus funciones públicas está más conectado con el bien común y, por lo mismo, la justicia general regula dicha relación, ya que este tipo de justicia exige que todos y cada uno de los miembros de la comunidad ordenen adecuadamente su conducta al bien común, y rige los deberes de los gobernantes, pues también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común, siendo el titular del derecho, el sujeto activo en las relaciones que rige la justicia general o legal, la comunidad como persona jurídica colectiva, y el sujeto pasivo u obligado es el individuo, ya se le considere en su carácter de ciudadano o de gobernante.²⁰⁷

Es cierto que por tratarse de un convenio está también regulado por la llamada justicia conmutativa, que exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación, y que tradicionalmente se sostiene que la justicia conmutativa regula las relaciones de derecho privado, pero, en este caso, el contrato se contempla desde un punto de vista ²⁰⁸ complejo, pues es regulado directamente tanto por la justicia general o legal, como por la justicia particular conmutativa y, por eso, no cabe incluirlo en el campo del derecho privado, debiendo incluirse en el campo del derecho público por estar presente en una forma inmediata-la justicia general.

En casi todas las definiciones de justicia se alude al reconocimiento de "lo suyo"; y como propiamente "lo suyo" de las personas de derecho público (exceptuando los entes públicos de economía mixta) es de la comunidad, pues son representantes de la misma y sus bienes, en cierto modo, son patrimonio de la comunidad. Así, un acto que afecte a la persona de derecho público en cierto modo interesa a todos; por ejemplo, dos personas de derecho público celebran un contrato para construir un camino y, la obligada materialmente a construirlo no lo hace correctamente, apropiándose parte de los fondos entregados por la otra. Ese acto viola no solo la justicia conmutativa sino también la justicia general en una forma directa, ya que la comunidad por medio de impuestos o derechos contribuyó a formar dichos fondos y se perjudica a todos esos contribuyentes; por lo mismo, se ofende a toda la comunidad, que aspira a tener rectos gobernantes. Si el gobierno tiene patrimonio lo tiene para beneficio de toda la comunidad y, por lo mismo, no puede considerarse-hablando con precisión- "privada" una relación que en cierta manera afecta a todos.

Es cierto que se hace legalmente una división de los bienes de la nación en: bienes propios del Estado, bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público, etc., pero en realidad son pa-

trimonio de toda la comunidad a los que convencionalmente se les denomina así y se les sujeta a determinadas reglamentaciones.

Hemos hablado del contrato entre dos personas de derecho público en ejercicio de sus funciones o en relación con ellas; ahora veamos el convenio entre una persona de derecho público y un particular, cuando el objeto del mismo se relaciona con las funciones públicas de la persona de derecho público en una forma inmediata; por ejemplo: el Departamento del Distrito Federal celebra un contrato de compraventa con un particular para adquirir una porción de terreno necesaria para la apertura de una avenida. Por una parte tenemos al particular con su interés propio y al que solo le interesa que se le pague el justo precio, justicia conmutativa; y por la otra tenemos a la persona de derecho público, que necesita adquirir la porción de terreno para dedicarla a vía pública.

En este caso vemos el interés de toda la comunidad, ya que interesa a todos el que la ciudad cuente con buenos y suficientes medios de comunicación; precisamente es este interés general el que impide que el particular pueda negarse a la venta de la porción de terreno necesaria para la avenida, pues en caso de negarse, la persona de derecho público dispone de otros medios para lograr sus fines. Así, es evidente que predomina la justicia general en la relación y, aunque tenga toda la forma de un convenio privado no hay en realidad autonomía de la voluntad, sino que se impone el interés general, de un modo u otro.

Por otra parte, es obvio que cuando las personas de derecho público ejercitan la autoridad al entrar en relación con los particulares, la relación es de derecho público, ya que la justicia que regula la relación es la justicia distributiva, que implica la presencia de la justicia general como se verá más adelante.

Aunque no concordamos en otros aspectos con Jacques Maritain,

si concordamos en cuanto lo que entiende por autoridad:

"Llamamos autoridad-nos dice Maritain-al derecho de dirigir y de mandar, de ser escuchado u obedecido por otro; y poder, a la fuerza de la cual se dispone y con ayuda de la cual se puede constreñir a otro a escuchar o a obedecer. El justo, privado de todo poder y condenado a la cicutu, no disminuye sino que él crece en autoridad moral. El gangster o el tirano ejerce un poder sin autoridad.... Esta distinción entre auctoritas y potestas no debe ser llevada hasta una separación sistemática como lo quisieran algunos autores alemanes... Toda autoridad, desde que élla toca a la vida social, demanda completarse (bajo un modo cualquiera que no es necesariamente jurídico) de un poder, sin que élla arriesgue ser vana e ineficaz entre los hombres. Todo poder que no es la expresión de una autoridad es inicuo". 209

Por supuesto que estamos hablando de autoridades jurídicas y Maritain habla de todo tipo de autoridades; por ello, toda autoridad, en el sentido en que hablamos nosotros, por naturaleza demanda completarse de un poder de carácter jurídico. Si no hay derecho de dirigir y de mandar, no hay autoridad. La autoridad jurídica corresponde a los órganos del Estado y demanda el poder jurídico como complemento necesario.

Más sencillo es el caso del convenio por el cual una persona de derecho público contrata con un particular sin que el objeto del mismo se relacione con las funciones públicas de dicha persona de derecho público. En este caso la justicia que prevalece en la relación es la justicia conmutativa y, naturalmente, la relación es de derecho privado, aunque sin olvidar que las personas de derecho público llevan siempre un tinte público y que no quedan nunca en igual situación que los particulares.

Muy distinto es el caso del contrato entre dos personas de derecho público cuando tiene por objeto un asunto que pertenece a su misión oficial. Nosotros sostenemos que la relación es de derecho público, y el Tribunal Federal suizo se inclina en el mismo sentido al considerar dentro del derecho público a las convenciones celebradas entre dos corporaciones o establecimientos de derecho público cuando tiene por objeto un asunto que pertenece a su misión oficial, como en el caso de una convención entre dos comunas para la construcción de un camino. 210

Hemos visto los casos en que las personas de derecho público intervienen en relaciones reguladas por la justicia conmutativa; el único problema difícil de resolver es el del convenio entre una persona de derecho público y un particular, cuando el objeto del convenio se relaciona con las funciones públicas de dicha persona de derecho público; nosotros consideramos que, en esas ocasiones, el criterio privatista de la autonomía de la voluntad está muy menguado por el imperioso interés colectivo; la justicia general que regula lo debido a la colectividad prevalece en la relación pues al particular no le queda otra alternativa que celebrar el convenio pues, en caso contrario, la persona de derecho público puede obtener del particular, en una forma imperativa lo que no obtuvo por la vía dispositiva.

Por otra parte, cuando las personas de derecho público intervienen en relaciones reguladas por la justicia particular distributiva y por la justicia general, la relación será siempre de derecho público. Tal es el caso de las relaciones surgidas con motivo de los impuestos.

Creemos que el criterio que sustentamos es más completo que el propuesto por Kelsen, pues el de éste, basado en la distinción autonomía y heteronomía, no sirve para distinguir la totalidad del derecho, en tanto que el nuestro, sí; pero no dejamos de reconocer el mérito de este ilustre maestro positivista al intentar encontrar la solución a tan intrincado problema, aunque en nuestra opinión se haya equivocado.

Con el criterio de Kelsen, por ejemplo, no puede incluirse dentro del campo del derecho privado el ejemplo que el mismo expone de mandato unilateral, cuando dice: "así por ejemplo, el obrero está jurídicamente obligado a rendir el trabajo que le exige el patrono, dentro del marco del contrato individual o colectivo"²¹¹

En cambio, con nuestro criterio si es posible clasificarlo dentro del campo del derecho privado en los países donde el Estado no interviene dentro de la relación de trabajo en una forma preponderante, y dentro del derecho público en países como el nuestro, en los cuales el Estado le ha dado una jerarquía que no tenía dicha relación, al intervenir directamente en muchos aspectos del derecho laboral, dándole inclusive rango constitucional.

En este caso del obrero y el patrón, se ve por la justicia conmutativa, se presta un servicio a cambio de un salario dentro del campo del derecho privado; pero si el Estado interviene como tercero interesado aplicando tanto la justicia distributiva-los particulares, tanto trabajadores como patronos, tienen derecho a que se les asignen obligaciones y cargas proporcionales a su situación concreta- como la justicia general-la comunidad tiene derecho de exigir a cada uno de los particulares su aportación proporcional al bien común-, entonces pasa la relación de trabajo al campo del derecho público, el cual se caracteriza, para nosotros, por la presencia de la justicia general en la relación.

Se me objetará diciendo que todo derecho se ordena al bien común y que, por lo mismo, la justicia que lo contempla es la justicia general. Es cierto, en cierto modo es así, por ejemplo: en países como el nuestro, el poder legislativo o mejor, la autoridad, formula leyes de acuerdo con la técnica legislativa, establece un ordenamiento jurídico positivo; este ordenamiento es imprescindible para obtener el bien común. Así, como las leyes ordenan al bien común, su justicia es la general o legal y, por ello, conforme a nuestro pensamiento, toda ley, toda disposición de carácter general (legislativa), entra en el campo del derecho público. Así, el derecho civil, el derecho mercantil, en cuanto normas generales y abstractas, son derecho público.

Sin embargo, la justicia general no es la única justicia pues, como dice Santo Tomás, además de la justicia legal, que ordena al hombre inmediatamente al bien común, debe haber otras virtudes que inmediatamente ordenen al hombre en torno de los bienes particulares... una justicia particular que ordene al hombre acerca de las cosas que se refieren a otra persona singular. ²¹² La justicia legal ordena suficientemente al hombre en las relaciones a otro: en cuanto al bien común, inmediatamente, y en cuanto al bien de una sola persona singular, mediatamente. Por eso conviene que haya una justicia particular que ordene inmediatamente al hombre respecto del bien de otra persona particular. ²¹³

Ahora bien, como la justicia es el fin del derecho (el bien común comprende a la justicia, ya que ésta, en cuanto se traduce en un orden ético, instituido en una sociedad determinada, constituye un bien común) si fuese que habría tantos tipos de derecho como tipos de justicia hay y así, aunque hayamos aceptado que las normas generales en su totalidad son de derecho público, hay también normas individualizadas, por eso dice Santo Tomás: "Toda parte puede ser consi-

derada en un doble aspecto: uno, en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes".²¹⁴

La justicia distributiva y la conmutativa no solamente se distinguen según lo uno y lo múltiple, sino según la diversa razón del débito; pues de un modo se debe a alguien lo que es común, y de otro modo lo que le es propio.²¹⁵

Así se resuelve fácilmente el problema: las normas generales son siempre de derecho público; las normas individualizadas en que entra el Estado en relación con los particulares, cuando entra imperando el primero o en ejercicio de sus funciones (o en relación con ellas) serán siempre de derecho público (estando siempre presente en dichas relaciones la justicia general o legal en una forma inmediata, ya que, para nosotros, una norma individualizada es de derecho público cuando la regula la justicia general en forma inmediata); en cambio, cuando el Estado entra en relación con los particulares sin ejercitar la autoridad y sin que el objeto del convenio se relacione con las funciones públicas del mismo, entonces la justicia que prevalece en la regulación de la relación es la justicia particular conmutativa y, por lo mismo, podemos decir que en cierto modo la relación es de derecho privado.

Cuando intervienen únicamente particulares en la relación, siempre será ésta de derecho privado, pues no está presente sino mediatamente la justicia general, siendo regulada la relación, en una forma directa, por la justicia particular conmutativa.

También nos dice Kelsen que, por otra parte, se consideran de derecho público ciertas normas jurídicas que no crean relaciones cuyas partes puedan ser consideradas como iguales ni como inferiores o superiores. Añade que las normas del derecho penal pertenecen a ese grupo; y que la razón por la cual el derecho penal es clasificado como público, no puede ser la misma por la que el administrativo se clasifica de ese modo. "Esta diferencia-dice-entre derecho penal, como rama del público, y derecho privado, no aparece en las normas del derecho substantivo, sino en las del adjetivo. El penal difiere del privado en la materia de las normas del procedimiento: en el campo del derecho privado es al particular a quien corresponde poner en movimiento el procedimiento que conduce a la sanción, mientras que en el derecho penal, esa función, corresponde a un órgano especial". 217

Para nosotros esa no es la diferencia, pues si bien es cierto que el procedimiento penal se inicia generalmente de oficio (por el representante de la comunidad), hay delitos que sólo son perseguibles a petición del ofendido o de sus legítimos representantes y que son llamados delitos privados o de querrela necesaria; y la razón por la cual se mantienen en las legislaciones estos delitos, se basa en la consideración de que en ocasiones, la persecución oficiosa acarrea a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente. 218

Además, en nuestra opinión, al cometerse un delito, se ofende a la colectividad, pues el interés general exige la seguridad de los miembros de la comunidad y, por ésto, el representante de la comunidad es quien ejercita la acción penal; sin embargo, en ocasiones, es muy grave el daño que se sigue al particular-al ofendido-en caso de seguirse ese procedimiento; entonces, el interés general pasa de la exi-

gencia de que todo delito sea castigado, a la protección de la fama del ofendido.

Además, es indebido trasladar el problema de la determinación del carácter público del derecho penal al campo del derecho procesal pues, como quiera que sea, todo derecho procesal, llámese civil, mercantil, penal, laboral, administrativo, etc., es derecho público pues siempre, además del interés privado de los litigantes, está presente el interés colectivo, en el sentido de que las controversias se resuelvan pacíficamente y de conformidad con la ley; dicho de otro modo, interviene el tribunal, como órgano del Estado, cumpliendo, dentro del proceso, deberes de índole pública, y ejercitando facultades y poderes de la misma índole.²¹⁹

Así pues, si creemos que el derecho procesal determina el carácter público o privado del correspondiente derecho material, habría que concluir que el derecho civil y el derecho mercantil son derecho público porque sus respectivos derechos procesales lo son; o bien, concluir que el derecho penal no difiere del privado en la materia de algunas normas del procedimiento, ya que hay normas, dentro del derecho procesal penal que, al igual que en el campo del derecho procesal civil o mercantil, establecen que a quien corresponde poner en movimiento el procedimiento que conduce a la sanción es al particular.

Sin embargo, hay una diferencia enorme entre una violación y un incumplimiento de contrato de arrendamiento, por ejemplo. La ofensa al particular y a la sociedad en un caso y en otro, no se pueden comparar.

Todo derecho procesal es derecho público. Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga afirman que dada la noción de proceso, el derecho procesal no puede por menos de considerarse como una rama del de-

recho público. El fin del proceso es eminentemente público. El interés de las partes facilita el impulso que el Estado articula para conseguir, en cada caso, la realización del derecho objetivo que constituye, en último término, el fin del proceso. 220

Eduardo Pallares denomina a todas las ramas del derecho procesal con el término "derecho procesal objetivo", y nos dice que es una de las ramas del derecho público con íntimas relaciones con la constitución política, y que, aunque mediante él se tutelan INTERESES PRIVADOS, sin embargo, ES DERECHO PUBLICO porque determina la manera cómo un órgano del Estado, el Poder Judicial, ha de funcionar al administrar justicia, y porque EL FIN que tiende a realizar es un fin que INTERESA EN GRADO EXTREMO A LA SOCIEDAD y al propio Estado; se trata de obtener la paz social mediante la JUSTA composición de los litigios que surgen entre particulares. 221

Hemos de disentir, sin embargo, de este ilustre maestro, pues lo dicho no puede aplicarse al derecho procesal administrativo y a otras ramas, en las cuales no interviene el Poder Judicial.

Rocco también considera a todo derecho procesal como rama del derecho público. 222

Por otra parte, sólo algunos civilistas como Planiol, se inclinan a considerar al derecho procesal civil como capítulo destacado del derecho civil, es decir, como derecho privado. 223

Para encuadrar al derecho penal dentro del campo del derecho público basta con tener en cuenta que la misión de la autoridad consiste, PRIMORDIALMENTE, en dirigir a la sociedad a su fin: la consecución del bien común y la conservación del orden social. 224

El deber primario de los gobernantes es la TUTELA y DEFENSA de los derechos de los ciudadanos. El deber secundario se refiere a la cooperación y asistencia, procurando en todo momento armonizar el INTERES COLECTIVO CON EL BIEN INDIVIDUAL en el régimen de la sociedad.

Gerentes del bien común, los gobernantes deben, en primer lugar, proteger y garantizar los derechos de los individuos y de las colectividades; porque la violación de estos derechos tiene una repercusión profunda y nefasta en el bien común; mientras que el respeto de los derechos de cada uno favorece el desenvolvimiento del bien de todos".²²⁵

Vimos que el derecho penal determina los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes, y las medidas de seguridad que él mismo establece para la prevención de la criminalidad.²²⁶ Con base en esto podemos distinguirlo del derecho privado pues en el derecho penal las relaciones que se originan afectan en forma sensible a la colectividad; mientras que en el derecho privado, ocurre lo contrario, es decir, las relaciones que surgen dentro del mismo no afectan en forma sensible a los intereses generales. No es lo mismo el interés que tiene la comunidad ante una relación jurídica que nace al celebrarse un contrato de compraventa entre Juan y Pedro, teniendo por objeto algo que no afecta a nadie sino a ellos—por ejemplo, un florero de ornato—, que el interés que tiene (la comunidad) frente a un homicidio.

Además, el derecho privado es amplísimo, el derecho penal no, y los principios que los rigen son diferentes; por ejemplo, en el derecho privado cabe la analogía, en el derecho penal no.

Más adelante distinguiremos entre normas generales y normas individualizadas; de este modo veremos con claridad las diferencias entre el derecho penal y el derecho privado, aunque ahora vamos a adelantar algunas ideas para aclarar esta confusión que uno no se explica en un maestro.

Para nosotros, el fin del derecho penal es la justicia general o la

gal pues el sujeto activo en las relaciones que rige éste tipo de justicia es siempre la comunidad como persona jurídica colectiva, y el sujeto pasivo u obligado es el individuo, ya se le considere en su calidad de ciudadano o de gobernante.²²⁷

También, es cierto, en la comisión de un delito, se causa un daño a una o a varias personas particulares; y esto implica la aplicación de la justicia conmutativa en la medida de lo posible.

La norma general de derecho penal y la norma general de derecho procesal son de derecho público y su justicia es la general o legal. Es en el juicio en donde se aplica la justicia conmutativa y la distributiva pues, como dice Santo Tomás, "el juicio puede ser considerado bajo un doble aspecto: Primero, en cuanto a la cosa juzgada, y entonces el juicio se refiere indiferentemente a la justicia conmutativa y a la distributiva, porque puede determinarse por un juicio tanto la manera de distribuir algo común entre muchos como el modo de que un individuo restituya a otro lo que de él recibió. Segundo, respecto a la forma del juicio, o sea en cuanto al juez, aun en la misma justicia conmutativa, quita a uno algo y da a otro, y esto pertenece a la justicia distributiva".²²⁸

Está claro pues que en las normas generales, tanto de derecho penal como procesal penal, se ve por la justicia general; y en la aplicación del derecho procesal al caso concreto-cualquier tipo de derecho procesal-se ve tanto por la justicia general como por la justicia particular en sus dos aspectos, tanto conmutativa como distributiva.

Así, podemos diferenciar claramente ambos tipos de derecho; también podemos distinguirlos de las normas individualizadas de derecho privado, que ven más bien por la justicia particular conmutativa.

Ahora veremos la posición del ilustre maestro Gustavo Lambertio Radbruch.

IV. EXPOSICION Y CRITICA DE LA TESIS DE GUSTAVO L. RADBRUCH.

Este brillante jurista contemporaneo (1878-1949) tiene de común con Hans Kelsen el ser neokantiano, si bien pertenecen a distintas escuelas, ya que Kelsen es considerado como el fundador de la escuela vienesa-compuesta de sus discípulos y colaboradores inmediatos en la Universidad de Viena, a la cual pertenecen Merkl, Verdross, Sander, Henrich, Kaufmann, Schreier, etc.²²⁹ Por su parte, Gustavo Radbruch pertenece a la llamada escuela suroccidental alemana, a la que pertenecen Rickert, Windelband y Lask, que es una de las que elevó al primer plano de la labor filosófica el problema de los valores, y el establecimiento de una lógica y gnoseología especial para las ciencias de la cultura.²³⁰

Al igual que Kelsen, Radbruch sufrió cambios en sus concepciones, pero con una profundidad mayor ya que el desenvolvimiento de la filosofía existencialista y el renacimiento de la teología en la vida intelectual alemana hicieron que Radbruch, en los últimos años de su vida, abandonara la tesis del dualismo metodológico en el campo del derecho, determinado por la separación entre el ser y el deber ser. También abandonó su irracionalismo lógico a favor de la aceptación de los valores en términos de una fe profunda, tanto, que pensó muy en serio en abandonar la confesión luterana, dentro de la cual fué educado, y abrazar la fe católica.²³¹

Su pensamiento, aunque imperfecto en cuanto a la noción de los valores, supera al de Hans Kelsen en cuanto a lo que entendía acerca del derecho, pues si bien considera que es una forma, un concepto informante perteneciente a las categorías, afirma que su fin, el fin del derecho es la justicia, aunque la ve como perteneciente a otro mundo.²³²

Fiel al pensamiento kantiano afirma Radbruch que la

distinción entre el derecho público y el derecho privado es de carácter a priori y agrega: " Sin que ello quiera decir, sin embargo, que la conciencia de esta distinción existiera en todos los tiempos. La Edad Media no la conocía, como no sabía tampoco que en todo orden jurídico tienen necesariamente que coexistir el Derecho público y el privado; un Estado radicalmente socialista no conocería apenas más que el Derecho público y, a la inversa, en una sociedad anárquica sólo existiría el Derecho privado. Y tampoco significa este apriorismo a que nos referimos que las fronteras entre el Derecho público y el privado hayan sido siempre las mismas, ni que sea posible deslindar nítidamente entre ambos campos. El carácter a priori que señalamos quiere decir, simplemente esto: que toda norma jurídica puede lógicamente ser situada en uno de aquellos dos campos" 233

Estamos de acuerdo con él en que toda norma jurídica puede lógicamente ser colocada en uno de los dos campos, ya en el del derecho privado, ya en el del derecho público. También estamos de acuerdo en que un Estado que intervenga en la mayoría de las relaciones de la vida jurídica no permitiría un amplio campo al derecho privado, a la inversa de lo que ocurriría en un Estado de corte liberal.

También concordamos con este gran autor en que las fronteras entre el derecho público y el privado han variado con el transcurso del tiempo, pero disentimos en cuanto consideramos que no es posible deslindar nítidamente ambos campos, pues creemos que si es posible, de acuerdo con el criterio que sustentamos.

En realidad Radbruch estuvo acertadísimo y cerca de la solución cuando afirmó : "Si consideramos el Derecho privado como el Derecho entre personas equiparadas y el Derecho público como el que rige entre personas supraordinadas y subordinadas, tendremos que la justicia conmutativa es la justicia propia del Derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público. La equiparación jurídica propia del Derecho privado es el resultado de un acto de justicia distributiva, pues para que la justicia conmutativa pueda llegar a aplicarse es necesario que se les reconozca capacidad jurídica igual a las personas interesadas en ella. Por donde la justicia distributiva, el *suum cuique*, es la forma primaria, y la justicia conmutativa una forma derivada de la justicia?"²³⁴

Para nosotros la justicia propiamente dicha, la justicia social, se divide en general o legal y particular, y esta última se subdivide a su vez, en distributiva y conmutativa; pero no pretendemos hacer una crítica a Radbruch sobre esta cuestión, baste señalar que no ignoraba que la justicia estaba íntimamente vinculada a la diferenciación del derecho en público y privado, pero como no había superado el dualismo del ser y del deber ser, no pudo encontrar la solución correcta.

Así se explica su conformidad, la cual se transluce en esta escéptica afirmación cuando contesta a la pregunta:

"..... que es derecho público y que es derecho privado?"

Contentémonos con la siguiente afirmación: si hay un deber que tiene su fundamento en el mandato de otra persona, pertenece regularmente al Derecho público; mientras que los deberes jurídico-privados surgen por autosuminión del obligado: pagar impuestos y prestar servicios como concejal o jurado es algo que se tiene que hacer, quíerese o no ; pagar las cosas compradas o ejecutar

Los trabajos que se han pactado es algo que tiene que hacerse, sú-
lamente por que al efectuar un contrato de compraventa o de tra-
bajo, se han aceptado sus consecuencias. El vínculo jurídico entre
personas que se hallan en una relación de supraordinación o subor-
dinación, o dicho más brevemente, las relaciones jurídicas entre go-
bernante y súbdito, son objeto del derecho público. El derecho priva-
do no tiene que ver más que con relaciones jurídicas entre personas
jurídicamente equiparadas. De lo cual se desprende que no todas las
relaciones entre el individuo y el Estado son de derecho público,
pues el Estado puede entrar en una relación jurídica no como sobera-
no, sino también como "Fisco" (así llama Radbruch al Estado en este
tipo de relaciones), en un plano de igualdad o equiparación con la
otra parte. Cuando el Estado, sin preguntarnos nada previamente, nos
impone el deber de alojamiento, se apoya en el derecho público; quan-
do aloja a sus funcionarios en la vivienda que le hemos alquilado
a él, se funda en el derecho privado" 235

Ya explicamos, al rebatir a Kelsen, que no es posible basar
en este criterio la diferenciación entre derecho público y dere-
cho privado ya que, como el mismo Kelsen lo reconoce, en el dere-
cho público tradicionalmente se incluyen normas que permiten rela-
ciones jurídicas creadas por contrato; y, también en el llamado dere-
cho privado, encontramos normas que crean deberes jurídicos contra
la voluntad de las personas obligadas. 236

"Por otra parte—añade Kelsen— se considera que pertenecen al
derecho público ciertas normas jurídicas que no crean relaciones cu-
yas partes puedan ser consideradas como iguales ni como inferiores
o superiores. Las normas del derecho penal, particularmente, pertenecen
a este grupo". 237

Ya vimos, al hablar de Kelsen, como se equivocó ese gran jurista al tratar, desesperadamente, de encontrar un criterio que le permitiera ubicar al derecho penal dentro del campo del derecho público; vimos como adoptó un criterio de diferenciación insuficiente y, por lo mismo, no idóneo para distinguir con claridad el derecho público del derecho privado. Radbruch adoptó el mismo criterio, por eso, creará que hay un nuevo tipo de derecho y, así, afirma: Si queremos traducir al lenguaje jurídico la enorme revolución que estamos presenciando en los hechos y en las ideas, diríamos que la tendencia hacia un "derecho social" va socavando cada vez más, la rígida separación entre derecho privado y derecho público, entre derecho civil y derecho administrativo, entre contrato y ley; ambos tipos de derecho penetran uno en otro reciprocamente, dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos que no pueden ser atribuidos ni al derecho público ni al privado, sino que representan un derecho **ENTERAMENTE NUEVO**, de un tercer tipo, a saber: el derecho económico y el derecho obrero.²³⁸

En realidad, el derecho es un instrumento cuyo fin propio es la justicia, por esto, hay tantos tipos de derecho como tipos de justicia haya; si hay un nuevo tipo de justicia, habrá que concluir que hay un "nuevo derecho", en caso contrario, solo podremos afirmar que ha variado la regulación de las relaciones jurídicas concretas, es decir, que uno de los tipos de justicia ha concurrido a regular, conjuntamente con los otros tipos, o con otro, la relación o las relaciones jurídicas concretas.

Kleinhampl, Gandía y Gómez Hoyos, consideran que además de la justicia general o legal, hay tres especies-no dos-de justicia particular: la distributiva, la conmutativa y la social.²³⁹

Para ellos, la justicia social tiene por objeto propio, la repartición equitativa de la riqueza superflua. En la relación que

rise, el sujeto pasivo son los poseedores de esa riqueza; el sujeto activo, los indigentes; el objeto material, las cosas superfluas; y el objeto formal, el derecho de los indigentes. 240 Kleinbappi nos dice: "La característica esencial de la sociedad actual, la constituye el hecho de estar ésta dividida en dos grupos principales, de los cuales uno dispone de las condiciones del trabajo (tierra, productos, herramientas); el otro nada puede tener como propio, si no son las fuerzas corporales y espirituales para trabajar. La justicia social tendrá, por tanto, que esforzarse en superar la separación del trabajo y de la propiedad, y unir de nuevo a ambos en una unión factible, en un solo poder. En otras palabras, tratar de proporcionar a los trabajadores las necesarias condiciones de trabajo". 241

Es cierto que la concepción liberal individualista desgarró el reino de la justicia con una desigualdad que alcanzó un grado terrible en el terreno del reparto de la riqueza, pero lo que se necesita no es suponer necesario un nuevo tipo de justicia, sino, precisamente, restaurar su imperio, por medio de la intervención de la justicia distributiva y de la justicia general, como reguladoras de situaciones en las que imperaba la injusticia, ocupando el puesto de la justicia conmutativa; y no aceptamos que pueda haber pugna entre "derechos", por ejemplo, entre el derecho civil y el derecho laboral; sólo puede haber pugna entre una regla injusta—que no puede ser derecho—y el derecho propiamente tal.

Vermeersch nos dice: "La justicia propiamente dicha es una virtud que da a cada cual su derecho—lo que le es debido—. Luego habrá tantas especies de justicia propiamente dicha, cuantas son las especies de derechos que se deben a otro. Ahora bien, hay tres especies de Derecho: el que deben los miembros a la comunidad, el que debe la comunidad a los miembros y el que se deben las personas privadas unas a otras. Luego (esto es muy importante) sólo hay tres virtudes dis-

tintas, que constituyen tres especies de justicia propiamente dicha. Estas tres especies son la justicia legal, la distributiva y la conmutativa. Por fin, estas tres especies son últimas, es decir, no admiten otra subdivisión. Porque no hay más personas que los individuos y la comunidad, ni cabe discutir otro cuarto orden de relación entre las personas, consideradas simplemente bajo el concepto de tales".²⁴²

El maestro Rafael Preciado Hernández nos dice: Nuestra opinión coincide con el punto de vista de Vermeersch, tanto por las razones estrictamente filosóficas que él da, como por las siguientes consideraciones: si bien es cierto que uno de los males más graves de nuestro tiempo se debe a la injusta distribución de la riqueza, esto no implica que para resolver los problemas que plantea, haya necesidad de buscar un nuevo criterio racional; sobre todo si se reconoce, como debe reconocerse juzgando de las cosas imparcialmente, que la situación creada es resultado de la concepción injusta, que sobre la naturaleza y función de la autoridad, proclamó el liberalismo individualista y de que se aprovechó, noniéndola en práctica, el capitalismo; por lo que basta restaurar el imperio de las tres especies de justicia en la sociedad y con ellas el verdadero principio de autoridad tanto en el orden nacional como en el internacional, para que el mal de la injusta distribución de la riqueza desaparezca. Además, no es exacto que las tres especies clásicas de justicia sólo se refieran a relaciones de subordinación y coordinación, pues la justicia general ordena toda la actividad social al bien común, regulando así las relaciones de integración del ser social, comprendiendo no sólo los actos de las personas individuales, sino también la actividad de las distintas formas de asociación intermedia entre el individuo y la comunidad, sociedades inter-

medias que son también partes-como los hombres agrupados en ellas-con relación al todo constituido por la sociedad perfecta. Esto pone de manifiesto que las relaciones entre las distintas sociedades intermedias, si estas corresponden a un mismo plano-digamos relaciones entre familias, relaciones entre municipios, relaciones entre asociaciones profesionales o de trabajo-, son ESENCIALMENTE relaciones de coordinación, relaciones entre partes; como son relaciones de coordinación, asimismo, las que existen entre los Estados, a los que con toda razón se les llama, porque lo son, los sujetos (algo así como las personas individuales) del orden internacional. ¿Que las clases sociales no son sociedades intermedias? Exacto. Precisamente por eso no tienen personalidad ni derechos. Entiéndase bien, no tienen derechos en su calidad de clases. Pero si tienen derechos las personas que pertenecen a la clase obrera, ya individualmente consideradas, o bien formando parte de las asociaciones de trabajo-de los sindicatos-cuya constitución y funcionamiento responden precisamente a la necesidad de tutela y protección de los derechos de los obreros. De otro modo, ¿cómo podría reclamar sus derechos una clase social, que por su naturaleza misma es amorfa-carece de forma jurídica-y acéfala, puesto que no tiene jefes ni representantes? ¿Y cómo podrían determinarse en la práctica los bienes superfluos y reclamarse por una clase a otra? ".243

Así pues, no se puede hablar de justicia social como una nueva especie de justicia, sino tomándola como término sinónimo de la justicia general o legal, o más bien, como la noción genérica de la justicia referida a lo social-y que comprende las tres especies clásicas-, distinguiéndola de la justicia metafórica, que nosotros preferimos llamar justicia individual. En este sentido,

la justicia social no es un ideal exclusivo de la clase obrera, sino que es el principio de armonía y equilibrio racional que debe imperar en la sociedad perfecta, en el Estado y en el orden internacional. 244

Esto es contundente contra Radbruch, no hay un nuevo derecho social, pues de lo contrario tendríamos que hablar de un nuevo tipo de justicia, pero el fin del llamado derecho social es la justicia general o legal, que ordena toda la actividad social al bien común, por lo que decimos con Vermeersch-no es un derecho "nuevo",

Hemos visto que Radbruch adopta el criterio tradicional, al igual que Kelsen; pero basar la diferencia en la autonomía o heteronomía (como hace Kelsen) o en la coordinación y subordinación (en el lenguaje de Radbruch) es dejar fuera de la clasificación al derecho penal, a los contratos celebrados por las autoridades, a las normas de derecho privado que crean deberes jurídicos contra la voluntad de las personas obligadas.

El desconocer el papel que juega la justicia general en las transformaciones actuales del derecho y el adoptar un criterio insuficiente de diferenciación entre el derecho público y privado, llevaron a Radbruch a afirmar lo siguiente:

"La profunda transformación de la vida jurídica en nuestro tiempo se manifiesta con superlativa claridad, en lo concerniente a la relación del derecho público con el privado, en el fenómeno de una nueva y recíproca penetración de ambos; en la aparición de nuevas ramas jurídicas, el derecho económico y el derecho obrero, ramas que no cabe considerarlas ni incluidas en el sector público ni en el orden de lo privado". 245

La consideración de los hechos económicos desde el ángulo del Derecho privado permite ver en ellos únicamente relaciones entre dos personas privadas, que hay que nivelar según los principios de la justicia conmutativa o compensadora. Y no se da cuenta de un tercero, de aquel que está más interesado en toda relación económica, a saber: la comunidad. Aquella apreciación puramente jurídico-privada de la economía, pudo bastar mientras se mantuvo la fe optimista en el libre juego de las fuerzas, o sea, en la compensación o ajuste espontáneo de la totalidad de los intereses privados en un propósito encaminado hacia la utilidad común. Pero este dogma se derrumbó evidentemente al producirse con la guerra mundial el aislamiento de la economía alemana y su desvinculación de la economía mundial, y cuando en la órbita alemana, terriblemente angosta, chocaban entre sí los movimientos económicos de los individuos. Ahora bien, de este acontecimiento surgió el Derecho económico. Pues aparece éste cuando el legislador no considera ni trata las relaciones económicas como una compensación justa entre los que participan directamente de ellas, sino que las observa predominantemente DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL INTERÉS ECONOMICO GENERAL, de la productividad de la economía, en una palabra, desde su valor económico. El Derecho económico surge cuando el Estado no deja actuar las fuerzas económicas como libre actividad privada, sino que trata de dominar las leyes sociológicas de su movimiento, mediante normas jurídicas—las cuales son a su vez hechos sociológicos, capaces de intervenir eficazmente en el dinamismo social .246

Debe discutir acerca de si el Derecho económico es una nueva rama jurídica, o bien sólo un nuevo método del pensamiento jurídico, aplicable a sus más variados campos. Por el contrario, el Derecho obrero constituye una disciplina nueva. Mientras que el Derecho económico

considera las relaciones económicas bajo el punto de vista de la productividad, el Derecho obrero las enfoca según el criterio de la protección del débil frente al poderoso adinerado. El primero se inclina más bien hacia el punto de vista del empresario; el segundo preponderantemente hacia el interés del obrero..... El Derecho obrero constituye una reacción contra el espíritu del Derecho civil. Este reconoce sólo " personas ", sujetos jurídicos iguales que contratan entre sí, mediante libres decisiones por ambas partes: y nada sabe del trabajador situado en una posición de inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado, que compensa o nivela esta inferioridad del poder del obrero individual frente al patrono; ni de las grandes asociaciones profesionales, que mediante sus contratos colectivos de trabajo-sobre las tarifas de éste-son quienes propiamente lo concluyen, sino que mira exclusivamente a los contratantes individuales y el contrato de trabajo singular. Nada sabe, por fin, de la unidad de asociación de la empresa: el Código civil considera sólo una multiplicidad de contratos de trabajo entre el mismo empresario y los diversos obreros-no ligados éstos, unos a otros, por ningún vínculo jurídico-, y no acierta a ver la índole de la empresa, como una unidad sociológica cerrada. Los árboles no le dejan ver el bosque. Ahora bien, la esencia del Derecho obrero consiste, cabalmente, en su mayor proximidad a la vida. No ve sólo personas, como el Derecho civil, sino empresarios, obreros, empleados; no sólo personas individuales, sino asociaciones y empresas; no sólo los contratos libres, sino también las graves luchas económicas que constituyen el fondo de estos supuestos contratos libres 247

Sin embargo no se crea que el pensamiento de Radbruch está muy alejado del nuestro, antes bien, lo contrario es lo cierto, pues aunque afirma que el Derecho económico y el Derecho obrero son ramas que no cabe considerarlas ni incluidas en el sector público ni en el orden de lo privado²⁴⁸, posteriormente cambió su postura, o mejor dicho, la definió, al afirmar: " Se mantiene en pie, ciertamente, la tradicional distinción entre Derecho privado y Derecho público, pero en vez de la nítida separación de antes surgen ahora nuevas zonas jurídicas, como el Derecho del trabajo y el Derecho económico, que no pueden ser enclavadas, en conjunto, en ninguno de aquellos dos campos, sino que forman más bien una mezcla o combinación de normas de Derecho privado y Derecho público".²⁴⁹

Así pues, para Radbruch se mezclan, en el nuevo derecho, normas de Derecho privado y de Derecho público, nosotros afirmamos que lo que antes se contemplaba a través de la justicia conmutativa—refiriéndonos a las nuevas ramas—ahora se contempla a través de un criterio complejo, tanto incluyendo la justicia conmutativa como la distributiva y la justicia general o legal que, para nosotros, determina su inclusión en el área del Derecho público.

Radbruch mismo nos da un argumento a favor de esta tesis en el desarrollo del llamado Derecho económico (que acabamos de transcribir) cuando nos dice: "... aparece éste (el Derecho económico) cuando el legislador no considera ni trata las relaciones económicas como una compensación justa entre los que participan directamente en ellas (nótese que Radbruch alude a la justicia conmutativa), sino que las observa predominantemente DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL INTERÉS económico GENERAL..." (¿Y cual es ese interés general si no el punto de vista de la justicia general que exige que todos y cada uno de los miembros de la comunidad ordenen adecuadamente su conducta al bien común?).

Cosa semejante podemos hacer con el Derecho del Trabajo :
 Ya vimos que Radbruch nos dice: "Cabe discutir acerca de si el Derecho económico es una nueva rama jurídica, o bien sólo un nuevo método del pensamiento jurídico, aplicable a sus más variados campos. Por el contrario, el Derecho obrero constituye una disciplina nueva. Mientras que el Derecho económico considera las relaciones económicas bajo el punto de vista de la productividad, el Derecho obrero las enfoca según el criterio de la protección del débil frente al poderoso adinerado. El primero se inclina más bien hacia el punto de vista del empresario; el segundo preponderantemente hacia el interés del obrero...". 250

No olvidemos que Radbruch tomó su idea del Derecho económico del caso concreto de la economía alemana comprendida entre las dos grandes guerras, la cual, para subsistir, se vió obligada a poner—como dice Radbruch— "toda la economía nacional al servicio de los fines de poder del Estado...". 251

En realidad el Estado intervino en la economía considerando el bien común, pues era algo que afectaba a toda la comunidad.

Afirma también que el Derecho obrero constituye una disciplina nueva, pues enfoca las relaciones laborales según el criterio de la protección del débil frente al poderoso adinerado, inclinándose preponderantemente hacia el interés del obrero. 252

Es cierto que las graves injusticias cometidas en materia laboral obligaron al Estado a intervenir activamente en las relaciones de trabajo, pues se afectaba a la mayor parte de la comunidad y, por lo mismo, se atentaba contra el bien común. Así, si consideramos que antes el Estado simplemente vigilaba y dictaba leyes generales dejando a las partes determinar las condiciones del contrato, y que ahora ya no permite que sean las partes privadas las que determinen

el contenido de los contratos y que se inclina a defender a las clases más débiles, podemos considerar que se ha cambiado el criterio que contemplaba esas relaciones y, por lo mismo, han surgido nuevas instituciones que tratarán de restituir el imperio de la justicia donde privó la injusticia.

En realidad, el derecho ha vuelto a su lugar, pero bajo otra forma, con nuevas instituciones y con un criterio más completo.

Vamos, en el próximo capítulo, a exponer nuestro punto de vista, el cual, en cierto modo, ha sido desarrollado en el transcurso de nuestra crítica a las tesis opuestas de Radbruch y de Kelsen.

V. NUESTRO PUNTO DE VISTA.

Para nosotros, las normas generales se encuadran siempre dentro del campo del derecho público; conforme a esto, las normas constitucionales, todas las ordinarias y reglamentarias, por tener un carácter general, se refieren u ordenan al bien común y, por lo mismo, la justicia que las regula directamente es la justicia general o legal.

En cambio, las normas individualizadas se dividen en privadas y públicas; las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto estos aplican al caso concreto ciertas normas generales²⁵³; las segundas, de la actividad de las personas de derecho público, cuando actúan como autoridades o cuando no imperan en la relación pero el objeto del convenio se refiere a sus funciones propias.

En el caso de las normas individualizadas de derecho privado, la justicia que directamente regula la relación concreta es la justicia particular conmutativa; en el caso de las normas individualizadas de derecho público, la justicia general está presente siempre en una forma inmediata.

Para poder proceder a la exposición detallada de nuestro punto de vista, vamos primero a distinguir las normas de nuestro derecho positivo. Siguiendo el punto de vista del maestro García Máynez, aunque haciendo algunas aclaraciones, consideramos que se puede establecer, a propósito de nuestro derecho, que corresponde a un Estado federal, o sea, con dos jurisdicciones, el esquema siguiente:

Pirámide no. 1 :

1. Constitución Federal.
2. Leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de la misma.
-
3. Leyes ordinarias.
4. Leyes reglamentarias de las ordinarias.
5. Normas individualizadas:
 - a) Sentencias.
 - b) Resoluciones administrativas.
 - c) Actos jurídicos y contratos.
 - d) Situaciones jurídicas.

Pirámide no. 2 :

1. Constitución Federal.
2. Leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de la misma.
-
3. Constituciones locales.
4. Leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de las mismas.
5. Normas individualizadas:
 - a) Sentencias.
 - b) Resoluciones administrativas.
 - c) Actos jurídicos y contratos.
 - d) Situaciones jurídicas.

Conforme al cuadro presentado, para nosotros pertenecen al derecho público : la Constitución Federal, las leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de la misma, las leyes ordinarias y las leyes reglamentarias de las ordinarias, respecto de la pirámide no. 1; y la Constitución Federal, las leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de la misma, las Constituciones locales, las leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de las mismas, respecto de la pirámide no. 2.

En cambio, las normas individualizadas, en las dos pirámides, se bifurcan; es decir, una parte pertenece al derecho público (las normas individualizadas en que interviene la autoridad y que están

inmediatamente por la justicia general y por la justicia distributiva, o bien por la justicia general y la justicia conmutativa cuando el objeto del convenio se relaciona directamente con las funciones de los organismos públicos. Ejemplo de normas individualizadas de derecho público: las sentencias y las resoluciones administrativas, en que es evidente que interviene directamente la autoridad; también citemos el ejemplo de la convención celebrada entre dos corporaciones o establecimientos de derecho público, cuando tiene por objeto un asunto que pertenece a su misión oficial—caso de la convención entre dos comunas para la construcción de un camino—, que, según el Tribunal Federal suizo, es de derecho público, opinión a la que nos adherimos nosotros); y otra parte—en que sólo interviene particulares— pertenece al derecho privado (las normas individualizadas reguladas inmediatamente por la justicia particular conmutativa.) El Estado, u otra persona de derecho público, puede ser parte en un convenio de carácter privado cuando el objeto del mismo no se relaciona directamente con sus funciones oficiales; pero sólo por analogía, pues el Estado y las demás personas de derecho público, llevan siempre un tinte público.

Aquí hablamos de derecho interno, no de derecho internacional. Los Estados, en el llamado derecho internacional público, celebran convenios regulados por la justicia conmutativa; después hablaremos de este problema, ahora sólo mencionemos como ejemplo de normas individualizadas reguladas inmediatamente por la justicia particular conmutativa, los contratos entre particulares, y el testamento.

Así pues, para nosotros, la diferencia entre derecho público y derecho privado se da en el último grado—hacia abajo—de la jerarquía de las normas, en la base de las pirámides; fuera de ahí, todo el restante derecho positivo es público. Toda ley, toda norma jurídica general, es de derecho público.

García Máynez nos dice: las normas individualizadas dividen en privadas y públicas. Las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto estos aplican ciertas normas generales; las segundas, de la actividad de las autoridades. Tienen carácter privado los contratos y los testamentos; público, las resoluciones judiciales y administrativas (sentencias, concesiones, etc.). Los tratados internacionales deben considerarse también como normas individualizadas de índole pública.

Conforme a nuestro punto de vista, la diferencia radica más bien en la regulación por la justicia de la relación, pero coincide con este punto de vista formal, pues las relaciones entre particulares las regula la justicia conmutativa, y las relaciones en que interviene la autoridad las regula la justicia general y la distributiva.

Como aquí hablamos de derecho interno, la justicia que regula las normas individualizadas de derecho privado será la justicia particular conmutativa. Esto no quiere decir que únicamente esté presente la justicia conmutativa en la regulación de esas relaciones, sino que es la única que regula directamente la misma, ya que al Estado le interesa que se cumpla lo pactado, pues es de interés general que los individuos cumplan sus obligaciones—por eso a las normas generales de cualquier rama jurídica las consideramos de derecho público, incluyendo las que regulan los contratos y los testamentos, ya que a toda la comunidad le interesa que existan tales normas, que son contempladas por la justicia general en cuanto que afectan a toda la comunidad—. Por eso, cuando la norma general se aplica, cuando aparece la norma individualizada, como ocurre en el contrato entre Juan y Pedro, el mayor interés en que se cumpla lo pactado no es de la comunidad—en ese caso concreto—sino de Juan y de Pedro; así, la justicia que regula directamente la relación es entonces la justicia particular con-

mutativa, quedando en segundo término, sin desaparecer, por supuesto, la justicia general. Y no desaparece la justicia general porque todas las normas se ordenan, mediatamente o inmediatamente, al bien común; por eso Santo Tomás dice: "Es, empero, evidente que todos los que componen alguna comunidad se relacionan a la misma como las partes al todo; y como la parte, en cuanto tal, es del todo, síguese que cualquier bien de la parte es ordenable al bien del todo"²⁵⁶ Y agrega: "La justicia legal ordena suficientemente al hombre en las relaciones a otro: en cuanto al bien común, INMEDIATAMENTE, y en cuanto al bien de una sola persona singular, mediatamente. Por eso conviene que haya una justicia particular que ordene inmediatamente al hombre respecto del bien de otra persona particular".²⁵⁷

Hay que aclarar, sin embargo, que aunque la justicia legal ordene inmediatamente al hombre, en sus relaciones a otro, al bien común, así como también ordene directamente las relaciones que regula la justicia distributiva, una cosa es ordenar directamente al bien común y otra, muy distinta, intervenir en la regulación de la relación concreta. Por esto, nosotros hablamos de la regulación directa de la justicia general en las normas individualizadas de derecho público.

Y esto que afirmamos de que la diferencia entre derecho público y derecho privado radica en las normas individualizadas, lo encontramos en el criterio tradicional también (el que adoptaron Kelsen y Radbruch). Oigamos a Kelsen: "Este antagonismo entre autonomía y heteronomía es el que funda la distinción entre derecho privado y derecho público, en cuanto la citada oposición es interpretada en el sentido de que el derecho privado regula relaciones entre sujetos iguales, mientras que el público regula las que existen entre un sujeto inferior y otro superior. En el campo del derecho privado el sujeto de una obligación se halla frente al sujeto del correspondiente derecho. En este caso, las dos partes de la relación

jurídica pueden de hecho ser consideradas como iguales, en cuanto la NORMA SECUNDARIA, constitutiva de esa relación, es creada por sus idénticas declaraciones de voluntad, mediante una transacción jurídica. El derecho privado se caracteriza por el hecho de que la norma secundaria, cuya violación es condición de la sanción, ES CREADA por una transacción jurídica, y tal transacción, cuya representación típica es el contrato, corresponde al principio de autonomía. En el campo del derecho administrativo, la norma secundaria constitutiva de la obligación concreta del individuo, es creada por un acto administrativo análogo a la transacción jurídica. Aquí el sujeto de una obligación se halla frente a un órgano del Estado que aparece como el sujeto de una competencia, más bien que como titular de un derecho. El órgano estatal puede ser considerado como superior a la persona privada, no porque el órgano represente al Estado, sino porque está facultado para obligar al particular por medio de una declaración unilateral de voluntad. Pero esta interpretación es inexacta. Hablando estrictamente el sujeto de una obligación sólo está sometido a la autoridad de la norma que lo obliga, no al individuo creador de la norma, al órgano". 258

Claro es que se refiere Kelsen al derecho interno, pues en el derecho internacional encontramos el principio de autonomía, aunque eso no indica, en ese campo, que sea de derecho privado un convenio entre Estados y organismos internacionales.

El derecho internacional es especial, distinto al derecho interno de un Estado; sería torpe querer aplicar los principios del derecho interno al derecho internacional como si se tratase de dos cosas iguales pues nunca se debe tratar igual a lo desigual.

Como se ve, Kelsen aplica "su criterio de distinción" sólo a normas secundarias que constituyen obligaciones concretas, es decir, a normas individualizadas.

Radbruch adopta el mismo criterio que adoptó Kelsen, y nos

dice que la distinción gira en torno a la estructura del derecho privado como derecho sobre un plano de igualdad (derecho de coordinación) y el derecho público, como el derecho entre subordinados y superiores.259

Es decir, también encontramos que para Radbruch la diferencia está en las normas individualizadas. Cigámoslo de nuevo :

"¿que es derecho público y que es derecho privado?

Contentémonos con la siguiente afirmación: si hay un deber que tiene su fundamento en el mandato de otra persona, pertenece regularmente al derecho público; mientras que los deberes jurídico-privados surgen por autosumisión del obligado: pagar impuestos y prestar servicio como concejal o jurado es algo que se tiene que hacer, quiérase o no; pagar las cosas compradas o ejecutar los trabajos que se han pactado es algo que tiene que hacerse, solamente porque al efectuar un contrato de compraventa o de trabajo se han aceptado sus consecuencias".260

Así pues, aprovechando el esquema expuesto al principio de este capítulo-relativo al derecho positivo de nuestro país-, vamos a referirlo a la distinción del derecho en público y privado :

Pirámide no. 1:

- 1. Constitución Federal.
- 2. Leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de la misma.
-
- 3. Leyes ordinarias.
- 4. Leyes reglamentarias de las ordinarias.
- 5. Normas individualizadas:
 - a) Sentencias.
 - b) Resoluciones administrativas.
 - c) Actos jurídicos públicos, o sea todos aquéllos que son regulados por la justicia general; por ejemplo: el acto jurídico complejo del proceso legislativo, el de las elecciones, etc.
 - d) Contratos de derecho público. Aquellos contratos en los que es parte una persona de derecho público en ejercicio de sus funciones o en relación con ellas. Los regula la justicia general directamente.
 - e) Situaciones jurídicas reguladas inmediatamente por la justicia general.

107

D
E
R
F
C
H
O

P
U
B
L
I
C
O

Pirámide no. 2:

- 1. Constitución Federal.
- 2. Leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de la misma.
-
- 3. Constituciones locales.
- 4. Leyes orgánicas y reglamentarias de preceptos de las mismas.
- 5. Normas individualizadas:
 - a) Sentencias.
 - b) Resoluciones administrativas.
 - c) Actos jurídicos públicos, o sea todos aquéllos que son regulados por la justicia general; por ejemplo: el acto jurídico complejo del proceso legislativo, el de las elecciones, etc.
 - d) Contratos de derecho público. Aquellos contratos en los que es parte una persona de derecho público en ejercicio de sus funciones o en relación con ellas. Los regula la justicia general directamente.
 - e) Situaciones jurídicas reguladas inmediatamente por la justicia general.

.....

f) Actos jurídicos regulados inmediatamente por la justicia particular conmutativa.

Pueden intervenir personas de derecho público realizando tales actos, pero sólo cuando no se relacionan con sus funciones públicas o con el ejercicio de la autoridad.

g) Convenios regulados inmediatamente por la justicia conmutativa. Pueden ser partes en ellos las personas de derecho público, cuando el objeto del convenio no se relaciona directamente con sus funciones públicas.

h) Situaciones jurídicas reguladas en forma directa únicamente por la justicia conmutativa.

D
E
R
E
C
H
C

.....

f) Actos jurídicos regulados inmediatamente por la justicia particular conmutativa. En ellos pueden intervenir personas de derecho público realizando tales actos, pero sólo cuando no se relacionan con sus funciones públicas o con el ejercicio de la autoridad.

g) Convenios regulados inmediatamente por la justicia conmutativa. Pueden ser partes en ellos las personas de derecho público, cuando el objeto del convenio no se relaciona directamente con sus funciones públicas.

h) Situaciones jurídicas reguladas en forma directa únicamente por la justicia conmutativa.

P
R
I
V
A
D
O

No hay que olvidar que nos estamos refiriendo al derecho interno de nuestro país, por lo que hay que referirnos también a la aplicación de nuestro criterio al derecho internacional.

En el derecho internacional público los sujetos de las relaciones son los Estados y los organismos internacionales; estos últimos pueden ser considerados como autoridades por los Estados, o bien pueden crearse Cortes internacionales para dirimir controversias entre los Estados, o someterse a los órganos de otro Estado.

Desde el punto de vista del derecho internacional público, en un tratado internacional en el cual no interviene la autoridad internacional, la relación está regulada por la justicia particular conmutativa y, haciendo un símil con el derecho interno de los Estados, bien pudiera llamarse eso una relación o un convenio de "derecho privado internacional".

En cambio, los tratados internacionales, cuando son contemplados desde el punto de vista del derecho interno de los Estados, tienen otro carácter. Nuestra Constitución les da el rango de ser "ley suprema de toda la Unión", inmediatamente debajo de la Constitución y con el mismo rango que las leyes del Congreso de la Unión que emanan de la Constitución.

Desde este último punto de vista, por tener carácter de disposiciones generales, están relacionadas con el bien común de toda la comunidad y, por eso, son de derecho público, siendo su justicia la general o legal.

También se nos presenta el problema con relación al llamado derecho internacional privado, en el cual los sujetos son los individuos, pues se ocupa de la condición de las personas, cosas y actos considerados desde el punto de vista de la legislación nacional o extranjera y, como dice Goldschmidt²⁶¹: Es el conjunto de las soluciones de los casos iusprivatistas con elementos extranjeros, basadas en el

respeto hacia dichos elementos", por lo que acertadamente se le coloca en el campo del derecho privado, conforme al criterio tradicional, seguido por Du Pasquier, García Máynez y otros (el criterio que mira hacia las ramas generales del derecho positivo), pues se refiere (el derecho internacional privado) a los particulares en relación con tal o cual legislación.

En cambio, para nosotros, es derecho público en cuanto se trata del conjunto de las soluciones de los casos iusprivatistas con elementos extranjeros, vistas como soluciones generales, como leyes, como normas de carácter general.

El problema se presenta en el caso de las normas individualizadas, pero podemos considerar que se trata de normas individualizadas de derecho privado cuando no intervienen las autoridades en la relación concreta; si la autoridad es parte en la relación, debe considerarse ésta de derecho público, ya que la justicia general regula la actividad de las autoridades.

Así pues, para nosotros, las normas generales son siempre de derecho público, ya que se relacionan con el bien común en una forma inmediata.

Las normas individualizadas que surgen con motivo de las relaciones entre particulares, no son contempladas directamente por la justicia general y, por ello, pertenecen al derecho privado.

En el campo del derecho procesal la situación es distinta pues, para nosotros, tanto las normas procesales generales como las individualizadas, pertenecen al derecho público; las primeras por ser la justicia que las regula la justicia general o legal, y las segundas por la presencia de la autoridad, que implica la aplicación de la justicia distributiva; lo que equivale a

decir que la justicia general está presente en dicha relación, ya que cuando una relación está regulada por la justicia distributiva lo está también por la justicia general o legal. Como hablamos de derecho procesal, vamos a referirnos al juicio. Santo Tomás nos dice: " el juicio puede ser considerado bajo un doble aspecto: Primero, en cuanto a la cosa juzgada, y entonces el juicio se refiere indiferentemente a la justicia conmutativa y a la distributiva, porque puede determinarse por un juicio tanto la manera de distribuir algo común entre muchos como el modo de que un individuo restituya a otro lo que de él recibió.- Segundo, respecto a la forma del juicio, o sea en cuanto el juez, aun en la misma justicia conmutativa, quita a uno algo y da al otro, y esto pertenece a la justicia distributiva..".262

Pero aquí vemos también relacionada a la justicia general, la cual determina la inclusión de la relación en el campo del derecho público, ya que podemos contemplar la relación desde el punto de vista de la justicia distributiva, en la cual el sujeto titular del derecho es la persona individual y el sujeto pasivo u obligado es la autoridad, como representante de la comunidad; o bien podemos situarnos en el lado opuesto y contemplarla desde el punto de vista de la justicia general, que rige los deberes de los ciudadanos frente a la autoridad como representante de la comunidad. Por otra parte, también rige los deberes de los gobernantes, pues también ellos están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común.263

Esto último es muy importante, al regir los deberes de los gobernantes, la justicia general regula la relación contractual entre dos personas de derecho público cuando el objeto del convenio se relaciona directamente con sus funciones públicas. Sin embargo, tenemos que reconocer que la justicia distributiva también está presente, ya que la justicia general, siempre que se refiere a los miembros de la comuni-

dad (gobernantes-particulares) regula relaciones que se pueden invertir y, al verlas desde el punto de vista de los particulares o de los gobernantes, frente a la autoridad, nos encontramos la presencia de la justicia distributiva.

Esta aparente contradicción se resuelve si ponemos un ejemplo: Supongamos que el Departamento del Distrito Federal decide abrir una nueva avenida para obtener un beneficio colectivo.

Es de interés general el que se realice esa obra. Sin embargo, el propio Departamento del Distrito Federal decide que los terrenos necesarios para llevar a cabo la obra citada se obtengan por medio de contratos de compraventa.

En este caso vemos la presencia de la justicia general en cuanto que la comunidad, representada por el Departamento del Distrito Federal, tiene derecho, frente a los particulares, de que estos aporten los terrenos necesarios para llevar a cabo la obra citada, en cuanto se refiere al bien común.

Pero es la justicia distributiva la que regula las cargas con que los particulares deben contribuir, es decir, mediante un acto de justicia distributiva, se determinan los particulares que tendrán que enajenar sus propiedades, sus bienes raíces, para la construcción de la avenida.

Por último, la forma de llevar a cabo las operaciones por las cuales el Departamento del Distrito Federal adquiere los terrenos de que hablamos, es mediante convenios, los cuales son regulados directamente por la justicia conmutativa.

Sin embargo, es obvio que aquí no aparece el criterio privatista de la autonomía de la voluntad, pues los particulares de una u otra forma tendrán que contribuir a la realización de dicha obra. Dicho de otro modo, si no quieren vender, se les expropiará.

Y precisamente porque los intereses generales dominan las relaciones citadas, porque lo "debido a la comunidad" limita inclusive el contenido de los convenios, es por lo que decimos que la justicia general regula esas relaciones concretas en una forma directa, aunque no negamos que la justicia conmutativa es la que regula la relación en cuanto se exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación.

Queda claro entonces que si se relaciona el objeto del contrato con las funciones públicas de las personas de esa índole, la justicia general regula la relación en cuanto que los intereses generales forzan, por decirlo así, la relación, pues lo debido a la comunidad que regula la justicia general en una forma directa no permite que se aplique el criterio privatista de la autonomía de la voluntad.

Y también cuando por causa de utilidad pública se expropia un terreno-relación de derecho público indudablemente se aplica también la justicia conmutativa en cuanto que al particular se le debe indemnizar.

Por lo expuesto, aceptamos que, en toda relación concreta de derecho público está presente, en la forma que hemos expuesto, la justicia distributiva. Dicho de otro modo, siempre que está presente la justicia general en la regulación de una relación, se puede invertir ésta; de este modo, vemos siempre la presencia de la justicia distributiva, en la cual el sujeto titular del derecho es siempre la persona individual, mientras que el sujeto pasivo u obligado es la autoridad política como representante de la comunidad. Esto significa que la misma relación social está regida por la justicia general y por la distributiva, según que en ella se considere como sujeto del deber a los particulares o a la comunidad como persona moral, respectivamente. Así, por ejemplo, el impuesto es una carga establecida para el sostenimiento de la organiza-

ción del Estado y los servicios públicos, que se traducen en un bien común distribuido; de ahí que todos los miembros de la comunidad estén obligados a pagar proporcionalmente los impuestos; pero esta relación que se establece entre los particulares y la comunidad por razón del impuesto, puede ser contemplada, ya desde el punto de vista del derecho que tiene la comunidad de exigir a cada uno de los particulares su aportación proporcional—regulado por la justicia general—, o bien desde el punto de vista del derecho que asiste al particular de que se le asigne precisamente la cuota proporcional a su situación concreta—regulado por la justicia distributiva—.

Igualmente, en el convenio celebrado entre dos personas de derecho público, podemos distinguir las tres especies de justicia. Por ejemplo, dos estados celebran un convenio para la construcción de un camino. Indudablemente, entre las funciones públicas de los mismos está el de proveer a la comunidad de buenas y suficientes vías generales de comunicación; por ello, la justicia general regula la relación (rige los deberes de los gobernantes en cuanto que están obligados a actuar de acuerdo con las exigencias del bien común). Por otra parte, los gobernantes tienen derecho a que se les exija únicamente lo que es justo, conforme a la justicia distributiva, que es la que distribuye las tareas entre los gobernantes—la comunidad no puede exigirles tareas desproporcionadas—; por ello, las funciones públicas están distribuidas entre las diversas personas de derecho público.

El convenio, para la construcción del camino citado, indudablemente es de derecho público, porque se relaciona, como ya dijimos, con las funciones públicas de las personas de esa índole. Debido a ello, está regulado—en la forma señalada—por la justicia general.

Gabino Fraga critica algunas teorías finalistas, diciendo que la satisfacción del interés colectivo siempre se logra de un modo mediato, a través de la satisfacción de una necesidad real inmediata, por lo que existe, entre la satisfacción de esta necesidad y la consecución de aquella finalidad, una íntima conexión, pero no una coincidencia. 264

Lo anterior no puede hacer mella en el criterio que proponemos, pues no lo basamos en la coincidencia de que habla Fraga, sino, precisamente, en la mayor o menor conexión con aquella finalidad.

CONCLUSIONES :

Consideramos que es conveniente conservar el criterio objetivo tradicional de diferenciación del derecho en público y privado, conforme al cual desarrollamos el primer capítulo de esta tesis, ya que contemplamos las diversas ramas del derecho positivo en una forma general (con cierta influencia de la teoría romanista del interés); pero, en nuestra opinión, tal criterio debe completarse con el propuesto por nosotros, que más bien mira hacia la forma en que la justicia regula la relación jurídica concreta, ya que conforme a nuestro punto de vista, las disposiciones generales, las normas abstractas, en su totalidad, son de derecho público, debido a que la justicia que las regula es la justicia legal. Así pues, por referirse a lo jurídico desde diferentes puntos de vista, tanto el criterio objetivo tradicional como el propuesto por nosotros, no se excluyen sino que más bien se complementan.

Siempre será un problema difícil de resolver aplicando el criterio objetivo tradicional - el carácter público o privado de la totalidad de las normas de una determinada rama del derecho en un sistema jurídico dado, pues se presentan algunas normas de difícil clasificación, como ocurre por ejemplo en el derecho administrativo, con los contratos en que interviene el Estado sujetándose a las normas del derecho civil, que se

considera derecho privado conforme al criterio tradicional mencionado.

En cambio, conforme al criterio que proponemos, se necesita contemplar la norma jurídica individualizada, pues consideramos que no es muy acertado incluir la totalidad de las normas de una determinada rama del derecho de un sistema jurídico dado, en el campo del derecho privado o en el del derecho público. No obstante, desde cierto punto de vista, el criterio objetivo tradicional es válido, aunque no sea muy preciso, por lo que estimamos que debe conservarse.

Nosotros hemos considerado el aspecto representativo que tienen las personas de derecho público con relación a la comunidad; para nosotros los gobernantes son superiores a los gobernados precisamente en cuanto gobernantes, en cuanto dirigen y mandan en orden al bien común. Así, por una parte consideramos las relaciones concretas en que tales personas ejercitan la autoridad-relaciones reguladas por la justicia distributiva y por la justicia general; y, por otra, consideramos las relaciones jurídicas concretas en que tales personas no ejercitan la autoridad, pero actúan en relación con sus funciones públicas-relaciones reguladas por la justicia conmutativa, pero también por la justicia general, por ser de interés general el recto desempeño de este tipo de funciones; en estos casos el objeto del convenio se relaciona con esas funciones en una forma directa.

Hemos dicho que la justicia distributiva también está presente en la regulación de estas relaciones en la forma que expusimos anteriormente, pero en nuestra opinión, para diferenciar el derecho público del privado, es más importante ver las relaciones de derecho público desde el punto de vista del derecho que tiene la comunidad frente a los individuos-regulado por la justicia general o legal-que desde el punto de vista que tienen los gobernados o los gobernantes frente a la comunidad-regulado por la justicia distributiva-.

Y esto lo basamos en el hecho de que los intereses colectivos

son contrapuestos a los intereses privados-dentro de nuestro criterio-, es decir, según que prevalezcan unos u otros la relación será de derecho público o de derecho privado.

De esta manera, si la justicia general está presente en la relación, de una manera directa, será ésta de derecho público; si sólo está presente en la regulación de la misma en una forma mediata, indirecta, será de derecho privado.

No es lo mismo un convenio privado entre Juan y Pedro que tiene por objeto la compra de un florero decorativo, que el convenio entre dos personas de derecho público para la construcción de un camino. Ciertamente que ambos le interesan a la comunidad, en cuanto que ambos se relacionan con el bien común, pero el grado de ese interés es diverso, cosa que se manifiesta en la diferente forma en que dichas relaciones son reguladas por la justicia. En el convenio privado prevalece la justicia conmutativa, en cuanto los más interesados en la relación son Juan y Pedro (poco le interesa a la comunidad que se compre o no un florero decorativo, pero sí le interesa que la relación sea justa, en una forma conmutativa); en el convenio de derecho público los intereses generales están presentes, pues interviene por lo menos una persona de derecho público y el objeto del convenio se relaciona con sus funciones públicas, las cuales son de interés general. Debido a esto, la justicia general está presente en estas relaciones, en la forma que expusimos en el capítulo anterior.

Hemos visto la postura de numerosos autores respecto a la distinción del derecho en público y privado; vimos también cómo las soluciones presentadas, a nuestro juicio, eran incompletas; y preferimos proponer un criterio de distinción complejo, que abarca tres criterios formales: autoridades-súbditos; normas generales-normas individualizadas; funciones públicas-actividades patrimoniales; y un cri-

terio material, en nuestra opinión, decisivo: justicia general-justicia conmutativa.

Y decimos que el criterio justicia general-justicia conmutativa es decisivo, porque la justicia general siempre está presente en todo el llamado derecho público: en las normas generales por estar estas íntimamente relacionadas con el bien común; en las normas individualizadas reguladas por la justicia distributiva, y a las cuales se aplica el criterio auxiliar autoridades-súbditos, porque dichas normas regulan relaciones que se pueden contemplar desde dos puntos de vista: primero, desde el punto de vista del súbdito frente a la autoridad-representante de la comunidad-, caso de la justicia distributiva; segundo, desde el punto de vista de la comunidad frente a los ciudadanos y también frente a los gobernantes, caso de la justicia general o legal; también está presente en las normas individualizadas reguladas por la justicia conmutativa y en las cuales es parte, por lo menos, una persona de derecho público, cuando el objeto del convenio se relaciona directamente con las funciones públicas de dicha persona, ya que el interés general prevalece sobre el interés de los particulares; es decir, lo debido a la comunidad-que rige la justicia general-prevalece en la relación, en el sentido de que el criterio privatista de la autonomía de la voluntad está restringido, pues en este tipo de relaciones no tienen alternativa los particulares, ya que de un modo u otro tienen que satisfacerse las necesidades colectivas. Así, se determina inclusive el contenido de los convenios, que versan exclusivamente sobre objetos que se relacionan con dichas funciones; pero no negamos que es la justicia particular conmutativa la que regula esas relaciones en cuanto que se exige equivalencia entre la prestación y la contraprestación.

CITAS BIBLIOGRAFICAS :

- 1 .- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 13a. ed.; Porrúa, México, 1965, p.136.
- 2 .- Du Pasquier Claude, Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica, 2a. ed., Librería Internacional del Perú, 1950, p. 66.
- 3 .- García Trinidad, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, 14a. ed., Porrúa, México, 1965, p.34 y siguientes.
- 4 .- Luño Peña Enrique, Derecho Natural, 4a. ed., Librería La Hormiga de Oro, Barcelona, 1961, páginas 313 y 314.
- 5 .- Tena Ramírez Felipa, Derecho Constitucional Mexicano, 2a. ed., Porrúa, México, 1949, p.55.
- 6 .- Porrúa Pérez Francisco, Teoría del Estado, 4a. ed., Porrúa, México, 1966, n.136.
- 7 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 50.
- 8 .- Fraga Gabino, Derecho Administrativo, 5a. ed., Porrúa, México, 1952, p. 109.
- 9 .- Ibidem., p. 110.
- 10 .- Serrá Rojas Andrés, Derecho Administrativo, 3a. ed., Librería de Manuel Porrúa, México, 1965, p. 145.
- 11 .- Ibidem., páginas 147 y 148.
- 12 .- García Máynez Eduardo, op. cit., p. 141.
- 13 .- Porrúa Pérez Francisco, op. cit., p. 137.
- 14 .- Doctor Núñez C. Ricardo, Definición del Derecho Penal, Enciclopedia Jurídica OMBBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo VII, p. 963.
- 15 .- Ibidem., p. 963.
- 16 .- Ibidem., p. 963.
- 17 .- Ibidem., p. 963.

- 18 .- Pessina, Elementos de Derecho Penal, Madrid, 1992, p. 1; citado por Castellanos Fernando, Lineamientos de Derecho Penal, 4a. ed., Porrúa, México, 1967, p. 21.
- 19 .- Von List, Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, 1926, Tomo I, p. 5; citado por Castellanos Fernando, op. cit., p. 21.
- 20 .- Mezguer Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, páginas 27 y 28, 1946; citado por Castellanos Fernando, op. cit., p. 21.
- 21 .- Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, p. 17, 4a. ed.; citado por Castellanos Fernando, op. cit., p. 21.
- 22 .- De Miguel Garcilópez Adolfo, Derecho Penal, p. 7; citado por Castellanos Fernando, op. cit., p. 22.
- 23 .- Cuello Galón Eugenio, Derecho Penal, 8a. ed., p. 8; citado por Castellanos Fernando, op. cit., p. 22.
- 24 .- Hugueney Pierre, Derecho Penal Militar; citado por Calderón Serrano R., Derecho Penal Militar, Ediciones Minerva, México, 1944, p. 22.
- 25 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 53.
- 26 .- Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo I, p. 38; citado por Serra Rojas Andrés, op. cit., p. 1013.
- 27 .- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, Libro II, título X.
- 28 .- Serra Rojas Andrés, op. cit., p. 1012.
- 29 .- Lu Pasquier Claude, op. cit., p. 53.
- 30 .- García Máynez Eduardo, op. cit., p. 142.
- 31 .- Castillo Iarrañaga José y De Pina Rafael, Derecho Procesal Civil, 7a. ed., Porrúa, México, 1966, p. 13.
- 32 .- Merkel, Enciclopedia Jurídica, p. 79, Traducción española, 1a. ed., Editorial Reus, Madrid; citado por Castillo Iarrañaga José y De Pina Rafael, op. cit. en la nota anterior, p. 14.

- 33 .- Pallares Eduardo, Derecho Procesal Civil, 2a. ed., Porrúa, México, 1965, p. 15.
- 34 .- Ibidem., p. 16.
- 35 .- Ibidem., p. 16.
- 36 .- Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit., p. 15.
- 37 .- Rocco Hugo, Derecho Procesal Civil, p. 114, Traducción española, México, 1939; citado por Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit., p. 15.
- 38 .- Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho civil francés, Traducción española de Díaz Cruz, La Habana, 1927; citado por Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit., p. 16.
- 39 .- Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit., p. 17.
- 40 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 54.
- 41 .- De Diego Clemente, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, p. 25; citado por De Pina Rafael, Derecho Civil Mexicano, 3a. ed., Porrúa, México, 1963, p. 74.
- 42 .- De Pina Rafael, op. cit. en la nota anterior, p. 76.
- 43 .- Rocco Alfredo, Derecho Mercantil, Traducción española de Garrigues, Madrid, 1931, p. 5; citado por García Méynez Eduardo, op. cit., p. 147.
- 44 .- Benito Lorenzo, Manual de Derecho Mercantil, Preliminares, núm. 20; citado por Mantilla Molina Roberto L., Derecho Mercantil, 10a. ed., Porrúa, México, 1968, p. 22.
- 45 .- Thaller Edmond, Traité élémentaire de Droit Commercial, Núm. 4; citado por Mantilla Molina Roberto L., op. cit., p. 22.
- 46 .- Heinsheimer Karl, Derecho Mercantil, núm. 1; citado por Mantilla Molina Roberto L., op. cit., p. 22.
- 47 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 55.
- 48 .- Mantilla Molina Roberto L., op. cit., p. 21.

- 49 .- Orione Francisco, Divisiones del derecho positivo, Enciclopedia Jurídica OMBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo VII, p. 17.
- 50 .- Ferreira Waldemar, Instituciones de Derecho Comercial, 4a. ed., Sao Paulo, 1964, 1er. vol.; citado por Orione Francisco, op. cit. en la nota anterior, p. 18.
- 51 .- Mantilla Molina Roberto L., op. cit., p. 19.
- 52 .- Ibidem., p. 20.
- 53 .- Supino David, Derecho Mercantil, traducción de la 4a. edición por Lorenzo Benito, Editorial La España Moderna, Madrid, p. 453.
- 54 .- Ibidem., p. 454.
- 55 .- Ascoli Próspero, Del Comercio Marítimo y de la Navegación, Derecho Comercial (coordinado por León Bolaffio, Alfredo Rocco y Cesar Vivante), Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1953, Tomo 16, Vol. 10.
- 56 .- Mantilla Molina Roberto L., op. cit., p. 120.
- 57 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 55.
- 58 .- Sierra Manuel J., Derecho Internacional Público, U.N.A.M., 1947, p. 13.
- 59 .- Antokoletz Daniel, Tratado de Derecho Internacional Público, 5a. ed., Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1951, Tomo I, p. 13.
- 60 .- Ibidem., p. 13.
- 61 .- Bonflis, Derecho Internacional Público; citado por Díaz Cisneros César, Derecho Internacional Público, 2a. ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 41.
- 62 .- Díaz Cisneros César, op. cit. en la nota anterior, p. 41.
- 63 .- Jitta J., La Renovation du Droit International, p. 1, La Haya, 1919; citado por Díaz Cisneros César, op. cit., p. 42.
- 64 .- Díaz Cisneros César, op. cit., p. 42.
- 65 .- Antokoletz Daniel, op. cit., Tomo I, páginas 13 y 14.

- 66 .- Pillet, Derecho Internacional Privado; citado por Romero Del Prado Víctor, Derecho Internacional Privado, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo VII, p. 510.
- 67 .- Romero del Prado Víctor, op. cit., en la nota anterior, p. 503.
- 68 .- Goldschmidt Werner, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, 2a. ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Tomo I, p. 29.
- 69 .- Ibidem., p. 29.
- 70 .- Vico, Derecho Internacional Privado; citado por Lazcano Alberto, Derecho Internacional Privado, Editora Platense, La Plata, 1965, p. 17.
- 71 .- García Máynez Eduardo, op. cit., p. 150.
- 72 .- Mendieta y Núñez Lucio, Introducción al estudio del Derecho agrario, 2a. ed., Porrúa, México, 1966, p. 6.
- 73 .- Ibidem., p. 1.
- 74 .- De Semo Giorgio, Corso di Diritto Agrario, Firenze, 1937, p. 34; citado por Pérez Llana Eduardo A., Derecho Agrario, 4a. ed., Librería y Editorial Castellvi, Santa Fe, Argentina, 1963, p. 14.
- 75 .- De Semo Giorgio, Istituzioni di Diritto Agrario, 2a. ed., Roma, 1936; citado por Mendieta y Núñez Lucio, op. cit., p. 4.
- 76 .- De Semo Giorgio, op. cit. en la nota anterior; citado por Mendieta y Núñez Lucio, op. cit., p. 4.
- 77 .- De Semo Giorgio, Schema di una Introduzione allo studio del Diritto Agrario, Roma, 1931, p. 7; citado por Mendieta y Núñez Lucio, op. cit., p. 4.
- 78 .- Ibidem.
- 79 .- Ibidem.

- 80 .- De Semo Giorgio, Corso di Diritto Agrario, Roma, 1930, Tomo I, p. 3; citado por Mendieta y Núñez Lucio, op. cit., p. 4.
- 81 .- Ibidem.
- 82 .- De Semo Giorgio, Istituzioni di Diritto Agrario, Bologna, 1926, p. 61; citado por Mendieta y Núñez Lucio, páginas 4 y 5.
- 83 .- De Semo Giorgio, op. cit. en la nota anterior; citado por Mendieta y Núñez Lucio, op. cit., p. 5.
- 84 .- Mendieta y Núñez Lucio, op. cit., p. 6.
- 85 .- Ibidem.
- 86 .- Dr. Ordoñez Carasa Felipe, Derecho Agrario, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo V, página 950 y siguientes.
- 87 .- Ibidem., p. 960.
- 88 .- Ibidem., p. 960.
- 89 .- Ibidem., p. 960.
- 90 .- Cabanellas Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1968, Tomo I, p. 154.
- 91 .- Linares Walker, Panorama del Derecho Social chileno, Santiago de Chile, 1947, Tomo I, p. 14; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 154.
- 92 .- Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 154.
- 93 .- Lorin, Le XXe. siècle, Paris, 1931, p. 3451; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 154.
- 94 .- Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 154.
- 95 .- Estasen, Derecho Industrial de España, Barcelona, S.^{W.}; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.

- 96 .- Espejo de Hinojosa, Legislación obrera e industrial de España, Barcelona, 1931, p. 141; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 97 .- Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 98 .- Ibidem.
- 99 .- Pergolesi, Scritti giuridici, Padua, 1936, Tomo I, p. 99; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 100 .- Krotoschin, Instituciones de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1947, Tomo I, p. 4; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 101 .- Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 102 .- Márquez Hernández, Tratado elemental de Derecho del Trabajo, Madrid, 1944, p. 10; citado por Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 103 .- Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 104 .- Cabanellas Guillermo; citado por Climent Beltrán Juan B., Ley Federal del Trabajo y otras leyes laborales, 1a. ed., Editorial Esfinge, México, 1970, p. 43.
- 105 .- Climent Beltrán Juan B., op. cit., p. 44.
- 106 .- Ibidem., p. 45.
- 107 .- Ibidem., p. 45.
- 108 .- Cabanellas Guillermo, op. cit., p. 155.
- 109 .- Ibidem., p. 156.
- 110 .- De la Cueva Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, 8a. ed., Porrúa, México, 1964, Tomo I, p. XIV.

- 111 .- *Ibidem.*, p. 212 y siguientes.
- 112 .- *Ibidem.*, p. 214.
- 113 .- *Ibidem.*, p. 215.
- 114 .- *Ibidem.*, p. 216.
- 115 .- *Ibidem.*, p. 216.
- 116 .- *Ibidem.*, p. 216.
- 117 .- *Ibidem.*, p. 217.
- 118 .- *Ibidem.*, p. 217 y 218.
- 119 .- *Ibidem.*, p. 218.
- 120 .- *Ibidem.*, p. 219.
- 121 .- García Oviedo Carlos, *Derecho Social*; citado por De la Gueva Mario, *op. cit.*, p. 219.
- 122 .- García Oviedo Carlos, *op. cit.* en nota anterior; citado por De la Gueva Mario, *op. cit.*, p. 219 y 220.
- 123 .- García Máñez Eduardo, *op. cit.*, p. 153.
- 124 .- Folchi Mario C. y otros, *Cuestiones Actuales de Derecho Aeronáutico*, Temas de Fudeba, Buenos Aires, 1968, p. 109.
- 125 .- *Ibidem.*, p. 115.
- 126 .- García Máñez Eduardo, *op. cit.*, p. 153.
- 127 .- *Ibidem.*, p. 153.
- 128 .- *Ibidem.*, p. 153.
- 129 .- *Ibidem.*, p. 153.
- 130 .- Folchi Mario C. y otros, *op. cit.*, p. 114.
- 131 .- García Máñez Eduardo, *op. cit.*, p. 153.
- 132 .- Folchi Mario C. y otros, *op. cit.*, p. 115 y 116.
- 133 .- *Ibidem.*, p. 116.
- 134 .- Hülliger J., *El criterio de la oposición entre derecho público y derecho privado*; citado por Luño Peña Enrique, *op. cit.*, p. 315.
- 135 .- Luño Peña Enrique, *op. cit.*, p. 315.

- 136 .- *Ibidem.*, p. 316.
- 137 .- Petit Eugene, Tratado elemental de derecho romano, Traducción española de la 9a. edición francesa, Editora Nacional, México, 1963, p. 21, nota 6.
- 138 .- Luño Peña Enrique, *op. cit.*, p. 315.
- 139 .- Kelsen Hans, Teoría General de Estado, Editora Nacional, México, 1970, p. 106.
- 140 .- Montesquieu, De l' Esprit des lois, libro I, capítulo III; citado por Du Pasquier Claude, *op. cit.*, p. 49.
- 141 .- Du Pasquier Claude, *op. cit.*, p. 149 y 150.
- 142 .- *Ibidem.*, p. 150.
- 143 .- *Ibidem.*, p. 150.
- 144 .- *Ibidem.*, p. 150.
- 145 .- *Ibidem.*, p. 150 y 151.
- 146 .- Roguin, La Science Juridique pure, Tomo III, p. 588, no. 880; citado por Du Pasquier Claude, *op. cit.*, p. 151.
- 147 .- Roguin, *op. cit.* en nota anterior, p. 612; citado por Du Pasquier Claude, *op. cit.*, p. 151.
- 148 .- Fallos del Tribunal Federal Suizo, colección oficial, 60 I, p. 369; citados por Du Pasquier Claude, *op. cit.*, p. 151.
- 149 .- Kelsen Hans, *op. cit.*, p. 108.
- 150 .- Fraga Gabino, *op. cit.*, p. 25.
- 151 .- *Ibidem.*, p. 5.
- 152 .- *Ibidem.*, p. 5.
- 153 .- *Ibidem.*, p. 7 y 8.
- 154 .- *Ibidem.*, p. 23.
- 155 .- Du Pasquier Claude, *op. cit.*, p. 150.
- 156 .- Serra Rojas Andrés, *op. cit.*, p. 46.
- 157 .- *Ibidem.*, p. 46 y 47.

- 158 .- Leclercq Jacques, Introducción a las Ciencias Sociales, 1a. ed. en español, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1961, p. 100 y 101.
- 159 .- García Oviedo Carlos, Derecho Social, España; citado por De la Cueva Mario, op. cit., p. 219.
- 160 .- García Oviedo Carlos, op. cit. en la nota anterior; citado por De la Cueva Mario, op. cit., p. 219.
- 161 .- Leclercq Jacques, op. cit., p. 101.
- 162 .- Ibidem., p. 101.
- 163 .- Ibidem., p. 102.
- 164 .- Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 6a. ed., Editorial Jus, México, 1970, p. 150.
- 165 .- Ibidem., p. 150.
- 166 .- Ibidem., p. 150.
- 167 .- De la Cueva Mario, op. cit., p. 221.
- 168 .- Ibidem., p. 221.
- 169 .- Duguit Leon, Traité de Droit Constitutionnel, Paris, 1921, Tomo I, p. 525; citado por Fraga Gabino, op. cit., p. 95.
- 170 .- Fraga Gabino, op. cit., p. 95.
- 171 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 153.
- 172 .- Duguit Leon, op. cit., en la nota no. 169, p. 547; citado por Fraga Gabino, op. cit., p. 95.
- 173 .- Fraga Gabino, op. cit., p. 95.
- 174 .- Ibidem., p. 96.
- 175 .- Renard, La Théorie de l' Institution, p. 388; citado por Du Pasquier Claude, op. cit., p. 153.
- 176 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 153.
- 177 .- Renard, La Philosophie de l' Institution, Paris, 1939; citado por Preciado Hernández Rafael, op. cit., p. 153.
- 178 .- Du Pasquier Claude, op. cit., p. 50.

- 179 .- Nicolai, Der Staat im Nationalsozialistischen Weltbild, Leipzig, Schaeffer-Verlag, 1934, p. 25; citado por Du Pasquier Claude, op. cit., p. 153.
- 180 .- Kelsen Hans, op. cit., p. 53.
- 181 .- Ibidem., p. 55.
- 182 .- Ibidem., p. 105.
- 183 .- Ibidem., p. 105.
- 184 .- Ibidem., p. 120.
- 185 .- Ibidem., p. 120.
- 186 .- Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, 3a. ed. en español, Textos Universitarios, México, 1969, p. 242 y 243.
- 187 .- Ibidem., p. 243.
- 188 .- Ibidem., p. 243.
- 189 .- Ibidem., p. 244.
- 190 .- Ibidem., p. 245.
- 191 .- Ibidem., p. 245.
- 192 .- Ibidem., p. 245.
- 193 .- Ibidem., p. 245 y 246.
- 194 .- Ibidem., p. 246.
- 195 .- Ibidem., p. 246.
- 196 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 139, p. VIII.
- 197 .- Luño Peña Enrique, op. cit., p. 322.
- 198 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 139, p. 111.
- 199 .- Ibidem., p. 112.
- 200 .- Ibidem., p. 113.
- 201 .- Ibidem., p. 113.

- 202 .- Luño Peña Enrique, op. cit., p. 325.
- 203 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 186, p. 244 y 245.
- 204 .- Ibidem., p. 243.
- 205 .- Ibidem., p. 245.
- 206 .- Ibidem., p. 244.
- 207 .- Preciado Hernández Rafael, op. cit., p. 223.
- 208 .- Luño Peña Enrique, op. cit., p. 323.
- 209 .- Maritain Jacques, Le Pouvoir, Tomo II, estudio sobre el tema: "Democracia y Autoridad", Presses Universitaires de France, Paris, 1957, p. 26 y 27.
- 210 .- Fallos del Tribunal Federal suizo, Colección oficial, 58 II, p. 444; citados por Du Pasquier Claude, op. cit., p. 151.
- 211 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 139, p. 108.
- 212 .- De Aquino Santo Tomás, Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 7, respuesta.
- 213 .- Ibidem., II-II, q. 58, a. 7, solución a la primera dificultad.
- 214 .- Ibidem., II-II, q. 61, a. 1, respuesta.
- 215 .- Ibidem., II-II, q. 61, a. 1, solución a la 5ª. dificultad.
- 216 .- Ibidem., II-II, q. 61, a. 1, solución a la 3ª. dificultad.
- 217 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 186, p. 245 y 246.
- 218 .- Castellanos Tena Fernando, op. cit. en la nota no. 18, p. 135 y 136.
- 219 .- Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit. en la nota no. 31, p. 15.
- 220 .- Ibidem., p. 15.
- 221 .- Pallares Eduardo, op. cit. en la nota no. 33, p. 16.
- 222 .- Rocco Hugo, Derecho Procesal Civil, p. 114, traducción española, México, 1939; citado por Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit. en la nota no. 31, p. 15.

- 223 .- Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, op. cit. en la nota no, 31, p. 16.
- 224 .- Lufio Peña Enrique, op. cit., p. 499.
- 225 .- Ibidem., p. 499.
- 226 .- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, p. 8, Sarceda; citado por García Máynez Eduardo, op. cit., p. 141.
- 227 .- Preciado Hernández Rafael, op. cit., p. 223.
- 228 .- De Aquino Santo Tomás, op. cit., II-II, q. 63, a. 4, solución a la 1a. dificultad.
- 229 .- Recaséns Siches Luis, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, 1era edición, Porrúa, México, 1963, Tomo I, p. 188.
- 230 .- Ibidem., p. 228.
- 231 .- Ibidem., p. 240 y 241.
- 232 .- Radbruch Gustavo L., Introducción a la Filosofía del Derecho, Brev. del Fondo de Cultura Económica, 3a. ed., México, 1965, p. 31 y siguientes.
- 233 .- Ibidem., p. 90 y 91.
- 234 .- Ibidem., p. 32.
- 235 .- Radbruch Gustavo L., Introducción a la Ciencia del Derecho, 1a. ed., Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie C, Madrid, 1930; Vol II, p. 79 y siguientes.
- 236 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 186, p. 245.
- 237 .- Ibidem., p. 245.
- 238 .- Radbruch Gustavo L., op. cit. en la nota no. 235, p. 108.
- 239 .- Kleinbappl, Gañdía y Gómez Hoyos Rafael, citados por Preciado Hernández Rafael, op. cit., p. 226.
- 240 .- Ibidem., p. 226 y 227.

- 241 .- Kleinhappl; citado por el P. Gómez Hoyos Rafael en su estudio Concepto Jurídico de la Justicia Social publicado en el No. 176 de la revista "La Justicia", México, 1942.
- 242 .- Vermeersch A. S.J., La Justicia y la Injusticia, versión española de la segunda edición latina por Valls Tarra-gó Pedro, Tomo I, p. 45; citado por Preciado Hernández Ra-fael, op. cit., p. 228.
- 243 .- Preciado Hernández Rafael, op. cit., ps 228 y 229.
- 244 .- Ibidem., p. 229 y 230.
- 245 .- Radbruch Gustavo L., op. cit. en la nota no. 235, p. 82.
- 246 .- Ibidem., p. 108 y 109.
- 247 .- Ibidem., p. 113 y 114.
- 248 .- Ibidem., p. 82.
- 249 .- Radbruch Gustavo L., op. cit. en la nota no. 232, p. 93.
- 250 .- Radbruch Gustavo L., op. cit. en la nota no. 235, p. 113.
- 251 .- Ibidem., p. 109 y 110.
- 252 .- Ibidem., p. 113.
- 253 .- García Mányez Eduardo, op. cit., p. 83.
- 254 .- Fallos del Tribunal Federal suizo, 58 II, p. 444; citados por Du Pasquier Claude, op. cit., p. 151.
- 255 .- García Mányez Eduardo, op. cit., p. 83.
- 256 .- De Aquino Santo Tomás, op. cit., II II, q. 58, a. 5, respuesta.
- 257 .- Ibidem., II II, q. 58, a. 7, solución a la 1ª dificultad.
- 258 .- Kelsen Hans, op. cit. en la nota no. 186, p. 244.
- 259 .- Radbruch Gustavo L., op. cit. en la nota no. 232, p. 91.
- 260 .- Radbruch Gustavo L., op. cit. en la nota no. 235, p. 79 y 80.
- 261 .- Goldschmidt Werner, op. cit. en la nota no. 68, Tomo I, p. 29.
- 262 .- De Aquino Santo Tomás, op. cit., II II, q. 63, a. 4, solución a la primera dificultad.

263 .- Preciado Hernández Rafael, op. cit., p. 223.

264 .- Fraga Gabino, op. cit., p. 94.

B I B L I O G R A F I A :

- 1 .- Antokoletz Daniel, Tratado de Derecho Internacional Público, 5a. ed., Editorial La Facultad, Buenos Aires, 1951.
- 2 .- Ascoli Próspero, Del Comercio Marítimo y de la Navegación, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, 1953.
- 3 .- Cabanellas Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1968.
- 4 .- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos de Derecho Penal, 4a. ed., Porrúa, México, 1967.
- 5 .- Castillo Larrañaga José y De Pina Rafael, Derecho Procesal Civil, 7a. ed., Porrúa, México, 1966.
- 6 .- Climent Beltrán Juan B., Ley Federal del Trabajo y otras leyes laborales, 1a. ed., Editorial Esfinge, México, 1970.
- 7 .- De Aquino Santo Tomás, Suma Teológica, Edición bilingüe, B.A.C., Madrid, 1954.
- 8 .- De la Cueva Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, 8a. ed., Porrúa, México, 1964.
- 9 .- De Pina Rafael, Derecho Civil Mexicano, 3a. ed., Porrúa, México, 1963.
- 10 .- De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José, Derecho Procesal Civil, 7a. ed., Porrúa, México, 1966.
- 11 .- Díaz Cisneros Cesar, Derecho Internacional Público, 2a. ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966.
- 12 .- Du Pasquier Claude, Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica, 2a. ed., Librería Internacional del Perú, Lima, 1950.
- 13 .- Folchi María O. y otros, Cuestiones Actuales de Derecho Aéreo, náutico, Temas de Eudeba, Buenos Aires, 1968.

- 14 .- Fraga Gabino, Derecho Administrativo, 5a. ed., Porrúa, México, 1952.
- 15 .- García Máynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 13a. ed., Porrúa, México, 1965.
- 16 .- García Trinidad, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, 14a. ed., Porrúa, México, 1965.
- 17 .- Goldschmidt Werner, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, 2a. ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, S/F.
- 18 .- Gómez Hoyos Rafael, Concepto Jurídico de la Justicia Social, publicado en el no. 176 de la revista "La Justicia", México, 1942.
- 19 .- Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, 3a. ed., Textos Universitarios, México, 1969.
- 20 .- Kelsen Hans, Teoría General del Estado, Editora Nacional, México, 1970.
- 21 .- Leclercq Jacques, Introducción a las Ciencias Sociales, 1a. ed. en español, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1961.
- 22 .- Luño Peña Enrique, Derecho Natural, 4a. ed., Librería La Hormiga de Oro, Barcelona, 1961.
- 23 .- Mantilla Molina Roberto L., Derecho Mercantil, 10a. ed., Porrúa, México, 1968.
- 24 .- Maritain Jacques, Le Pouvoir, Presses Universitaires de France, Paris, 1957.
- 25 .- Mendieta y Núñez Lucio, Introducción al estudio del Derecho agrario, 2a. ed., Porrúa, México, 1966.
- 26 .- Núñez C. Ricardo, Definición del Derecho Penal, Enciclopedia Jurídica OCEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- 27 .- Ordoñez Carasa Felipe, Derecho Agrario, Enciclopedia Jurídica

- OMFBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- 28 .- Orione Francisco, Divisiones del derecho positivo, Enciclopedia Jurídica OMFBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- 29 .- Pallares Eduardo, Derecho Procesal Civil, 2a. ed., Porrúa, México, 1965.
- 30 .- Petit Eugene, Tratado elemental de derecho romano, Traducción española de la 9a. ed. francesa, Editora Nacional, México, 1963.
- 31 .- Porrúa Pérez Francisco, Teoría del Estado, 4a. ed., Porrúa, México, 1966.
- 32 .- Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, 6a. ed., Editorial Jus, México, 1970.
- 33 .- Radbruch Gustavo Lamberto, Introducción a la Ciencia del Derecho, 1a. ed., Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie C, Madrid, 1930.
- 34 .- Radbruch Gustavo Lamberto, Introducción a la Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 3a. ed., México, 1965.
- 35 .- Recaséns Siches Luis, Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, 1a. ed., Porrúa, México, 1963.
- 36 .- Romero del Prado Victor, Derecho Internacional Privado, Enciclopedia Jurídica OMFBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- 37 .- Romero del Prado Victor, Derecho Internacional Privado, Ediciones Assandri, Córdoba, Argentina, 1961.
- 38 .- Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo, 3a. ed., Librería de Manuel Porrúa, México, 1965.
- 39 .- Supino David, Derecho Mercantil, Traducción española de la 4a. ed. por Lorenzo Benito, Editorial La España Moderna, Madrid, S/F.

- 40 .- Sierra Manuel J., Derecho Internacional Público, México, 1947 (No trae nombre de la editorial pero puede localizarse en la biblioteca de la Fac. de Derecho de la Univ. de Guadalajara con la clasif.: 341.5 SIF.)
- 41 .- Tena Ramírez Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 2a. ed., Porrúa, México, 1949.
- 42 .- Vermeersch A., "La Justicia y la Injusticia", versión española de la 2a. ed. latina por Valls Terragá Pedro.

I N D I C E :

Pág.

DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO
A LA LUZ DE LA FILOSOFIA JURIDICA.

I.- IDEAS GENERALES SOBRE LA DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO:

Introducción.....	1
Subdivisiones del derecho público interno, conforme al criterio objetivo tradicional:	
Derecho Constitucional.....	3
Derecho Administrativo.....	4
Derecho Penal.....	7
Derecho Penal Militar.....	9
Derecho Disciplinario.....	10
Derecho Procesal.....	12
Subdivisiones del derecho privado interno, conforme al criterio objetivo tradicional:	
Derecho Civil.....	15
Derecho Mercantil.....	16
Otras ramas jurídicas:	
Derecho Marítimo.....	20
Derecho Internacional Público.....	21
Derecho Internacional Privado.....	23
Ramas Jurídicas de creación reciente:	
Derecho Agrario.....	25
Derecho del Trabajo.....	30
Derecho Aereo.....	41

II.- POLEMICA SOBRE ESTA DISTINCION:

Introducción al capítulo.....	45
Teorías dualistas:	
Teoría del romano Ulpiano.....	46
Teoría de Montesquieu.....	47
Teoría de la subordinación de los gobernados hacia los gobernantes.....	48

Teorías Pluralistas:

Introducción al capítulo.....	55
Teoría de Carlos García Oviedo.....	55
Teoría de Gurvitch.....	56
Teoría de Mario de la Cueva.....	59

Teorías Negativas:

Introducción al capítulo.....	61
Teoría de Duguit.....	61
Teoría de Renard.....	62
Teoría de Nicolai.....	63

III. EXPOSICION Y CRITICA DE LA TESIS DE HANS KELSEN:

Introducción al capítulo.....	64
Exposición de su primera postura frente a la división tradicional del derecho en público y privado....	68
Exposición de su segunda postura frente a la división tradicional del derecho en público y privado.....	72

IV.- EXPOSICION Y CRITICA DE LA TESIS DE GUSTAVO RADBRUCH :

Introducción al capítulo.....	86
Exposición de su postura frente a la división del derecho en público y privado.....	86
Crítica del "nuevo derecho".....	90
Crítica del criterio de Radbruch para distinguir el derecho público del privado.....	94

V.- NUESTRO PUNTO DE VISTA :

Introducción al capítulo	100
Exposición de nuestro punto de vista respecto a las normas generales y a las normas individuali- zadas.Su aplicación a nuestro derecho nacional	100
Exposición de nuestra postura aplicando el crite- rio propuesto a las normas generales y a las nor- mas individualizadas.....	101
Cuadro esquemático de nuestro criterio de distin- ción del derecho en público y privado.....	107
Aplicación, del criterio que se propone, a diferentes ramas jurídicas.....	109
.....	
CONCLUSIONES.....	115
CITAS BIBLIOGRAFICAS.....	119
BIBLIOGRAFIA.....	134