

*Segunda parte*  
**ESTRUCTURA JURÍDICA**

Sección I: Introducción . . . . .	177
Sección II: Socialización del derecho . . . . .	181
§1. Aspectos jurídicos del “direccionismo” . . . . .	181
§2. La Socialización del derecho . . . . .	188
§3. La simbiosis del derecho privado y del derecho público . . . . .	193

SEGUNDA PARTE  
ESTRUCTURA JURÍDICA

## SECCIÓN I

### INTRODUCCIÓN

¿Qué representa, en el fondo, la nacionalización desde el punto de vista del derecho? ¿Constituye la nacionalización, actualmente, una noción jurídica independiente y bien definida?

1. La mayoría de los manuales y de los textos de derecho anteriores a la primera guerra mundial, y aún al periodo que media entre las dos guerras, no hacen ninguna alusión a ella.<sup>1</sup> El término de nacionalización no se impuso en el lenguaje hablado<sup>2</sup> y no atrajo la atención de la doctrina y de la jurisprudencia sino después de 1917, cuando recurriendo a métodos revolucionarios, la URSS proclamó como propiedad del Estado tanto la tierra como los medios de producción y de circulación. Después ese término adquirió, pero solamente dentro del sistema jurídico de la URSS, derecho de ciudadanía. Fuera de la Unión Soviética el legislador no usó, durante el periodo que separa las dos guerras mundiales, sino de manera incidental dicho término y sin darle un significado preciso.<sup>3</sup>

Ya hemos comprobado que después de la última guerra mundial, una ola imponente de nacionalizaciones se desató sobre ciertos Estados del este europeo, sobre Gran Bretaña, Francia y otros países más.<sup>4</sup> Hemos constatado igualmente que si las ideas que se encuentran formando la base de todas las nacionalizaciones presentan grandes similitudes, los medios de aplicación han sido bastante diferentes según los países. Las nacionalizaciones llevadas a cabo después de la segunda guerra mundial difieren de la que se realizó en la URSS en 1917. Y además difieren

<sup>1</sup> Así el *Dictionnaire usuel de Droit* de Legrand (Librairie Larousse-1934) no contiene dicho término. De igual modo, la obra de Esser, J., publicada en 1949, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staatsrechts* (Viena), que incluye una muy compleja nomenclatura de términos jurídicos no menciona a la nacionalización.

<sup>2</sup> Gendarme, R. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>3</sup> Por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución de España del 9.12.1931: "...Los servicios públicos y las explotaciones que presenten un interés común pueden ser nacionalizados en el caso en que así lo exigieren las necesidades sociales."

<sup>4</sup> Ver *supra*, pp. 71 y ss.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

ellas entre sí. Hemos visto a este respecto que las nacionalizaciones llevadas a cabo en los países de Europa oriental forman un conjunto muy homogéneo que se distingue de las nacionalizaciones efectuadas no solamente en Europa occidental, sino también en la URSS.<sup>5</sup> Examinando desde el punto de vista del derecho comparado los problemas que plantean por ejemplo las nacionalizaciones realizadas en los países de Europa oriental, no se pueden aplicar por analogía las soluciones a las que se había llegado, en su época, con motivo de las medidas de nacionalización tomadas en la URSS en 1917 y después de esta fecha. A diferencia de lo que sucedió en la URSS, estas nacionalizaciones descansan en efecto en un orden jurídico que no tiende a abolir, en principio, la propiedad privada de los medios de producción, la herencia y la iniciativa privada en la economía.<sup>6</sup> Es más difícil todavía identificar, por ejemplo, las nacionalizaciones de Francia y de la Gran Bretaña a la nacionalización de la vida económica en la URSS por una parte, y a las nacionalizaciones en los países de Europa oriental por la otra.

2. Como ya lo habíamos indicado,<sup>7</sup> las ideas fundamentales que contiene la nacionalización como postulado político, social y económico están definidas de una manera bastante precisa. Se trata de utilizar, en su totalidad o en parte, los medios de producción según los principios socialistas, es decir no en el interés de personas privadas, sino en el de la sociedad; ahora bien, para alcanzar ese objetivo, es necesario que dichos medios, si son propiedad privada, se conviertan en propiedad de la comunidad.

Admitiendo que hayamos dado así una definición satisfactoria, por lo menos para el lenguaje hablado, de la nacionalización como postulado político, social y económico, es menester aceptar que al hacer eso no hemos precisado la noción jurídica de nacionalizar. No es realmente necesario, en efecto, que una noción propia de la sociología, de la economía o de la política, como es el caso en cuestión, tenga un contenido específicamente jurídico.<sup>8</sup> Por el contrario, es posible y concebible que un postulado económico, social o político se aplique por los medios de derecho existentes, sin que convenga buscar nuevas fórmulas y nociones jurídicas. Cuando la economía política habla por ejemplo de “intercambio de bienes”, esos intercambios se realizan, desde el punto de vista jurídico, por los medios de derecho ya existentes tales como créditos, compras, etcétera, dicho de otro modo con la ayuda de todo un complejo de instituciones que se encuentran reguladas en los códigos civiles contemporáneos.

<sup>5</sup> Fabre, M. H. *Théorie des Démocraties populaires*, Paris, 1950, p. 13.

<sup>6</sup> Varga, E. *Democracia del Nuevo Tipo* (en ruso), Revista Mirovoe Hosaistvo i Mirovaia Política, 1947, núm. 3, pp. 3 y ss. Karass, A. en opinión de la Academia de la URSS, Sección económica y jurídica (en ruso), 1949/4, p. 306.

<sup>7</sup> Ver *supra*, pp. 34-39.

<sup>8</sup> Rivero, J. *Le Régime des Nationalisations*, p. 1.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

A primera vista, parecería como que esto fuera igualmente posible cuando se trata de nacionalizaciones. Puesto que el objetivo de la nacionalización es conferir a la colectividad, es decir al Estado, la propiedad de los medios de producción con miras a su utilización según los principios socialistas, y que estos medios están entre las manos de los propietarios privados, el lado jurídico de la operación podría reducirse a su compra por parte del Estado o a la expropiación en provecho de éste, de conformidad con los procedimientos habituales del derecho privado: contrato de compraventa, expropiación por causa de utilidad pública del tipo conocido desde el Código Napoleón, etcétera. Por otra parte tendiendo el objetivo a organizar la producción y los cambios según los principios socialistas, es decir en el interés general, y no en el de los particulares, se puede considerar que este postulado se encontraría igualmente realizado, en el plano jurídico, por el hecho mismo de la adquisición por parte del Estado de los medios necesarios; finalmente sería posible, para perfeccionar la realización de esta parte del postulado efectuando modificaciones dentro del marco del derecho existente, en la estructura jurídica de los medios de producción adquiridos: modificación de los estatutos de las sociedades por acciones nacionalizadas, revisión de contratos de concesión, la administración por el Estado, procedimientos todos ellos harto conocidos desde hace mucho tiempo por el arsenal jurídico contemporáneo.

Si se obrase de tal manera y si tal fuera realmente la esencia del acto de nacionalización, el jurista se vería obligado a evitar de un modo general, el empleo del término de “nacionalización” porque este último no representaría para él nada nuevo.<sup>9</sup> Más exactamente, estaría obligado a buscar lo que disimula, desde el punto de vista jurídico, el término de “nacionalización”, con el fin de establecer si se trataba de una expropiación por causa de utilidad pública del tipo conocido, de una venta, de una fusión, de una transformación, de una confiscación, etcétera.

3. Un análisis minucioso de los actos legislativos de estos últimos años concernientes a la nacionalización nos muestra sin embargo que el legislador contemporáneo recurre a la noción de “nacionalización” como a una noción jurídica nueva, como a una institución de derecho a la que le da un contenido especial.<sup>10</sup>

La nacionalización, en tanto que forma jurídica que permite realizar el postulado social, económico y político que ella comprende, descansa en los cambios profundos sobrevenidos dentro de la estructura del derecho en general. Su más importante particularidad reside en el hecho de la

<sup>9</sup> Waline, M. *Les Nationalisations*, p. 84: “Si es verdad que una ciencia es un lenguaje bien empleado, el término de “nacionalización” apenas si es científico.” Scammel, E. H. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>10</sup> Celier, H. *Quelques Données historiques du Problème des Nationalisations*, p. 94. Vedel, G. *La Technique des Nationalisations*, p. 98. Duez, P. Debeyere, G. *Traité de Droit administratif*, Paris, 1952, p. 882. Maillet, J. *Op. cit.*, pp. 23, 29.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

posesión por la colectividad de los medios de producción. Esos elementos deben incitarnos a definir en primer lugar las relaciones y los vínculos que existen entre la noción de nacionalización y la *nueva estructura del derecho* en general, así como las relaciones entre esta noción y el contenido atribuido hasta ahora a la *propiedad*, por una parte, y a la “expropiación” como medio de transferencia forzada de la propiedad, por la otra.

## SECCIÓN II

### SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO

No hay que tener miedo, cuando se hace sentir la necesidad, de analizar de manera realista las nociones jurídicas nuevas y de hacer constar el nacimiento de nuevas categorías jurídicas.

G. Vedel, *Coloque (3e.) des Facultés de Droit de France, Le Fonctionnement des Entreprises nationalisées en France*, Paris, 1956, p. 192.

#### § 1. Aspectos jurídicos del “direccionismo”

1. Para tener una idea justa de la naturaleza jurídica de la nacionalización, conviene ante todo tomar en consideración los cambios de estructura acaecidos en el campo del derecho, cambios que preceden y acompañan a la nacionalización, al mismo tiempo que constituyen su fundamento.

Las transformaciones sociales de estos últimos decenios, especialmente las que se manifestaron en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos desde que el Estado participa en la vida económica, han tenido que influir en la estructura general del derecho.<sup>1</sup> Como necesitaba sin cesar dar a esas nuevas relaciones entre el ciudadano y la colectividad, es decir el Estado, su expresión jurídica, el derecho tomó, por eso mismo, un nuevo aspecto.<sup>2</sup> Según las concepciones del derecho clásico, del *Código civil francés* y de la mayoría de los códigos civiles contemporáneos, el derecho comprendía dos esferas distintas —la del

<sup>1</sup> Hedemann, J. W. *Deutsches Wirtschaftsrecht*, p. 2: “Die Wirtschaft bedarf des Rechts, In der Tat, sie würde zusammenbrechen, wenn es das Recht nicht gäbe... aber es gibt auch das Umgekehrte: das Recht muss sich der Wirtschaft widmen. Es würde auch seinerseits zusammenbrechen, wenn es sich nicht um die Wirtschaft kümmerte.”

<sup>2</sup> Katzarov, K. *Nouveaux Aspects de l'Immunité judiciaire de l'Etat*, pp. 439, 431 y ss.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

derecho público y la del derecho privado, el primero teniendo por objeto la organización del Estado y sus relaciones con los particulares, el segundo refiriéndose a las relaciones entre los particulares. Esas dos esferas se consideraban en tal forma independientes la una de la otra que la existencia de una delimitación muy estricta no se ponía en duda, solamente los medios de establecer esos límites claramente podían prestarse a discusión. Según los códigos civiles contemporáneos el derecho privado descansaba enteramente en la propiedad y en la iniciativa privadas.

Sin embargo esas épocas se han acabado. Desde hace ya mucho tiempo el Estado contemporáneo no puede aislarse en sus funciones de poder público y desinteresarse de las relaciones entre particulares. Después de una serie de cambios acaecidos en el curso de los últimos decenios dentro de la estructura social y económica de la sociedad contemporánea, el Estado ha intervenido por propia autoridad, cuando no se ha visto obligado o solicitado para hacerlo,<sup>3</sup> en sus relaciones y en actividades consideradas en el pasado como competencia exclusiva de los particulares.<sup>4</sup> Las razones de ello son muy numerosas.

Primeramente, hay actividades económicas que estando reservadas a la iniciativa y al capital privados, son más o menos descuidadas por ellos porque no las encuentran suficientemente atractivas; es el caso por ejemplo de los transportes marítimos y aéreos y como esas actividades son de una gran importancia para la colectividad, el Estado se encarga entonces de ejercerlas instituyendo en su beneficio un monopolio, a menos que las circunstancias obliguen a tomar otras medidas que se traduzcan en el otorgamiento de subvenciones o en la creación de empresas mixtas, o por medio de la administración del Estado.<sup>5</sup>

Además la nueva estructura de los sujetos de derecho incita al Estado a intervenir en la vida económica, aun cuando ésta ignore todo acto de nacionalización. Como consecuencia del rápido crecimiento de las fuentes de los bienes materiales, las tareas impuestas por la producción sobrepasan en nuestros días a las fuerzas y a las posibilidades de un solo individuo. El productor aislado —artesano, avicultor o comerciante— cede el lugar a la empresa colectiva.<sup>6</sup> Esa “reunión”, esa “colectivización” de los sujetos de derecho se manifiesta también en el campo del consumo por la creación de cooperativas de consumo y otras organizaciones similares. De tal suerte, la base de las relaciones de derecho privado, y especialmente de las obligaciones, se modifica radicalmente. De individuales, se convierten en colectivas.<sup>7</sup> Pero cuando una empresa económica, aun privada, se desarrolla y se extiende —lo que es desde luego

<sup>3</sup> Ponteil, F. *Histoire générale contemporaine*, Paris, 1951, p. 547.  
p. 252.

<sup>4</sup> Marbach, Fr. *Zur Frage der wirtschaftlichen Staatsintervention*, Berna, 1950,

<sup>5</sup> Chenot, B. *Op. cit.*, p. 363.

<sup>6</sup> Laverigne, B. *Le Problème des Nationalisations*, Paris, 1946, pp. 8, 9, 63.

<sup>7</sup> Savatier, R. *Les Métamorphoses économiques et sociales*, p. 13.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

la tendencia natural de toda empresa—, su importancia social se acrecienta igualmente. Desde ese momento el Estado empieza a prestarle atención, ya por su propia voluntad, ya sea porque es atraída por los mismo interesados. Sin embargo, en las condiciones actuales, tal situación lleva rápidamente al establecimiento de un control que conduce insensiblemente al “direccionismo”.

El rápido y considerable aumento de las posibilidades materiales, individuales, pero sobre todo colectivas, las invenciones técnicas que abren cada vez más nuevos horizontes y que confieren unidad a nuestro planeta, tan fragmentado en otras épocas, se reflejan en las instituciones jurídicas, sin que el legislador tenga siempre que intervenir expresamente. El mundo forma un todo y los grandes problemas se plantean ahora en escala mundial.<sup>8</sup> Ahora bien, no es ni siquiera posible pensar que la producción o el comercio puedan ser organizados en el plano internacional, y mundial, sin la participación o la intervención del Estado.

Por otra parte las crisis y las guerras que han sufrido estos últimos decenios, han puesto al Estado ante tareas particularmente difíciles que lo han obligado, para que pueda llenar sus funciones de derecho público, a inmiscuirse más o menos profundamente, de manera temporal o permanente<sup>9</sup> según el caso, en la mayor parte de los campos del derecho, especialmente en el del derecho privado que rige las relaciones entre los ciudadanos. Desde ese momento, como esas relaciones privadas entre ciudadanos se habían convertido en muy numerosas, complejas y extensas relaciones, y como la intervención del Estado se imponía cada vez más para permitir la solución de problemas sociales permanentes y de importancia vital, el Estado tuvo que asumir funciones de dirección en amplios sectores de la vida económica privada. Además, como la terminación de una guerra tiene por efecto generalmente no poner fin a las crisis, sino reemplazarlas por otras, la intervención del Estado se hace necesaria.

Esta intervención, como factor permanente de la vida económica, el “direccionismo” y la planificación estatal son precisamente el fruto de esta evolución.<sup>10</sup> Las teorías socialistas sobre la función económica del Estado comenzaron, al mismo tiempo a penetrar en la política y en la legislación, encontrando en vista de las circunstancias una favorable acogida en muchos lugares. No quedaba más que un paso por dar para llegar a la nacionalización.

2. En la vida jurídica esta evolución se manifiesta de diferentes maneras.<sup>11</sup> El medio más conveniente y eficaz, para que el poder público

<sup>8</sup> Savatier, R. *Idem*, p. 14.

<sup>9</sup> Duez, P. Debeyere, G. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>10</sup> Marbach, Fr. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>11</sup> Ripert, G. *Le Déclin du Droit*, p. 42: “Prohibir, autorizar, ordenar, vigilar, explotar, toda la gama de las intervenciones del Estado en los intereses privados.”

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

interviniera en la esfera de los intereses regidos por el derecho privado resultó ser la *reglamentación de la libertad* de contratación y del derecho de propiedad que constituyen los dos elementos jurídicos esenciales de la actividad económica.

El “direccionismo” encontró sus primeras aplicaciones importantes en el campo del derecho de las obligaciones. La nueva estructura económica que exigía un despliegue de esfuerzos colectivos para la ejecución de tareas desmesuradamente acrecentadas, empezó a desplazar al individuo como factor de la producción (artesano, comerciante, etcétera). Sabemos que orientar la evolución del derecho hacia una especial solicitud respecto a la colectividad y a la sociedad significa dar prioridad al derecho público en detrimento del derecho privado y hasta de la libertad individual en la vida económica.<sup>12</sup> Es así como de una intervención jurídica del Estado en la vida económica, aparentemente inocente (por ejemplo, la reglamentación y la organización técnica del artesanado), se pasó a una reglamentación nada despreciable de toda la actividad económica. Se hizo posible o necesario dictar prohibiciones y restricciones a la celebración de ciertos contratos, evolución que llevó finalmente a establecer la obligación de contratar.<sup>13</sup> Pero la reglamentación cuenta especialmente, dentro de los medios que permiten realizarla, con la prohibición. Ahora bien ésta es de las más eficaces y el hecho de hacer uso de ellas puede llevar lejos. Es así como la reglamentación y con ella la prohibición llevaron, el apremio, al campo del derecho privado.

En lo que concierne particularmente a la propiedad, la evolución seguida fue idéntica. En nombre del interés “general” o “social”, la propiedad, como derecho “absoluto, exclusivo y eterno” se encontró cada vez más limitada.<sup>14</sup> Savatier hace notar con mucha agudeza<sup>15</sup> que la Revolución de 1789 había rescatado a la propiedad del régimen feudal y la había proclamado “un derecho inviolable y sagrado” que no admitía otra restricción que la instituida en beneficio del vecino; los sucesos posteriores a 1789 mostraron que en realidad, todos los hombres son vecinos.<sup>16</sup> Esto explica que en lugar de permanecer como privado y civil, el derecho de propiedad dependa cada vez más del derecho público.<sup>17</sup>

Por otra parte, la tendencia a proteger a los económicamente débiles, que existía desde hace mucho tiempo en el derecho privado pero que solamente se había manifestado de una manera incidental y tímida y sólo dentro de ciertos campos, como el de los seguros, revistió por razones económicas y sociales una gran importancia. El punto culmi-

<sup>12</sup> Ripert, G. *Le Déclin du Droit*, pp. 204 y ss.

<sup>13</sup> Ver *infra*, pp. 444-445, 458-459.

<sup>14</sup> Volveremos a ver más adelante y con mayor detalle esta evolución, pp. 207 y ss. Ver también Decugis, H. *Op. cit.*, p. 231.

<sup>15</sup> Savatier, R. *Du Droit civil au Droit public*, p. 40.

<sup>16</sup> Savatier, R. *Idem*, p. 41.

<sup>17</sup> Savatier, R. *Idem*, p. 41.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

nante de esa evolución es alcanzado cuando aparece la tendencia a debilitar a los poderosos — que en una economía liberal son los propietarios de empresas. De tal modo la protección de los débiles que sólo constituía un factor secundario del derecho privado, contribuyó también a preparar la transferencia de la propiedad privada a la sociedad, al Estado.

3. Esta evolución ha continuado estos últimos años a un ritmo acelerado no solamente en las economías orientadas hacia el socialismo, sino igualmente en aquellas que descansan en una base liberal. No existe país en la actualidad que no conozca una intervención más o menos acentuada del Estado en la actividad económica.<sup>18</sup> No se puede afirmar que esta intervención sea únicamente el hecho de un Estado “todopoderoso” que busca satisfacer su “sed de poder”. Muy a menudo es debida en efecto a la sociedad, al consumidor, a la población, como puede ser también provocada por la empresa privada, la que extendiéndose tiene necesidad de la ayuda, de la intervención o al menos de la solicitud del Estado. En muchos casos, son las empresas las que requieren una ayuda en forma de subvenciones, de facilidades fiscales o aduanales, o las que piden al poder público sea el árbitro en los conflictos entre obreros y contratantes, etcétera. Como lo hace ver Marchal<sup>19</sup> de manera muy justa y fina, del mismo modo que no se puede nunca determinar el responsable de una querrela entre niños, también sería muy difícil decir más tarde, al proceder a un examen retrospectivo, quién de los dos, el Estado o el explotador privado, tomó la iniciativa de la tutela ejercida en nuestros días sobre la economía por el poder público. Ahora bien, como lo muestra la experiencia, la intervención del Estado tiene por característica inevitable permanecer, una vez establecida, sólidamente implantada.

Nuestra época revela una verdad indiscutible; desde hace algunos decenios el poder político, la legislación y hasta la práctica de los tribunales concuerdan en orientar el derecho positivo hacia el reconocimiento de la función directiva del Estado dentro de la vida económica.

4. Para resumir lo que acaba de ser expuesto, diremos que al considerar *el aspecto jurídico de la cuestión*, podemos hablar de intervención del Estado en la vida económica o de direccionismo,<sup>20</sup> cuando esta intervención o ese direccionismo impuestos a la actividad económica

<sup>18</sup> Armengaud, M. *Proposition de Loi relative aux activités industrielles de l'Etat, aux établissements publics à caractère industriel et commercial et tendant à la création de la Société nationale pour la gestion des fonds publics*, Droit social, 1951/1, p. 5.

<sup>19</sup> Marchal, J. *Systèmes économiques et Rationalité*, Droit social, 1950/8, p. 297.

<sup>20</sup> Ripert, G. *Aspects juridiques du Capitalisme moderne*, p. 210: “Ni la expresión misma se ha fijado: ¿dirigismo o direccionismo? ¿Economía dirigida, o economía concertada, disciplinada, vigilada, controlada, organizada, planificada? ¿Es lo mismo? ¿Es necesario hacer distinciones?”

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

normal *a*) provienen del exterior, a saber del Estado,<sup>21</sup> y *b*) se manifiestan por actos de gobierno, es decir por actos administrativos o legislativos. Esos son los rasgos esenciales del direccionismo en el sentido jurídico del término. Desde el punto de vista del derecho, es verdad, el direccionismo está caracterizado por la naturaleza y por el grado de esta intervención exterior. A este efecto conviene establecer las siguientes distinciones:

1) Toda intervención del legislador en el campo económico tiene por fin instituir un cierto orden, reglamentar un fenómeno económico dado. Ninguna institución jurídica relativa a la actividad económica (transportes, seguros, sociedades comerciales, etcétera) podría existir en ausencia de tal reglamentación. Desde ese momento cada economía jurídicamente organizada contiene, a los ojos del jurista, un embrión de direccionismo, porque el legislador parte necesariamente de una concepción económica bien definida que encuentra su expresión en las leyes creadas. Pero es ésta una intervención puramente normativa que calificaremos como *intervención del primer grado*, la que tiene por fin principal o exclusivo la institución de un orden determinado.<sup>22</sup> Bajo esta forma, la intervención del Estado en la actividad económica puede ser encontrada en cualquiera época y en cualquier lugar.

2) Pero esta intervención se hace más sensible cuando al lado de las normas jurídicas existentes que figuran en las leyes civiles y mercantiles fundamentales y rigen desde hace mucho la vida económica, el Estado procede a la creación de normas complementarias o excepcionales con el objeto de derogar las normas de un orden establecido y de dar una nueva orientación a la actividad económica en su conjunto o a algunas de sus ramas. La intervención y el control del Estado tienen entonces por finalidad ir más allá de una reglamentación puramente normativa de las diferentes instituciones relacionadas con la economía.<sup>23</sup> El legislador tiende en efecto a adquirir una influencia considerable, decisiva, sobre la actividad económica. Ya no se trata solamente de instituir un cierto orden, sin el cual los engranajes (mecanismos) económicos no podrían funcionar, sino de conferir al Estado, como sujeto de derecho público, una función importante y hasta primordial en las manifestaciones y en el desarrollo de las actividades económicas. Es así, por ejemplo, que buscará no solamente reglamentar la creación de instituciones de crédito, sino orientar igualmente su actividad hacia la producción, la agricultura, el comercio internacional o cualquier otro campo. Semejante intervención del legislador constituye una *intervención en segundo grado*. Actualmente toda la humanidad pasa, en mayor o menor medida, por esta segunda fase del desarrollo de la intervención estatal.

<sup>21</sup> Chenot, B. *Organisation économique de l'Etat*, p. 494.

<sup>22</sup> Ver *supra*, p. 183.

<sup>23</sup> Ver *supra*, p. 53 y ss.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

3. Sin embargo, cuando el Estado ha tomado íntegramente, o casi íntegramente a su cargo los medios de producción y de circulación para utilizarlos solamente en el interés general, su intervención en la vida económica reviste una importancia fundamental<sup>24</sup> y da nacimiento a un derecho nuevo.<sup>25</sup> Ya no le importa al Estado realizar, ni aun dentro de un marco previamente establecido (liberal, socialista, etcétera), una organización jurídica elemental de las instituciones que requiere el funcionamiento del sistema elegido; ya no se trata de permitir al Estado influir en los resultados de la actividad económica que se ejerce sobre una base determinada. Se trata de organizar al mismo Estado de manera que se convierta en el factor principal, si no en el único, de la producción y de la circulación. Esta constituye una *intervención del tercer grado*. Términos como “vigilancia”, “control”, y hasta “direccionismo” son en este caso insuficientes para calificar la naturaleza de esta intervención.

Los principios básicos relativos a la situación del Estado, cuando toma parte en la vida económica de un modo considerable, se encuentran dentro de la ley fundamental, es decir dentro de la constitución. Es por lo que, después que el Estado afirma su pretensión de desempeñar un papel activo dentro de la vida económica, se observa en la mayoría de las constituciones recientes la tendencia a consagrar un capítulo especial a la organización económica del Estado.<sup>26</sup> Este fenómeno era desconocido en el pasado, porque las constituciones, consideradas como actas políticas, sólo expresaban la organización política del Estado. Las nuevas normas constitucionales que se ocupan especialmente de la estructura económica prevén casi todas las posibilidades, si no en todos los casos la obligación para el Estado de intervenir en la economía, si de dirigirla o de ejercer él mismo algunas actividades de esa índole.

5. La intervención del Estado dentro de la economía se acentúa; en principio, teniendo en cuenta el Estado actual de las cosas, es difícil negarla y poco probable que pueda ser evitada.<sup>27</sup> Sin embargo es evidente que, según las necesidades y las concepciones admitidas, dicha intervención tiene varios grados. Dentro de esta graduación fundada en criterios puramente económicos, la nacionalización aparece como la conclusión lógica, como la etapa final de la economía dirigida.

Pero así como lo hemos visto, la intervención del Estado, el direccionismo y la planificación tienen desde el punto de vista jurídico un contenido específico que posee a su vez diversos matices y grados. Ahora

<sup>24</sup> Chenot, B. *Op. cit.*, pp. 91, 92.

<sup>25</sup> Bye, M. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>26</sup> Todas las nuevas constituciones que entraron en vigor después de 1944 (y que eran en total 29, representando el 40% de las constituciones en vigor en esa época, ver Peasle, A. *Op. cit.*, p. 1950, General Summary, p. 4), contienen secciones especiales consagradas a la estructura económica del Estado.

<sup>27</sup> Racine, R. *Op. cit.*, p. XXI. Voinea, S. *Op. cit.*, p. 3.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

bien, dentro de esta graduación establecida con base en criterios jurídicos, la nacionalización constituye un fenómeno independiente que pide ser analizado, calificado y clasificado entre los otros fenómenos que son objeto de una sistemática jurídica.

### § 2. *La socialización del derecho*

1. En nuestros días el Estado considera su función dentro de la vida económica de una manera muy ambiciosa. Aspira a ejercer sobre ella un dominio más completo, estimando que le corresponde, en ciertos campos, encargarse de la producción y de la circulación, ya sea dejando un lugar a la iniciativa privada, o instituyendo un verdadero monopolio en su propio beneficio.<sup>28</sup> Y llega hasta a considerar que debe ser el único que ejerza todas las actividades económicas. Los motivos de ese fenómeno no son de orden fiscal, administrativo o económico o, en todo caso, no lo son únicamente. Las relaciones entre los particulares aislados y la sociedad se han mostrado, en nuestros días, tan complicados y contradictorios que se ha hecho deseable, y hasta necesario hacer intervenir al Estado para atenuar las contradicciones y los conflictos. Dentro del campo de la política y de la economía, ese proceso ha proporcionado abundantes y eficaces argumentos a los movimientos llamados socialistas. Dentro del campo del derecho, ese proceso se ha manifestado por una orientación cada vez más acentuada hacia la “socialización” del derecho.<sup>29</sup>

Se habla de “socialización” del derecho cuando el Estado interviene como consecuencia de la *necesidad social o económica* en la que se encuentra para proteger a los débiles en el plano del derecho privado, para realizar una mejor “justicia social” o quizás la “justicia social” misma. Mientras que el direccionismo ejercido por el Estado en la economía se inspira esencialmente en razones económicas, la “socialización” reviste más un carácter social y moral. Sin embargo, se trata más bien de matices, puesto que no se podrían distinguir con suficiente precisión los factores puramente materiales y económicos de los factores de orden moral y social que provocan cambios en la estructura del derecho. Las contradicciones, las perturbaciones y las luchas sociales tienen casi siempre su raíz en causas materiales y económicas,<sup>30</sup> de manera que en definitiva, las razones morales y sociales invocadas en favor de la socialización derivan de las reivindicaciones materiales y económicas.

Esta intervención del Estado, que tiende a socializar ciertos sectores de la vida pública, se produce a veces de manera incidental y responde a necesidades inmediatas. Pero desde hace algunos decenios, dicha intervención reviste cada vez más un carácter sistemático y metódico que

<sup>28</sup> Gide, Ch. Rist, Ch. *Op. cit.*, t. I, p. 194.

<sup>29</sup> Ripert, G. *Le Régime démocratique*, pp. 228, 229.

<sup>30</sup> Schumpeter, P. A. *Op. cit.*, p. 271.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

tiende al establecimiento de un nuevo orden social denominado “orden socialista”. Por medio de su intervención, el Estado se propone establecer un sistema de organización social definido, en el que los más importantes medios de producción dejen de pertenecer a individuos aislados para convertirse en propiedad de la sociedad o del Estado y ser utilizados en el interés general.<sup>31</sup> Si dentro de la aplicación de dicho “sistema socialista” se conciben y se conocen diversos grados, sin embargo la base sigue siendo la que acabamos de indicar.<sup>32</sup>

2. Veamos ahora cuáles son los aspectos jurídicos de la “socialización” o del “orden socialista”.

Dentro del lenguaje hablado, el término “social” tiene un significado muy amplio. Engloba todo lo que se relaciona a la sociedad, en oposición al término “individual” que designa únicamente lo que concierne al individuo aislado.<sup>33</sup> Dentro de esta acepción tan amplia, “social” quiere expresar “referente a la sociedad” y no implica la idea de una organización social determinada. Así, empleado dentro del lenguaje común, el término “social” debe comprenderse como calificando a lo que es general, en oposición a lo que es individual o privado. El término “socialista” tiene, en cambio, un contenido sensiblemente más restringido y a la vez mucho más preciso. Es una concepción política que tiende a dar al Estado una estructura que descansa en la propiedad colectiva de los bienes, así como en la utilización y reparto de estos últimos en el interés general. Semejante organización económica es susceptible de llevar, en opinión de sus autores, a la supresión de las contradicciones, de las iniquidades y de las luchas sociales.

Los movimientos de socialización en general, y de socialización de la vida económica en particular, hacen surgir el problema de la nueva orientación que es conveniente adoptar en numerosos campos y en las instituciones científicas. Pero es por mediación del derecho, por medio de normas jurídicas, como la socialización pasa de la fase de la teoría y de los simples deseos a la fase de la práctica y de la realidad.<sup>34</sup> Es por lo que las nociones de “justicia social”, de “derecho social”, de “socialización”, de “estructura socialista del Estado”, etcétera, se imponen cada vez más, hoy, dentro del campo del derecho.

<sup>31</sup> Savatier, R. *Les Métamorphoses économiques et sociales*, p. 76: “Porque, cuando se habla de un país socialista, ello quiere decir que todas las fuerzas, todos los medios de producción, en la construcción jurídica de ese país, han sido puestos al servicio de la colectividad.”

<sup>32</sup> Trainin, I. P. *El Estado del Socialismo en Construcción* (en ruso), Opinión de la Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1947/5, p. 301.

<sup>33</sup> Huber E. *Ueber soziale Gesinnung*, Berna, 1912, p. 14: “Mit dem Ausdruck ‘sozial’ wird stets eine Beziehung zur menschlichen Gemeinschaft oder innerhalb derselben angegeben. Allein über die Natur dieser Beziehung besteht beim Gebrauch des Wortes ‘sozial’ eine grosse Mannigfaltigkeit oder Unklarheit.”

<sup>34</sup> Burckhardt, W. *Individualismus und Sozialismus*, Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur, 1930, fasc. 1, p. 4.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

El derecho —la ciencia jurídica y la legislación— ha ignorado durante mucho tiempo esas expresiones y solamente ha empleado el término “social” incidentalmente, sin otorgarle un significado especial. Se puede decir que en la época de la creación de las leyes civiles actualmente en vigor, el término “socialista” era totalmente desconocido en la terminología jurídica y el término “social” era empleado como sinónimo de “público” sin haber recibido un significado particular. Para el código civil francés y para la mayoría de los códigos civiles contemporáneos, el término “social” no es ni siquiera sinónimo de “público” y se le utiliza esencialmente en el derecho de las sociedades; se relaciona por consiguiente más bien con los términos “sociedad” y “socio” en el sentido estricto que se les da. En esta época era la expresión “orden público”, la que predominaba en el derecho y la que pretendía expresar la nueva orientación que hoy calificamos como “social”. Si tomamos, por otra parte, el término “social” en su acepción más amplia, tenemos que aceptar que todo derecho es social dado que su finalidad es por definición, la de organizar la vida social; por lo tanto las normas que reglamentan los derechos individuales y la propiedad privada forman parte, desde el punto de vista jurídico, de la organización social.<sup>35</sup>

Eso nos obliga a distinguir cuidadosamente, en derecho, los términos “social” y “socialista”.<sup>36</sup> El primero es relativamente amplio y comprende, se puede decir, al conjunto de los problemas relativos a la vida en común. Es de origen muy antiguo.<sup>37</sup> Pero no se trata aquí de esa acepción del término “social”.<sup>38</sup> Reviste más bien el valor de un término que traduce una cierta tendencia, implicando una comparación con la noción de “socialismo” que ha aparecido en la legislación en los últimos decenios.<sup>39</sup> Esta noción de “socialismo” es nueva. Ella descansa en ideas más prácticas en materia de realización de la igualdad social y de la implantación de la justicia social en el campo de la economía y, al mismo tiempo, en el del derecho. De hecho el “socialismo” no es sino

<sup>35</sup> Ripert, considera al derecho contemporáneo como “social”: “puesto que rige a las sociedades humanas y el adjetivo no agrega nada al sustantivo” — *Le Déclin du Droit*, pp. 36-39.

<sup>36</sup> En Francia desde 1937 aparece la revista *Derecho Social*. En el núm. 10, 1949, p. 370 de esta revista encontramos la siguiente definición del “derecho social” que da Rivero, J.: “El derecho social, en este sentido, es aquel que tiende a imponerse en las relaciones colectivas, en oposición al derecho de las relaciones individuales.” Y en la p. 371: “Más allá de sus técnicas, o más bien por sus técnicas, el derecho social está —como todo orden jurídico— orientado hacia la resolución de los antagonismos sociales; busca la paz por la justicia, y de tal manera pretende servir al hombre.”

<sup>37</sup> Fourgeaud, A. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>38</sup> Voinea, S. *Op. cit.*, p. xxiii. Chenot, B. *Op. cit.*, p. 17: “Una definición del socialismo es todavía más delicada. La palabra está de moda hace más de un siglo, y cada autor, cada partido, lo emplean en un sentido diferente.” Marbach, Fr. *Op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>39</sup> Ripert, G. *Le Déclin du Droit*, p. 39.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

una manera muy completa de formular el postulado según el cual deben ser realizadas la justicia y la igualdad, a saber: un orden político y económico, en donde la vida colectiva obedezca al principio “por todos y para todos” y no conozca clases, ni intereses privados especiales.<sup>40</sup> El elemento motor de tal orden social reside en la colectividad o el Estado quien, detentando los medios de producción y de circulación asegura su utilización en el interés general, y no en el interés de los particulares. Por consiguiente el objeto directo y esencial que el socialismo se propone alcanzar es el de lograr armonizar con la ayuda de los medios jurídicos apropiados, y en primer lugar por la nacionalización de los medios de producción, la vida económica de la comunidad.

De ahí se deduce que la socialización del derecho es la condición lógica y necesaria para la realización de los postulados del socialismo en el plano político y económico. Conviene hacer notar, a este respecto, que por “derecho social” se designa actualmente sobre todo al derecho que tiende a la realización de los fines últimos del socialismo. Por lo menos las constituciones más recientes que dan ya a dicho término un significado jurídico, toman en consideración los fines últimos del socialismo. Así, la expresión “derecho social” lleva hoy la marca del “derecho socialista”, y nosotros tomaremos dicho término en esta precisa acepción.

3. Los postulados sociales han impregnado de manera considerable el campo del derecho en el curso de los últimos decenios,<sup>41</sup> aunque la definición del “derecho social” dada primitivamente —derecho que regula el estatuto jurídico del trabajador— apareció rápidamente como poco satisfactoria y demasiado estrecha.<sup>42</sup> El término “orden social” en el sentido de “orden socialista” se ha impuesto con mayor fuerza en los actos legislativos más recientes. Representa el matiz que la nueva legislación, especialmente la legislación posterior a la segunda guerra mundial, atribuye al término “derecho social”. La Constitución del Brasil ordena también que la estructura económica del Estado esté basada en la “justicia social”;<sup>43</sup> la Constitución de Paraguay de 1940 y la de Colombia hacen resaltar la prioridad dada al “interés público o social”<sup>44</sup> y al “interés general de la nación”.<sup>45</sup>

La siguiente etapa de esta evolución del derecho está caracterizada por el empleo, en los actos legislativos, del término “socialista” con la indi-

<sup>40</sup> Schumpeter, J. A. *Op. cit.*, p. 299.

<sup>41</sup> Voinea, S. *Op. cit.*, p. 151. Hobza, A. *Annuaire de l'Institut*, 1950, p. 81.

<sup>42</sup> Ripert define el contenido del derecho social de la manera siguiente: “El conjunto de reglas que aseguran la igualdad de las situaciones a pesar de la diferencia de fortunas, que socorren a los más débiles y desarman a los más poderosos, que organizan, según los principios de la justicia distributiva, la vida económica.” *Le Déclin du Droit*, p. 39.

<sup>43</sup> Artículo 145: “La vida económica debe ser organizada de acuerdo con los principios de la justicia social...”

<sup>44</sup> Artículo 30 de la Constitución de Colombia de 1945.

<sup>45</sup> Artículo 13 de la Constitución de Paraguay de 1940.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

cación expresa de que se trata de la transferencia a la colectividad, de todos los bienes esenciales y sobre todo de los medios de producción. El año de 1917 reviste a este respecto una particular importancia. Las leyes revolucionarias dictadas en la URSS después de esta fecha recurren constantemente a ese término.<sup>46</sup> En Alemania, la Constitución de Weimar de 1919 usa prudentemente el término *Vergesellschaftung*. Esta constitución,<sup>47</sup> así como la *Sozialisierungsgesetz* del 23 de marzo de 1919<sup>48</sup> son, haciendo abstracción de la URSS, los primeros actos legislativos que adoptaron resueltamente el término “socialista”.

Después de la primera guerra mundial, y sobre todo después de la segunda, numerosos países han intentado más o menos aplicar algunas medidas de socialización, y el término ha sido adoptado por sus legislaciones.<sup>49</sup>

Sin embargo en ese punto, las fórmulas jurídicas más claras y más rigurosas referentes a la socialización están contenidas en los actos legislativos promulgados en Rusia después de 1917.<sup>50</sup> El ejemplo de ese país fue seguido, posteriormente a 1945, con algunos matices, por muchas recientes constituciones, especialmente en Checoslovaquia, Hungría, Bulgaria, Rumania, Yugoslavia, Albania, Alemania occidental, etcétera. En casi todos esos textos que consagran la socialización del derecho emprendida por la vía legislativa, se encuentra como elemento constante, el postulado de la nacionalización que definitivamente tomó cuerpo y que se propone lograr que 1) los medios de producción se conviertan en propiedad del pueblo, y 2) que sean utilizados en el interés general, y no en el interés privado.

Es conveniente observar sin embargo que el texto de la ley o de la constitución no permite, en último análisis, apreciar la socialización efectuada y por lo tanto, la socialización del derecho. A este efecto solamente la aplicación real del derecho es determinante. Cualquier constitución construida sobre principios liberales —aun cuando no se inspire sino en ideas políticas— no impide que se ejecuten las medidas de democratización económica y social, y la realización de tales medidas no encuentra obstáculos realmente serios en los textos constitucionales.<sup>51</sup> La mejor prueba de ello es que los autores de la mayoría de las grandes

<sup>46</sup> Ver *supra*, pp. 61 y ss.

<sup>47</sup> Leverkuehn, P. *Op. cit.*, p. 4 (776).

<sup>48</sup> Leverkuehn, P. *Op. cit.*, pp. 4-7 (776-779).

<sup>49</sup> Vedel, G. *Conceptions sociales et Organisation politique*, Collection Droit social, xxxi, 1947, p. 6. Ver *supra*, pp. 45 y ss.

<sup>50</sup> Especialmente el artículo 4 de la Constitución de la URSS, de 1936: “La base económica de la URSS, está constituida por el sistema socialista de la economía y por la propiedad socialista de los instrumentos y de los medios de producción, establecidos como consecuencia de la liquidación del sistema capitalista de la economía, de la abolición de la propiedad privada de los instrumentos y de los medios de producción y de la supresión de la explotación del hombre por el hombre.”

<sup>51</sup> Rivero, J. *Constitutions et Structures sociales*, p. 4.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

nacionalizaciones efectuadas después de la segunda guerra mundial no solamente en Francia e Inglaterra, sino también en Europa oriental no han tenido que esperar el voto de nuevas constituciones para poderlas realizar. Ellos se han apoyado en los textos constitucionales ya existentes. Pero dado que, cuando se trata de obrar en la economía, hay que enfrentarse con el sistema secular de la propiedad, la nacionalización debía provocar ante todo, en el plano del derecho, dentro de la organización de la propiedad, cambios notables que empezaban ya a madurar.

### §. 3. *La simbiosis del derecho privado y del derecho público*

1. El direccionismo y la socialización tuvieron como consecuencia directa y esencial, desde el punto de vista de la estructura del derecho, la transformación de varias instituciones jurídicas, consideradas hasta una fecha reciente como parte notoria del derecho privado, en instituciones de una naturaleza mixta o dudosa, “de derecho privado y de derecho público”, o dependientes pura y simplemente de este último.<sup>52</sup> La evolución del derecho nos proporciona desde hace treinta años muchos indicios de la mutación del derecho privado en derecho público, o de la “absorción” de aquél por éste. Dentro del contenido de la propiedad —ese derecho privado definido primitivamente como “exclusivo, absoluto y eterno”— se encuentra poco a poco incluida la noción de “función social”, que tiene por efecto inevitable acercarla al derecho público. La libertad de los contratos fundamento del derecho privado, está ya considerablemente limitada por “el orden público” y por “el interés general”. El plan estatal se convierte en una institución jurídica constitucional que, alegando el interés general del Estado y del derecho público, tiende a colocarse por encima de todo el derecho contractual.<sup>53</sup> Algunas ramas del derecho privado en su conjunto sufren ahora la “invasión” del derecho público. Tal es el caso de la responsabilidad contractual, del derecho de bienes, de las sociedades, de los seguros, etcétera. El interés, el control y la intervención del Estado no exceptúan ni al derecho familiar, ni al matrimonio, ni a la potestad paterna<sup>54</sup> pero a su vez, el derecho privado ejerce sobre el derecho público una acción considerable. Esta última se manifiesta particularmente con motivo de la nacionalización y de la organización de las empresas nacionalizadas 1) en tanto que sujetos de derecho que poseen su propia personalidad, y 2) cuya actividad se rige no por el derecho administrativo, sino por el derecho privado.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Savatier, R. *Du Droit privé au Droit public*, p. 83.

<sup>53</sup> Ver *infra*, pp. 419 y ss.

<sup>54</sup> Savatier, R. *Du Droit civil au Droit public*, pp. 7, 8, 13, 39.

<sup>55</sup> Ver, respecto a algunos detalles sobre la aportación del derecho privado a las empresas nacionalizadas, por una parte, y de las empresas públicas al derecho privado, por otra parte, Houin, R. *La Gestion commerciale des Entreprises nationalisées et le Droit privé*, Travaux du Colloque des Facultés de Droit de France, Paris, 1956, p. 219.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

Esta evolución presenta dos aspectos: las razones que la orientan hacia la intervención del Estado en las esferas privadas, especialmente en la vida económica, constituyen el primer aspecto que es meramente interior; son el direccionismo y la socialización como postulados económicos, sociales y políticos de nuestra época. El otro aspecto, exterior éste, es la penetración del derecho público en el campo del derecho privado, que se realiza por medio de la modificación de las instituciones existentes y de la creación de instituciones nuevas. Como lo vimos en párrafos anteriores, esos aspectos son puestos en relieve por factores de gran importancia.<sup>56</sup> Agreguemos que la evolución del derecho público y del derecho privado, como disciplinas jurídicas independientes, contribuye igualmente a ese resultado. Aunque sea, comparándolo con el derecho privado, de formación relativamente reciente, el derecho público se ha modificado de manera considerable. Como representante de una parte de la sociedad,<sup>57</sup> toma cada vez más en consideración los intereses económicos y las condiciones de vida de los particulares aislados y se empeña en reglamentarlos. Habiendo extendido su dominio enormemente, el derecho público se ha desarrollado cualitativamente y ha perfeccionado sus métodos, de manera que puede afrontar con éxito al mismo derecho privado en materia de naturaleza mixta o neutra. La evolución de la influencia ejercida por el derecho privado y por el derecho público en el campo del derecho internacional es también muy significativa. El derecho internacional, que constituye una de las más recientes ramas del derecho, tuvo que buscar desde su nacimiento, un apoyo en alguna técnica jurídica ya existente, y no es de dudarse que haya dado sus primeros pasos bajo la tutela del derecho privado.<sup>58</sup> Todavía ahora la influencia ejercida por el derecho privado sobre el internacional es considerable. Pero esto no impide que cada día pierda terreno en beneficio del derecho público. Se considera así, en nuestros días, como innegable que en la medida en que no pretende poseer una técnica jurídica particular y que le sea propia,<sup>59</sup> el derecho internacional deriva en substancia del derecho público, del que toma por analogía gran número de soluciones y —en lo que se refiere a la terminología francesa— hasta su nombre de “derecho internacional público”. Sin embargo el derecho privado nunca ha dejado de desarrollarse y de mejorarse, y el derecho público aún no lo ha superado desde el punto de vista técnico. No se podría pues afirmar que el derecho privado se ha visto obligado a adaptarse al derecho público en razón del grado de perfección alcanzado por este último o como consecuencia de las intromisiones del derecho público

<sup>56</sup> Hobza, A. *Op. cit.*, p. 81: “Considero el paso del sector del derecho privado al sector del derecho público como una necesidad histórica.”

<sup>57</sup> Hedemann, J. W. *Wirtschaftsrecht*, p. 205. Nussbaum, A. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>58</sup> Rousseau, Ch. *Principes généraux du Droit international public*, Paris, 1944, t. I, pp. 76-83.

<sup>59</sup> Rousseau, Ch. *Op. cit.*, t. I, p. 95.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

en los dominios del derecho privado. Por el contrario desde la época romana, siempre se ha mantenido en un nivel elevado, y tiende aún hoy a perfeccionarse. Sirviendo de fundamento a toda una serie de nuevas disciplinas autónomas —derecho mercantil, derecho cooperativo, derecho marítimo, derecho aéreo, etcétera— continúa desempeñando un papel primordial en el desarrollo de la mejor técnica jurídica. Pero, quizás en razón de ese extremo refinamiento, empezó desde hace largo tiempo a mostrarse permeable a las tendencias de asimilación de su rival, el derecho público, el que disponiendo de un conjunto de medios jurídicos más poderosos, comprendiendo especialmente nociones como las de “orden público”, “interés general”, “acto de gobierno”, “apreciación soberana”, etcétera, llegó a menudo a excluirlo o a relegarlo a un segundo plano.<sup>60</sup> Cabe observar igualmente que dentro del campo de la investigación puramente teórica, la evolución del derecho privado, fundada en el carácter absoluto de la propiedad y en el liberalismo, había llegado a resultados realmente extremos. Se vio así a los contratos comunes del derecho privado, como el contrato de venta por ejemplo, tender hacia formas más perfeccionadas, principalmente con motivo de las transacciones mercantiles.<sup>61</sup> El punto culminante de esta evolución, que podríamos calificar de asocial, fue alcanzado con la aparición de los contratos llamados “abstractos”, en los que la transferencia del derecho se encuentra dissociada de la causa misma del contrato con motivo del cual dicha transferencia se efectuó; se vieron a las transacciones de derecho privado enriquecerse con instituciones como los contratos fiduciarios y la reserva de propiedad; viéronse perfeccionadas las operaciones de bolsa que permitieron en lo sucesivo realizar transacciones sin prestaciones y sin necesidades reales. Se asistió finalmente a la formación de una tendencia opuesta, traducible en la limitación progresiva de la libertad de contratación y llevando a los contratos forzosos. Es posible que esta orientación de derecho privado que acabamos de describir, haya engendrado una reacción exponiendo a un derecho civil, desarrollado hasta la *hipertrofia* en el sentido liberal, a los duros golpes del derecho público y de su “interés general” todopoderoso.

2. Después de haber observado las transformaciones sucesivas del derecho privado contemporáneo, que lo llevan a aproximarse al derecho público, se está tentado a plantearse la siguiente pregunta: ¿la *supresión de la distinción* entre el *derecho privado* y el *derecho público* es concebible, deseable o necesaria? A primera vista parece que la evolución tiende efectivamente a suprimir esta discriminación.<sup>62</sup> La socialización

<sup>60</sup> Savatier, R. *Du Droit civil au Droit public*, p. 15.

<sup>61</sup> Especialmente, los actos de comercio llamados “formales” o “absolutos”, considerados como tales independientemente de la persona que los realiza.

<sup>62</sup> Esser, J. *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates*, Viena, 1949, p. 196: “So steht der Unterschied zwischen Privatrecht und öffentliches Recht auf tönernen Füßen. Man hält der Form nach aufrecht, was der Sache nach kaum noch irgendwo existiert. Und diese Entwicklung ist nicht nur kriegsbedingt.”

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

de la vida económica y social conduce también a tal solución. Desde ahora, se emplean algunos esfuerzos para dar una base teórica a un sistema de derecho "único" ignorando esta distinción<sup>63</sup> que, por otra parte, ha sido abandonada por los países que han adoptado una organización enteramente socialista.<sup>64</sup>

A ese respecto, es menester poner de relieve, sin embargo, los puntos siguientes:

a) Primeramente la distinción entre el derecho privado y el derecho público es de origen relativamente reciente. En el derecho romano no se la conocía,<sup>65</sup> pero sin embargo ese derecho no ignoraba las instituciones que forman parte, hoy en día del derecho privado y del derecho público. Pero dadas las condiciones sociales, éticas y políticas dentro de las cuales se desarrolló, no debemos estar sorprendidos de no encontrar allí semejante distinción. Si llevó a un alto grado de perfección las instituciones que derivan, según nuestras concepciones, del derecho privado, estas instituciones eran antes patrimonio principal o exclusivo del ciudadano romano, en oposición al esclavo y al extranjero. Por esta razón el derecho privado romano era también en gran medida, un derecho que regulaba las relaciones entre el Estado por una parte, y el ciudadano, el esclavo y el extranjero por otra parte, es decir un derecho público. Hay pues que admitir que la estructura del *jus civile* romano hacía difícil e incómoda la distinción entre las normas del derecho privado y las del derecho público, o tenía por efecto hacerlas oscuras. Eso explica que las primeras huellas de la discriminación entre el derecho privado y el derecho público apenas remonten a los orígenes del derecho moderno.<sup>66</sup>

b) Debemos aceptar, en segundo lugar, que a pesar de la rigidez convencional de la distinción entre el derecho público y el derecho privado, el contraste que ofrecen esas dos esferas tradicionalmente opuestas la una a la otra, no es hasta cierto punto sino aparente. Reteniendo lo esencial de las definiciones más conocidas que se han dado de la distinción entre el derecho privado y el derecho público, se podría estimar que el primero regula principalmente (pero no exclusivamente) las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, en tanto que el segundo regula las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, y la organización de este último. La legislación contemporánea nunca ha trazado sin embargo un límite tan claro que tenga por efecto atribuir al derecho público sola-

<sup>63</sup> Ripert, G. *Le Déclin du Droit*, p. 65.

<sup>64</sup> Strogovitch, M. S. *Principios del Sistema de Derecho Soviético Socialista* (en ruso), Public. de la Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1946/2, p. 81: "...en el derecho socialista la división del derecho en derecho privado y derecho público está desprovista de fundamento."

<sup>65</sup> Savatier, R. *Du Droit civil au Droit public*, p. 3.

<sup>66</sup> Savatier, R. *Idem*, p. 3, encuentra su origen en el antiguo derecho francés.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

mente las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y al derecho privado, las que tratan únicamente de las relaciones entre particulares.<sup>67</sup> Por el contrario, en todo tiempo, el derecho público ha contenido normas concernientes a las relaciones entre particulares mientras que el derecho privado, y especialmente el derecho mercantil, ha hecho suyas varias normas que revisten el carácter de derecho público.<sup>68</sup> Una distinción absoluta entre el derecho público y el derecho privado nunca ha existido y no es ni siquiera concebible. Quizás eso ha impulsado, o incitado al legislador, en ciertos momentos y con fines políticos determinados, a convertirse con más facilidad en el agente de una penetración en masa del derecho público dentro del campo del derecho privado.

Resulta pues de lo que acabamos de exponer que la distinción consagrada entre el derecho público y el derecho privado no constituye, para un sistema de derecho, un *essentialia negotii* o un dogma inviolable.

3. Independientemente de lo que precede, la orientación del derecho hacia la socialización obligará inevitablemente a los juristas a volver a estudiar el problema y resolverse sobre la necesidad y la oportunidad de esta distinción.

Es exacto que la socialización de la vida económica y de las normas jurídicas que la rigen ejerce cierta influencia sobre las instituciones que tienden principal o exclusivamente al interés general y al orden público, y determina por eso mismo una revisión de las normas jurídicas correspondientes a la luz del derecho público.<sup>69</sup> Dedúcese de ahí que, en un país como la URSS que ha adoptado enteramente el orden socialista, lo que afecta a la economía se encuentra colocado bajo el signo del derecho público,<sup>70</sup> y que la distinción entre el derecho público y el derecho privado está abandonada.<sup>71</sup> Pero en los países que sólo se orientan hacia la socialización, el problema es más complejo y da lugar a las siguientes explicaciones:

<sup>67</sup> Ripert, G. *Le Régime démocratique*, p. 12.

<sup>68</sup> Por ejemplo, algunas disposiciones relativas a la tutela, a la herencia, a la quiebra etcétera.

<sup>69</sup> Ripert, G. *Le Déclin du Droit*, p. 39: "El único medio para transformar al derecho en derecho social, es haciéndolo público."

<sup>70</sup> Lenin había proclamado, en la revolución: "Nosotros no reconocemos nada como privado, para nosotros todos los campos de la economía son derecho público, y no privado." Levin, I. D. Karass, A. V. *Op. cit.*, p. 80.

<sup>71</sup> Strogovitch, M. S. *Op. cit.*, p. 97: "La negación de la distinción del derecho en derecho privado y derecho público significa solamente que: 1) los intereses, comprendiendo entre ellos los intereses materiales de los ciudadanos, son protegidos por todos los campos del derecho y no solamente por el derecho privado; 2) el derecho privado soviético no es un derecho "privado", es decir un derecho de la propiedad privada; 3) en todos los campos del derecho, el interés del Estado socialista está protegido puesto que representa el interés del pueblo, de todos los ciudadanos de la URSS."

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

a) El sistema que han seguido la socialización de la vida económica y las leyes sobre la nacionalización tiende a dar a las empresas nacionalizadas —para facilitar su funcionamiento y por otra serie de razones más—, <sup>72</sup> una organización semejante a la de las empresas privadas y a dejarlas más o menos bajo el régimen del derecho privado. Se puede tener como firmemente establecido que todas las nacionalizaciones efectuadas en el curso de los últimos decenios observan estrictamente dos reglas:

aa) Una delimitación rigurosa está trazada de hecho y de derecho, entre las funciones ejercidas por el Estado como sujeto de derecho público y sus funciones referentes a la socialización de la vida económica. Ello conduce al otorgamiento de un estatuto particular a los servicios económicos del Estado que, designados generalmente como “empresas económicas de Estado”, tienen su propia personalidad jurídica y su propio patrimonio. <sup>73</sup> Esta tendencia bien marcada expresa el deseo que tiene el Estado de separar al derecho público en el estricto sentido del término —el *jus imperii*—, del derecho que rige la actividad económica de las empresas nacionalizadas — el *jus negotii*.

bb) La voluntad del legislador se encuentra claramente expresada dentro de una economía socializada, de colocar a los organismos precisamente encargados de la socialización de la vida económica, es decir a las “empresas económicas de Estado”, no bajo la autoridad de su propio derecho —el derecho administrativo público—, sino bajo la autoridad del derecho privado o del derecho mercantil, de los que obtiene una mayor flexibilidad y mejores resultados. <sup>74</sup>

b) Por otra parte, la sociedad socialista y su estructura económica no niegan al ciudadano, como individuo, el derecho a una esfera de intereses personales y privados. Al convertirse en miembro de una sociedad socialista, el particular dispondrá de un campo de acción personal o privado y conservará un patrimonio propio; habrá por consiguiente un sector del derecho privado en el que la socialización, aunque sea aplicada de la manera más ortodoxa, no querrá ni podrá introducir normas del derecho público. En ninguna parte, comprendiendo a la URSS, la propiedad privada aún reducida al ahorro adquirido por el trabajo, a los objetos de uso personal, al alojamiento, etcétera, ha sido completamente abolida. <sup>75</sup> Esta esfera del derecho privado puede ser limitada, puede ser desplazada, pero no por ello deja de subsistir.

<sup>72</sup> Ver detalles, *infra*, pp. 311 y ss., 337-340.

<sup>73</sup> Ver *infra*, pp. 311 y ss.

<sup>74</sup> Ver *infra*, pp. 326, 328-330.

<sup>75</sup> El artículo 9 de la Constitución de la URSS, de 1936 admite la propiedad privada en “las pequeñas economías privadas de los campesinos y de los artesanos”; el artículo 10 protege especialmente “la propiedad personal”.

## Segunda parte: ESTRUCTURA JURÍDICA

4. Así pues conviene admitir que los nuevos elementos con los que la nacionalización enriquece el problema de las relaciones entre el derecho público y el derecho privado son de dos clases. Por una parte, ella confía al derecho de propiedad privada, considerado tradicionalmente como inviolable, “natural”, “absoluto” y “exclusivo”, una función “social” proveniente por consiguiente del derecho público.<sup>76</sup> Es así como el derecho público actúa sobre el derecho privado, al modificar el carácter homogéneo, exclusivo y absoluto de la propiedad. Por otra parte, la nacionalización tiene por efecto la creación de nuevos sujetos de derecho, las “empresas económicas de Estado” a las que corresponde promover los intercambios económicos. El estatuto de esas empresas hace aparecer igualmente dos elementos, uno proveniente del derecho privado y el otro del derecho público. Aquí se deja al derecho privado influir en el derecho público y atenuar lo que tiene de rígida una persona jurídica regida por el derecho administrativo y el derecho público.<sup>77</sup>

Sería pues erróneo ver en las nuevas relaciones creadas por la nacionalización y por la socialización del derecho público y del derecho privado una “absorción” del uno por el otro, una “pérdida de su carácter de privado” del derecho privado, o aún más la “declinación” del derecho en general.<sup>78</sup> La nacionalización como elemento esencial de la socialización ejerce más bien un efecto bienhechor, al hacer desaparecer en gran parte la distinción establecida entre el derecho público y el derecho privado. Esto llevó al derecho socialista de la URSS, a renunciar, después de algunas vacilaciones a tal distinción.<sup>79</sup> Esser estima con razón<sup>80</sup> que dicha distinción debe ser conservada como una “escala de graduación” (*gradual Abstufung*) entre dos extremos: la iniciativa privada y el orden administrativo.

El proceso de “socialización” del derecho<sup>81</sup> y con él la realización de las nacionalizaciones hacen necesario un acercamiento entre el derecho público y el derecho privado. La interacción de esas dos disciplinas conducirá quizás a una hipertrofia del derecho público que pondrá en peligro los derechos personales y la libertad del individuo.<sup>82</sup> Correcta-

<sup>76</sup> Ver *supra*, pp. 28 y ss.; *infra*, pp. 218 y ss.

<sup>77</sup> Savatier, R. *Du Droit civil au Droit public*, p. 63.

<sup>78</sup> Jacquignon, L. *Op. cit.*, t. I, p. 9. Hobza, A. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>79</sup> La literatura soviética contemporánea enumera las diferentes disciplinas del derecho sin hacer mención de ninguna distinción entre el derecho público y el derecho privado. Strogovitch, M. S. *Op. cit.*, pp. 97, 98. Denisoff, A. Kiritchenko, M. G. *Las Bases del Estado y del Derecho Soviético* (en ruso), Moscú, 1950, pp. 21-22.

<sup>80</sup> Esser, J. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>81</sup> Algunos autores prefieren la expresión “publicación” del derecho privado o “privatización” del derecho público o “desprivatización” del derecho privado, dejando más bien la expresión “socialización” a los políticos. Imbert, J. *Histoire du Droit privé*, Paris, 1950, p. 125. Ripert, G. *Le Déclin du Droit*, pp. 38, 39. Savatier, R. *Du Droit civil au Droit public*, p. 16.

<sup>82</sup> Savatier R. *Du Droit civil au Droit public*, p. 9.

## TEORÍA DE LA NACIONALIZACIÓN

mente orientada, esta evolución no podría ser, sin embargo, sino benéfica. Nacida de la socialización general del derecho, aparecería en ese caso no como una “invasión” del derecho público dentro del campo del derecho privado, sino como una “*simbiosis*” útil entre uno y otro. Según el grado de socialización alcanzado por una legislación interna determinada, se asistiría a la atenuación o a la desaparición de esta distinción.