

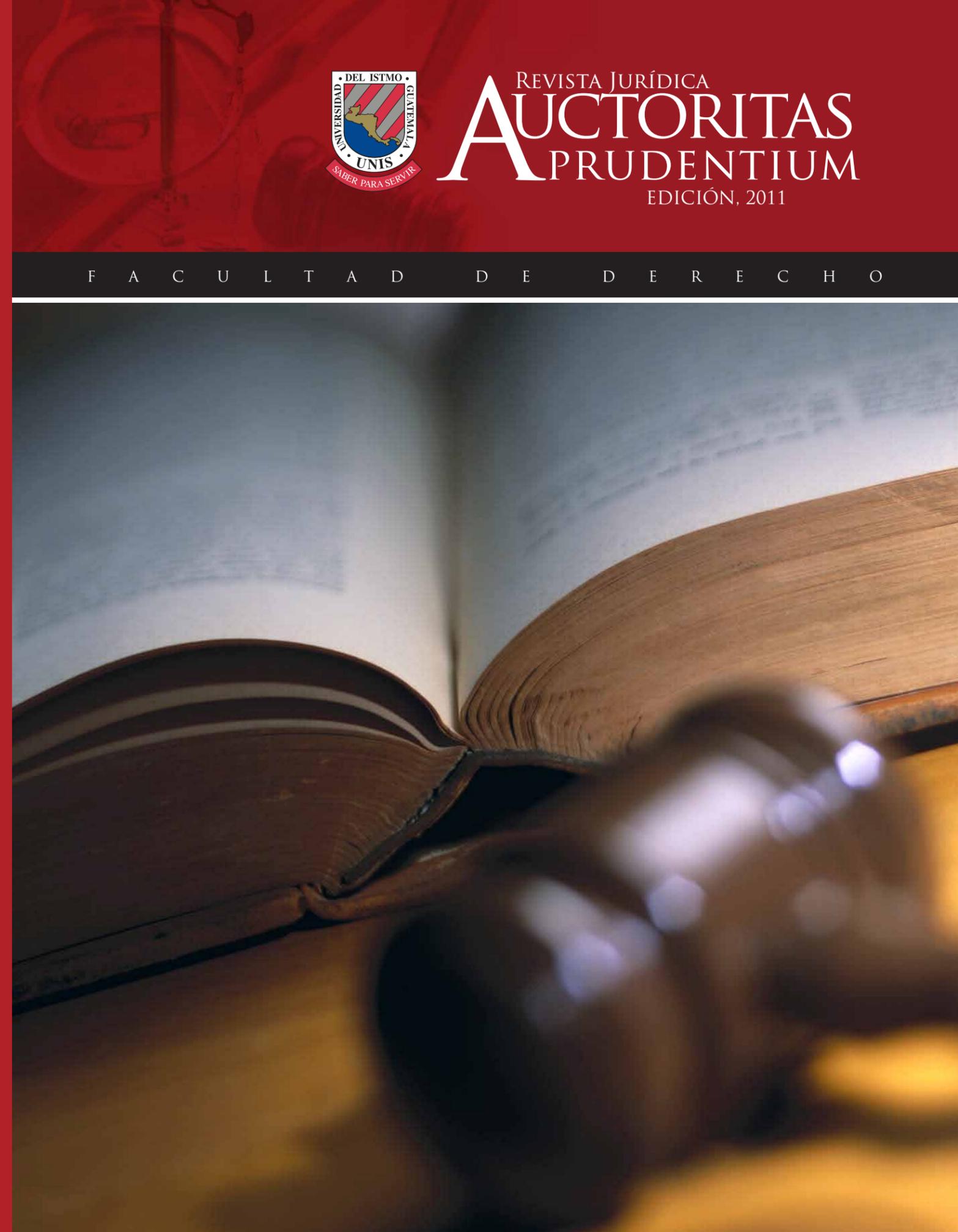


REVISTA JURÍDICA
AUCTORITAS
PRUDENTIUM
EDICIÓN, 2011

F A C U L T A D D E D E R E C H O



FACULTAD DE DERECHO
Sede Las Américas, 23 calle 15-45 zona 13
Tel. (502) 2327-1548
email: fder@unis.edu.gt - www.unis.edu.gt



COMITÉ EDITORIAL

LIC. GUIDO DOMÉNICO RICCI MUADI
DECANO

LIC. MARCOS IBARGÜEN SEGOVIA
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

LICDA. MAYRA FIGUEROA DE POGGIO
DIRECTORA DE ESTUDIOS

LICDA. ANDREA MORALES DÍAZ
SECRETARIA DEL CONSEJO DE LA FACULTAD

LIC. ENRIQUE FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
VOCAL I DEL CONSEJO DE FACULTAD

DRA. JARY MÉNDEZ
DIRECTORA DE CARRERA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

LIC. RODOLFO CLAUTIER
DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL Y PROMOCIÓN

LICDA. CLAUDIA SOLÓRZANO
ARTES GRÁFICAS

ÍNDICE

EDITORIAL POR JARY MÉNDEZ	4
EL CARISMA UNIVERSITARIO EN LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA POR FERNANDO M. TOLLER	5
CUESTIONES INTERNACIONALES Y ADMINISTRATIVAS A PROPÓSITO DE LOS ILÍCITOS COMETIDOS A BORDO DE BUQUES, CONTRA ELLOS O CON ELLOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN POR EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO - LUIS FERNÁNDEZ-ESTRADA	30
LA DEMOCRACIA Y EL GOBIERNO DE “LO PÚBLICO” UNA PERSPECTIVA ORSSIANA POR MARÍA ALEJANDRA VANNEY	43
INTERPRETACIÓN Y EQUIDAD: LA VIRTUD DE LA EPIQUEYA EN SUÁREZ POR MA. IDOYA ZORROZA	50

Corte Internacional de Justicia, órgano junto con el Consejo de Seguridad que necesitan de una profunda y rápida reforma, atendiendo a la realidad de las relaciones internacionales contemporáneas.

4. Evidentemente, la aplicación extraterritorial de la ley nacional fuera del territorio nacional, acudiendo a ficciones jurídicas o a convenios internacionales es una figura que se utiliza con regularidad en los casos expuestos en los supuestos apuntados, pero que para mayor seguridad jurídica, debería armonizarse, mediante los oportunos instrumentos, de una parte la propia figura, pero de otra los temas colaterales a los que también puede afectar, como la responsabilidad de los Estados, ante la cual no se avanza en la elaboración de un convenio internacional sobre la materia.

LA DEMOCRACIA Y EL GOBIERNO DE “LO PÚBLICO” UNA PERSPECTIVA ORSIANA

POR MARÍA ALEJANDRA VANNEY¹

RESUMEN

El Estado moderno, en su afán de superioridad frente a la sociedad civil, ha introducido confusión entre lo común y lo público, así como entre lo público y lo privado, y lo estatal y lo político. Esta confusión, en el fondo, pretende absorber en sí —en lo estatal— todos los conceptos mencionados. De este modo, lo común y lo privado quedan reducidos a un mínimo, y la política resulta desnaturalizada, y así pasa a significar sólo el gobierno estatal. De este modo el Estado aniquila a la sociedad civil impidiendo que sea ésta la protagonista en la búsqueda del bien común político.

Palabras clave: público, estatal, político, común, bien común, sociedad política, Estado moderno, Álvaro d’Ors.

Sumario: 1. Introducción. 2. Lo común y la comunidad. 3. Lo público y lo privado. 4. Lo estatal y lo público. 5. Lo público, lo político y lo estatal. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

ABSTRACT

The Modern State in its search for superiority over the civil society has generated confusion between certain key political concepts: the common and the public, the public and the state, the state and the political. This confusion aims at absorbing in itself, in the State, all the above-mentioned concepts. Thus, the common and the private are extremely reduced. Hence, the political becomes debased, implying only the State government. Thus, the State devastates the civil society, depriving it of its major role in the search for political common good.

Key words: public; state, political, common, common good, political society, Modern State, Álvaro d’Ors.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta hoy habitual la identificación de una serie de conceptos que la historia del pensamiento político ha ido equiparando, como

consecuencia de las diversas concepciones que la polis ha ido desarrollando a lo largo del tiempo, particularmente acerca de la función del gobernante y de la representación política. Estas cuestiones han dado lugar a numerosas y disímiles teorías que suelen tratar, sin la debida precisión, los conceptos y el papel que juegan en el sistema político elementos tales como “lo común”, “lo público”, “lo estatal” y lo “político”; y sus correspondientes antónimos.

Álvaro d’Ors, eximio romanista español, en su obra *Bien común y enemigo público*, entrelaza varios conceptos del ámbito político, que deben ser analizados a fin de establecer qué le corresponde realizar al gobernante, qué a los ciudadanos, y hasta qué punto unos y otros responden de la cosa pública y de qué modo. Se trata, en definitiva, de responder a la pregunta acerca de cuál es la relación entre la titularidad de una institución prestadora de un servicio a la comunidad y el alcance del mismo. Se trata de una cuestión que, paradójicamente, tanto desde la óptica liberal como desde la socialista, normalmente recibe idéntico tratamiento. En efecto, mientras que el liberalismo tiende a considerar que la institución privada tiene un alcance ceñido a aquellos que forman parte de ella, desinteresándose de los organismos públicos que considera costosos e ineficientes, el socialismo pretende que la gran mayoría de los servicios que la comunidad necesita, sean prestados por entidades de carácter público. En definitiva, en ambas corrientes se da la vinculación entre titularidad y carácter privado o público de su alcance. Ante esta situación cabe preguntarse si esta relación es necesaria. Es por ello que aquí se pretende distinguir algunos conceptos que frecuentemente se utilizan indiscriminadamente: lo común, lo público, lo estatal y lo político; que, además, a contrario sensu, iluminan a sus antónimos. Esta tarea requiere iluminar también los conceptos de bien común, utilidad pública y bienestar general, que con frecuencia se utilizan actualmente como sinónimos y el de voluntad general, que se encuentra en la misma raíz de la cuestión.

1. La Doctora Alejandra Vanney es profesora de la Universidad Austral y miembro del CONICET de Argentina. También es miembro del grupo internacional de investigación: Religión y Sociedad Civil del Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra, España.

2. LO COMÚN Y LA COMUNIDAD

D'Ors distingue tres sentidos jurídicos diversos acerca de lo común². Así, es común lo que pertenece conjuntamente a dos o más personas y recibe un trato jurídico específico, como el régimen de copropiedad. En segundo lugar, es común lo que pertenece a una comunidad estatal, por ejemplo la "escuela pública". Finalmente, afirma, se habla también de cosas comunes para referirse a aquellas que no pertenecen a nadie en particular, sino que son de todo el mundo, en el sentido de que todos tienen libre acceso a ellas, por ejemplo, un parque o una playa³.

No cabe duda de que el uso habitual ha identificado lo común con la segunda acepción y, por ello, lo común se ha asimilado a lo público. Sin embargo, advierte d'Ors, se debe comenzar por aclarar que lo público, en primer lugar, se contraponen a lo privado, como se pone de manifiesto en la diferencia entre derecho público y derecho privado⁴ que, si bien en un comienzo el criterio diferenciador se hallaba en el hecho de la publicidad de los actos, con el tiempo la distinción se centró en aquello que se deja al uso de los particulares (ad utilitatem privatorum), y lo que interesa al orden de la comunidad (ad statum rei publicæ). Pero la distinción va más allá: lo común es lo no susceptible de apropiación ni por parte de particulares ni por parte de la comunidad, es decir aquello que interesa a todos los hombres (aire, mar abierto, etc.) y que no necesita ser repartido, mientras que lo público queda limitado a los límites de la comunidad política de que se trate⁵.

Por ello señala d'Ors que "lo que el derecho, al contraponer lo común a lo público, nos impone como de sentido también «común» es que lo común es universal, en tanto lo público se refiere a un determinado «pueblo» o Estado"⁶, es decir que lo público no es absolutamente universal sino que siempre se encuentra limitado, no sólo en cuanto al acceso, sino también cuantitativamente (por ejemplo, los asientos en un transporte público o la prestación de un determinado servicio en

días de fiesta). Afirma claramente d'Ors que "ese «pueblo» de lo «público» es siempre un grupo limitado, no absolutamente universal como corresponde a lo que es «común»"⁷. Común sería, por tanto, aquello que nos antecede a todos y, a la vez, une a todos; mientras que lo particular es el modo en que cada uno participa de ello. Lo común, en definitiva, resulta indisponible por nuestra libertad⁸.

Sin embargo resulta necesario distinguir aquí entre las nociones de pueblo y Estado. La fusión, según d'Ors, se origina en el pensamiento griego para quienes "el demos es el conjunto de los que componen una determinada ciudad local [la polis], de ahí la idea «moderna» de que el pueblo es la población de un Estado —como ciudad ampliada—, sólo que de la identificación (. . .) depende el grave error de considerar que nada «público» hay que no sea «estatal», error contra el que se impone la necesidad de distinguir lo «social» de lo «estatal»"⁹.

Bebiendo también del derecho romano, d'Ors utiliza la distinción entre comunidad y sociedad unida a la distribución del espacio para profundizar en los conceptos de lo público y lo privado. Se refiere, específicamente, a la que existe entre pueblo —conjunto de varias familias, comunidad suprafamiliar— y familia. Así como el pueblo requiere de un territorio (donde se superponen preferencias posesorias varias), la familia necesita de un hogar que por naturaleza exige exclusividad e intimidad. Esta diferencia explica que el régimen jurídico aplicable a uno y otra sean distintos, no sólo porque las comunidades suprafamiliares pueden gozar de personalidad jurídica, sino sobre todo porque "las comunidades tienen un dominio público sobre su suelo, en tanto la propiedad de la casa familiar es siempre privada. Este es el punto de gravedad de la importante distinción entre lo público y lo privado: la comunidad y la familia"¹⁰. En este sentido cabe considerar que d'Ors, a través de la introducción de la noción de lo común (la comunidad), abre una puerta a lo público dentro del ámbito privado,

de modo tal que ambos elementos se ven llamados al desarrollo de una sana complementariedad¹¹.

Aquí se pone de manifiesto con mayor claridad la relación íntima entre aquello que es común —que "está en nosotros y a la vez por encima de nosotros"¹²— y la comunidad que si bien requiere de los esfuerzos de sus miembros para que exista, a la vez aparece porque viene dada desde arriba, y que en tanto dirigida al bien común tiene en sí misma la fuerza de unión propia del bien.

3. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

El punto de gravedad de la distinción entre lo público y lo privado es de gran trascendencia, ya que así se comprende que se trata de dos polos que se sirven mutuamente, a diferencia de la consideración economicista actual que tiende a ver la distinción tan sólo desde la perspectiva del titular del capital¹³. La necesidad de ambas dimensiones, tanto para la familia como para la comunidad es evidente. Si se toma en cuenta, por ejemplo, a la familia que, en tanto es auténticamente privada y se desarrolla de ese modo, tiene necesariamente repercusión pública tanto de modo directo como indirecto¹⁴. Por el contrario, cuando la familia se ve invadida por los poderes públicos que se inmiscuyen con la pretensión de dirigir las relaciones familiares, ésta se ve pauperizada en su potencialidad y amenazada. Si se impone un modelo público a la familia, esta pierde su carácter eminentemente personal y su capacidad de ser "reserva de desigualdad natural de los que la componen"¹⁵; con la riqueza que la variedad supone para el desenvolvimiento de los diversos roles y tareas sociales. Por ello es que todo lo público bien hecho, lleva consigo algo de la calidez de lo privado. Esto se ve, por ejemplo, en la escuela, el hospital o la oficina públicos, que en tanto no se establecen vínculos de amabilidad y cercanía, se las critica y rechaza como frías y ajenas a los intereses y necesidades de los ciudadanos. En sentido contrario, cuando lo privado resulta el único interés de los ciudadanos se produce el fenómeno que d'Ors describe como paradójica "indefensión de lo público" que, en una época de exaltación de lo social —señala d'Ors—, y precisamente por ello, aparece

"una disminución de aquel sentido jurídico que precisamente permite delatar los actos abusivos, por parte del egoísmo de los particulares, sobre lo que es público"¹⁶.

Vale aquí señalar, respecto a la familia, que cada amor es particular en su intención, pero nunca hay un amor sólo particular, porque si bien la persona amada es una y específica, es característica del amor no ser particularista. Aunque tampoco es público, sino —por naturaleza— privado, pero públicas son las consecuencias de ese amor. Señala Alvira, a modo de ejemplo, que "una amistad científica puede generar ideas que se harán públicas y enriquecerán a muchos. Un matrimonio tendrá y educará hijos que serán conocidos y apreciados por toda la sociedad"¹⁷.

Por otro lado, aunque ordinariamente suele existir cierta intrusión de lo público en lo privado (exigencia de datos personales que se utilizan con fines públicos, en ocasiones incluso políticos; indebida publicidad de sucesos de la vida privada de determinados ciudadanos presentada, generalmente, de modo confuso e injusto), d'Ors previene del "uso ilícito del ámbito público con fines de interés exclusivamente privado"¹⁸; tal es el caso —ejemplifica d'Ors— de la exhibición de una intimidad que debe reservarse a la esfera privada, con fines publicitarios. En definitiva constituye tarea de la potestad establecer el régimen de tolerancia o no del uso de lo público en cada circunstancia, como una de las facetas de su obligación de defensa del orden público, esto porque "no es natural que se pueda abusar de lo público con ofensa de la paz o de los sentimientos ajenos; y corresponde a la potestad el distinguir el uso lícito, aunque sea de interés particular, del abuso que debe ser prohibido"¹⁹.

Respecto a la propiedad privada que, en justicia, corresponde a la familia como la institución óptima para subvenir a las necesidades de sus miembros, la parcelación del espacio no debe ser obstáculo para que éste siga sirviendo al bien común. Por ello, si la propiedad privada resulta impedimento para el bien común, pierde su justificación; "porque el bien de una familia es ya una porción del bien común y un obstáculo al bien común es por sí mismo un obstáculo al bien de aquella familia. (. . .) El bien no es exclusivista, y no sólo bien público y bien privado son compatibles, sino que son en realidad un mismo bien"²⁰.

2. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. España. Marcial Pons. 2002. Págs. 13-14.

3. Se refiere a aquellas cosas que por ser de todos, muchas veces acaban siendo tierra de nadie.

4. En su origen romano, la distinción era necesaria para distinguir el suelo que pertenecía a individuos particulares del reservado al *populus*, es decir a la república, como los ríos, bosques, etc.

5. La delimitación de lo público a lo perteneciente a la comunidad nacional, o a la república, se explica también desde la etimología del término que surge de la unión de *pubes* (los ciudadanos púberes y, por tanto, personas con nomen Romanum) y *populus* (grupo personal que puebla la *civitas*), porque en Roma, es el conjunto de ciudadanos púberes —los que tienen nomen Romanorum y capacidad viril— los capacitados para participar en la res publica. Esta etimología subrayaría el aspecto aristocrático y personal de la organización política romana. Cfr. d'Ors, Álvaro. ENSAYOS DE TEORÍA POLÍTICA. España. Euns. 1979. Págs. 60-61 y 72.

6. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Pág. 19. En este sentido se deben entender los dos elementos del título de este libro de d'Ors: el bien siempre es "común" (abierto a todos los hombres), mientras que el enemigo —si lo hay— es siempre "público" (es decir, de un pueblo o república determinada). Utiliza d'Ors la frase "enemigo público" como la enemistad que afecta directamente a una comunidad (ya sea por parte de otra comunidad o de una persona), formalmente declarada, cuya reacción generalmente consiste en la guerra o en otro tipo de hostilidades (por ejemplo, económicas) que se justifican en razón de la legítima defensa. No se trata aquí de una mera enemistad entre particulares, aunque sea públicamente conocida. Es clara la influencia que ha recibido d'Ors de Carl Schmitt en este tema, ya que la explicación orsiana tiene su justificación en la distinción amigo-enemigo, como la esencia de lo político.

7. D'Ors, Álvaro. *Ibid.*, págs. 22-23. Se puede decir, entonces, que la relación entre lo público y lo común es paralela a la que existe entre pueblo (que implica la existencia de otros pueblos) y humanidad, y a la de interés general y bien común.

8. Cfr. Alvira, Rafael. Bien común y justicia social en las diferentes esferas de la sociedad. REVISTA EMPRESA Y HUMANISMO, vol. XII 2/09, España, 2009, pág. 66.

9. D'Ors, Álvaro. LA VIOLENCIA Y EL ORDEN. España. Dyrsa. 1987. Págs. 55. D'Ors distingue el pensamiento griego, anclado en el territorio y, por ello, más proclive a unir la política y el derecho con un territorio determinado, como antecedente de la idea de soberanía territorial, con el romano para quienes "el «populus» es el conjunto de ciudadanos, que son todos aquellos que llevan un apellido romano, estén donde estén, y se integran en la «res-publica», es decir, la comunidad unida por un derecho y una gestión común propios" (p. 55).

10. D'Ors, Álvaro. DERECHO Y SENTIDO COMÚN. España. Civitas. 1995. Pág. 76. En esta necesidad natural del hogar familiar, reside la preocupación orsiana, manifestada de modo concreto en la defensa del régimen de libertad hereditaria, concretamente, en la legislación foral de Navarra. Esto porque la propiedad, esencialmente familiar, se prolonga a través de la herencia a modo de previsión a favor de otras personas, especialmente las de la propia familia.

11. Así, por ejemplo, en una urbanización (privada) se cuenta con jardines u otras zonas de uso común para todos aquellos que pertenecen a la misma. Es decir que sin dejar de ser una institución privada, admite cierto grado de publicidad; lo mismo sucede en la propiedad horizontal en la que los copropietarios utilizan en común, por ejemplo, el ascensor y la entrada del edificio. Por ello también las comunidades se hallan sujetas a un derecho específico.

12. Alvira, Rafael. Bien común y justicia social. Pág. 66.

13. La correcta complementariedad supone que no sufra marginación ninguna de las partes, ya que ésta significa en esencia no resultar complementario para nadie.

14. No cabe dudar, por ejemplo, la importancia que tiene para la vida pública un sinnúmero de virtudes que se aprenden en familia, como la magnanimidad, la lealtad, la responsabilidad, la solidaridad, etc. Por el contrario, resulta muy difícil que quien no aprendió en su hogar a hacerse cargo de sus seres queridos, se comprometa con otros ciudadanos en pro del desarrollo social y político de su comunidad.

15. D'Ors, Álvaro. DERECHO Y SENTIDO COMÚN. Pág. 140.

16. Asimismo, brinda una serie de ejemplos de estas situaciones, como "los aparcamientos que impiden el paso, la publicidad pornográfica, la prepotencia de los bancos, la financiación de los partidos y de los periódicos o el envenenamiento industrial del ambiente". En: d'Ors, Álvaro. ESCRITOS VARIOS SOBRE EL DERECHO EN CRISIS. Cuadernos del Instituto jurídico español. España. CSIC. Pág. 145.

17. Alvira, Rafael. "Bien común y justicia social". Pág. 67.

18. D'Ors, Álvaro. DERECHO Y SENTIDO COMÚN. Pág. 106.

19. *Ibid.*, p. 109.

20. D'Ors, Álvaro. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. España. Rialp. Págs. 28-29.

El problema aparece cuando se quiere identificar o reemplazar el bien común por el interés general. Antes de abordar la cuestión, se necesita distinguir entre bien común y voluntad general. Así, a diferencia del bien común —universal y objetivo— que, si bien no niega el aspecto subjetivo del bien, lo considera sólo inoblicuo, en tanto en cuanto el bien puede superar a la voluntad de cada uno y a la de toda la comunidad, la voluntad general enfatiza el aspecto subjetivo (la objetividad permanece inoblicuo) dando importancia a que la voluntad de la sociedad sea general sin garantizar que quiera el bien. Se trata, sin duda, de un ideal utópico, ya que no es posible la unidad de voluntades en ausencia de un criterio superior que sea factor de unidad de las múltiples voluntades singulares. Frente a esta idea, se presenta la de interés general, en el cual si bien no hay coincidencia de voluntades, existe la disposición de algunos de ceder aunque no estén de acuerdo con la decisión de gobierno. Se trata de una noción de interés de tipo smithiana que busca ser neutra —psicológica y no moral— que sostiene que, en la búsqueda del propio beneficio, se acaba aportando un beneficio mayor a la sociedad.²¹

En definitiva, el concepto de interés general, claramente subjetivo, en cierto modo corrige el utopismo de la voluntad general a la hora de llevar a cabo acciones de gobierno.²² Supone el criterio de mayoría (como elemento que reemplaza al bien) y sus destinatarios son personas o grupos determinados, es decir es limitado y no universal como el bien. No cabe duda de que en el ámbito de la política resulta necesario, aunque nunca puede dar la última palabra. Asimismo, debe contar con una serie de requisitos para que la decisión sea adecuada: se debe tratar de un interés general legítimo, que cuente con apoyo de los ciudadanos (que "interese"), que sea viable, y que aquellos a los que la medida perjudicará sean los menos y sufran lo menos posible.

El interés general es el sustitutivo democrático del bien común, presupone una amalgama de individuos en competencia, cada uno a

la búsqueda del máximo cumplimiento de sus intereses y, desde esa base, propone como ideal inmediato aquel objetivo que más voluntades aglutina. Así mientras el bien común presta atención a la comunidad y, dentro de ella a quienes se encuentran más desprotegidos —con un criterio cualitativo— el interés general atiende a los que más capacidad tienen para suscitar interés en la opinión pública²³; estableciendo el contenido de las políticas con un criterio cuantitativo: el de la mayoría.²⁴ Es claro que esta opción parte de la concepción de la autonomía de la política respecto de todo otro orden previo al que deba someterse la razón, su independencia de la naturaleza humana y la de la comunidad y, más precisamente, de la ética. Por consiguiente, el bien común reconvertido en interés general adolece de un criterio que sí tiene el bien común clásico. Éste se construye para la perfección del hombre; el interés general no.

Aclara d'Ors que por naturaleza el interés es en sí particular (ya sea de una persona o de muchas); ya su etimología inter-esse, señala la necesidad de diferenciar entre una cosa y su contraria. Ejemplifica esta realidad señalando que el contribuyente tiene interés en pagar lo menos posible de impuestos, mientras que la comunidad tiene interés en aumentarlos. Tratándose de una necesidad, lo que se presenta pues es una contradicción de intereses, pero no de bien.²⁵

Otro concepto que interfiere en la correcta intelección del bien común, es el de utilidad pública. Para esta distinción resulta clave el hecho de que la utilidad hace referencia directa al aprovechamiento de algo que no puede ser a la vez público y privado. Por ello, aquello que se considera de utilidad pública no puede ser a la vez de utilidad privada, por razón de incompatibilidad. En el caso del bien, por el contrario, bien público y bien privado no sólo no se contraponen, sino que coinciden.

Sostiene d'Ors que lo que se denomina bien particular es bien común cuando no perjudica a nadie, por el contrario, es interés cuando interfiere con el interés de otra persona o grupo.

Por eso, el bien de una comunidad como la estatal, para ser "bien", debe ser integrable en el bien universal; si no lo es, se trata de "interés" y no de "bien"; en todo caso de "bien público" o interés general, pero no de "bien común".²⁶

A modo de resumen, señala d'Ors, "hemos centrado algo el concepto de «común» como universal, frente al de «público» como particular; no ya del «bien», sino de «interés»".²⁷

4. LO ESTATAL Y LO PÚBLICO

Es claro que se ha llegado a confundir lo estatal con lo público; cuando se habla de la salud pública o la escuela pública, se tiene en mente que es el Estado el titular de esas entidades y que se pueden acoger a ella todos los miembros de la comunidad. En realidad, lo que caracteriza a lo público es más bien su "accesibilidad al público" en un sentido social, es decir, no sólo a los vecinos de un determinado municipio, sino a todos aquellos que "pueden materialmente acceder al servicio, tanto si es estatal como privado o de alguna persona jurídica pública o privada. Así, los «servicios públicos» se entienden como estatales, pero no lo son si se privatizan, y, por lo demás, muchas empresas privadas vienen ofreciendo servicios al público fuera de cualquier oficialidad pública".²⁸ Por ello, para d'Ors lo significativo es el servicio que están llamadas a prestar independientemente de que su titularidad sea pública o privada; por ello, por ejemplo sostiene que "cuando se trata de empresas públicas, o privadas concesionarias de servicios públicos, (...) [el] recurso último a la huelga es inadmisibles, pues perjudica a la comunidad, y es la potestad que controla esas empresas la que debe imponer la solución justa para tales conflictos".²⁹

D'Ors propone el ejemplo de una cafetería, de la que nadie dudará de que es pública ya que, bajo unas mínimas condiciones, es accesible a todos los que deseen utilizar sus servicios. Lo mismo sucede, aunque d'Ors advierte que muchos no desean reconocerlo, con las universidades no-estatales, que son públicas en tanto están abiertas a toda clase de

alumnos que cumplan los requisitos de titulación previa previstos por la ley. También muchas organizaciones no gubernamentales son públicas desde la perspectiva que aquí se señala, ya que ofrecen servicios culturales, deportivos, etc. a todos aquellos interesados que acudan a ellas, más allá de su titularidad no-estatal. En definitiva, la identificación público-estatal, es una falacia, una consecuencia más del afán totalizador del Estado que apunta al monopolio en la prestación de servicios a la comunidad, situación que la realidad desmiente.³⁰

Por otro lado, tampoco lo estatal es siempre público ya que en el ámbito del Estado se llevan a cabo un sinnúmero de actividades dirigidas legítimamente en beneficio de personas particulares (téngase en cuenta, por ejemplo, los contratos de trabajo que se celebran entre la Administración pública y sus empleados). Esto, sin entrar en cuestiones tales como aquellas políticas económicas o sociales que benefician a unos pocos, confundiendo el interés público con el de determinados grupos de interés, constituyendo uno de los diversos modos de corrupción, situación que consiste en la utilización de lo público con fines particulares, situación claramente injusta para con la comunidad política.

En definitiva, la necesaria vinculación entre la titularidad de una institución y los destinatarios de sus servicios resulta una falacia: existen entidades privadas que prestan servicios públicos y entidades públicas que prestan servicios a personas o grupos particulares³¹, en ocasiones en un régimen de ilegalidad.

5. LO PÚBLICO, LO POLÍTICO Y LO ESTATAL

Con respecto a la distinción entre lo público y lo político, se debe partir de una definición de lo político. D'Ors, en numerosas ocasiones, ha hecho suya la de Carl Schmitt, para quien lo político es el ámbito de la decisión y el de la discriminación entre amigo y enemigo³². Esto significa que, si bien hay muchos puntos de contacto entre ambos conceptos, pertenecen a diversos ámbitos de lo real.

21. Distingue Adam Smith entre el interés general y el interés egoísta. El primero supone que "cada individuo necesariamente trabaja en aumentar la renta de la sociedad tanto como le es posible. Es verdad que, en general, ni intenta promover el interés público ni sabe siquiera en qué medida lo está haciendo. Al preferir apoyar a la industria local en vez de a la extranjera, tan sólo le preocupa su propia seguridad; y al dirigir esta industria de forma que produzca lo que pueda ser de más valor, sólo persigue su propia ganancia, y es en éste, como en muchos otros casos, conducido por una mano invisible a promover un fin que no perseguía". Cfr. Smith, Adam. THE WEALTH OF NATIONS, Reino Unido. Penguin Books. [1776 (1974)]. Pág. 43.

22. Si bien se trata de una teoría voluntarista, no hace referencia a la voluntad en su sentido más profundo. La razón es clara: resulta imposible a nivel humano encontrar un elemento común que unifique las voluntades a su alrededor, esto sólo es posible subiendo un escalón en los subsistemas: mientras que la política se desarrolla al nivel de los intereses, éstos sólo pueden unirse cuando la ética entra en juego proponiendo la idea objetiva de bien como fundamento de las decisiones.

23. Los ejemplos son muchos. Uno de ellos es la violencia en la familia: mueren muchos más ancianos por abandono y suicidio, y son asesinados muchos más niños en el vientre de su madre, que mujeres víctimas por malos tratos; pero son éstas las que han merecido mayor atención y una ley particular, gracias a la prensa y a la promoción de la ideología de género, no tanto por atención al bien común de la familia y de la comunidad.

24. Supone este un gran error en la teoría moderna que trae consigo graves consecuencias prácticas: la confusión del interés general con el bien común, pretende afirmar como indiscutible, que el interés general es el de la mayoría, y que, por lo tanto, como es tal, debe prevalecer, cayéndose en un razonamiento circular. Debe perseguirse el interés general, y como éste corresponde con el de la mayoría (porque ¿qué otro podría ser el interés general que no fuera lo que quiere la mayoría?), entonces debe acatarse lo que decide la mayoría porque ello es el interés general y, por lo tanto, es lo justo, lo legítimo y lo bueno. En consecuencia como la democracia es el gobierno de la mayoría, siempre será un gobierno legítimo, justo y bueno. Y, por ello, no hay más ni otro remedio que ser democrata, y quien no lo es debe ser excluido, y además hay que conformarse con la democracia —pese a los defectos que muestre— porque ello es lo que decidió la mayoría, que como tal representa el interés general, y frente a éste debe ceder cualquier interés particular que por ser tal deviene espurio e indefendible. No cabe duda de que si se sostiene la primacía del interés general, el marxismo acierta en su ideal de poner el interés general en manos del grupo mayoritario: el proletariado, éste tiene, entonces, el derecho de tomar el poder y eliminar todo lo que se opone a su criterio mayoritario que además es el del interés general; y, por lo tanto, toda oposición e interés particular es ilegítimo y como tal debe ser aplastado. Ya se ve cómo el criterio de las mayorías, además de ser intrínsecamente variable, da lugar a todo tipo de ideologías sin posibilidad de juicio de valor.

25. Cfr. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Págs. 23-24.

26. Ibid., p. 19. Alude a la misma idea cuando señala que el bien común es "el bien total del grupo, que se puede oponer a la utilidad singular, pero nunca se opone al bien personal", es decir que "lo que es bueno, lo es en sí y para todos". En: d'Ors, Álvaro. ENSAYOS DE TEORÍA POLÍTICA. Págs. 112 y 121, respectivamente.

27. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Pág. 26. De acuerdo con estos conceptos, se ve con claridad por qué d'Ors aplica los adjetivos común al bien y privado al enemigo, en el título de su último libro: Bien común y enemigo público, esto porque el bien siempre es común (universal), mientras que el adjetivo público, se aplica a la enemistad que amenaza directamente a una comunidad determinada (y no a una enemistad particular, aunque sea "públicamente" conocida), cfr. p. 47.

28. Ibid., p. 21.

29. D'Ors, Álvaro. NUEVA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. España. Cuadernos Civitas. 1999. Pág. 167.

30. Qué duda cabe que muchas veces las emisoras estatales de radio y televisión no son públicas porque difunden un contenido claramente partidista, es decir en servicio de un grupo de interés y no a favor de la comunidad en general. Por el contrario, con facilidad se pueden encontrar emisoras privadas que prestan un servicio mucho más público porque colaboran con la comunidad a la que pertenecen de un modo más general. Así, por ejemplo, resulta artificial distinguir el servicio cultural que presta a la comunidad de Madrid el Museo del Prado (de titularidad estatal) del Museo Thyssen (de titularidad privada).

31. Un ejemplo claro es la financiación estatal de los partidos políticos.

32. D'Ors, Álvaro. BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO. Pág. 50.

Lo público se define por su carácter particular, en contraposición a lo universal y por su dimensión de servicio a la comunidad por medio de la realización de determinadas tareas. Público no es lo que nos antecede, como lo común, sino lo que se expresa o se pone a disposición de un grupo mayor o menor de personas. Lo público es disponible.

Lo político, a su vez, se define con relación a la tarea de gobierno, que se desempeña tanto en el ámbito público como privado y que no se reduce al ámbito de lo estatal, aunque hoy en día se entienda comúnmente así. En efecto, hay numerosas decisiones de política familiar, empresarial, etc. que afectan al ámbito privado (normas acerca del modo de ejercer los derechos personales, el gran campo de los contratos comerciales, etc.) en el que el Estado no juega ningún rol. Se puede decir que todas aquellas decisiones políticas que conciernen a las diversas áreas del derecho privado, se encuentran estrictamente fuera del ámbito de lo público, aunque —como ya se ha señalado— sus consecuencias lo alcanzan. Político es, en definitiva, todo aquello que contribuye al buen gobierno de la polis.

Resulta de especial interés la distinción entre lo político y lo estatal ya que pone de manifiesto el diagnóstico fundamental que hace d'Ors acerca de la causa de la crisis del Estado: su pretensión de identificar lo común con lo público, lo público con lo privado y absorber todos estos conceptos en lo estatal, incluyendo también lo político. En definitiva, un modo distinto de señalar que la potestas, hoy el Estado, avanza sobre todos los demás ámbitos de la vida con afán de dominar sobre ellos. En efecto, mientras que la política estrictamente se refiere a la actividad de gobierno, lo estatal se dice de una institución particular —el Estado— en su dimensión no sólo política, sino también económica, social, etc. Así, la política se realiza no sólo en el seno de la comunidad política, ni siquiera con exclusividad en el ámbito de lo público, como se aprecia en la existencia de "políticas de empresa", "políticas familiares", etc. En definitiva, toda institución para funcionar requiere de un gobierno y en eso consiste esencialmente la política.

6. CONCLUSIÓN

A pesar de la propaganda actual, es importante recalcar que lo estatal no siempre es político, como sucede con las tareas que llevan a cabo las empresas estatales en tanto instituciones productivas o prestadoras de servicios. Es decir que, por un lado, la política resulta un concepto más abarcador en cuanto resulta necesaria más allá de la actividad del Estado en toda institución, ya que sin gobierno no pueden prosperar; pero, por otro, lo estatal abarca más porque su tarea tiene que ver no sólo con la política, sino con otras áreas del conocimiento y de la acción. El error de la confusión que hoy existe entre ambos términos, que se

utilizan con frecuencia casi como sinónimos, responde a la realidad de que el Estado pretende constituirse en la única instancia política, dominando las políticas propias de instituciones ajenas. En definitiva, se trata de la ideología de tinte socialista que identifica sociedad civil con Estado y, por lo tanto, gobierno con política estatal.

Ante esta situación, resulta necesario reafirmar que el Estado, adopte el régimen que sea, no es la forma y acto que da unidad última a la sociedad civil, sino que es una institución de ella, muy importante, pero junto a otras; y que lo que da unidad y —por tanto— ser a la sociedad, es una realidad que trasciende no sólo al Estado sino a la esfera política en cuanto tal.

En suma, el Estado moderno al confundir lo común con lo público, lo público con lo privado y lo estatal con lo político, pretende absorber en sí todos los conceptos. De este modo lo común y lo privado quedan reducidos a un mínimo y la política es, a su vez, desnaturalizada, ya que pasa a significar sólo el gobierno estatal. De este modo el Estado aniquila a la sociedad civil impidiendo que tenga lugar en ella todo otro gobierno.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alvira, Rafael. Bien común y justicia social en las diferentes esferas de la sociedad. *REVISTA EMPRESA Y HUMANISMO*, vol. XII 2/09, España, 2009.
- Aristóteles. *POLÍTICA*. (ed. bilingüe, y trad. Julián Marías y María Araujo; introducción y notas de Julián Marías). España. Instituto de estudios políticos. [384-322 a.C. (1951)].
- Ayuso, Miguel. A propósito de la crisis del Estado y el pretendido retorno de la sociedad civil. En: Forment, E., (1993), *DIGNIDAD PERSONAL, COMUNIDAD HUMANA Y ORDEN JURÍDICO*, vol. I, España. Balmes. pp. 155-159.
- Betancourt Serna, Fernando. *DERECHO ROMANO CLÁSICO*. España. Universidad de Sevilla. 1995.
- Cantero Nuñez, Estanislao. Evolución del concepto de democracia. En: *¿CRISIS EN LA DEMOCRACIA?* España. Speiro. pp. 5-35.
- Cruz Prados, Alfredo. *ETHOS Y POLIS: BASES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA*. España. Eunsa. 1999.
- D'Ors, Álvaro. *UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*. España. Rialp. 1963.
- D'Ors, Álvaro. *ESCRITOS VARIOS SOBRE EL DERECHO EN CRISIS*. Cuadernos del Instituto jurídico español. España. CSIC. 1973.
- D'Ors, Álvaro. *ENSAYOS DE TEORÍA POLÍTICA*. España. Eunsa. 1979.
- D'Ors, Álvaro. *LA VIOLENCIA Y EL ORDEN*. España. Dyrsa. 1987.
- D'Ors, Álvaro. *DERECHO Y SENTIDO COMÚN*. España. Civitas. 1995.

D'Ors, Álvaro. *NUEVA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO*. España. Cuadernos Civitas. 1999.

D'Ors, Álvaro. *BIEN COMÚN Y ENEMIGO PÚBLICO*. España. Marcial Pons. 2002.

Negro Pavón, Dalmacio. *ESTUDIOS SOBRE CARL SCHMITT*. España. Fundación Cánovas del Castillo. 1996.

Schmitt, Carl. *EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO*. España. Alianza. [1927 (1999)].

Smith, Adam. *THE WEALTH OF NATIONS*, Reino Unido. Penguin Books. [1776 (1974)].