

DIVISION DEL DERECHO OBJETIVO

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO:

Historia. La distinción del Derecho objetivo en dos grandes ramas, pública y privada, recibe consagración por obra de la jurisprudencia romana que recoge en la distinción la antítesis entre Estado e individuo que en Roma aparece tajante desde sus comienzos: el Estado romano actúa siempre en su papel de soberano, por lo que su actuación es siempre constitutiva de Derecho público, mientras que la esfera de Derecho Privado es la propia del individuo.

Frente a la antesis romana entre Estado e individuo, los pueblos germánicos mantienen la unidad de todo el Derecho, se refiera al Estado o al individuo, y por influjo de esta concepción la Edad Media presencia la mezcla de ambos aspectos del Derecho, dando lugar a la patrimonialización del Estado que se considera patrimonio privado del Soberano, así como la propiedad privada es origen de prerrogativas públicas; la confusión entre dominium e imperium es completa.

Con el Renacimiento del Derecho romano la distinción empieza a reaparecer en las obras doctrinales, y la revolución francesa la encuentra adecuada para la exaltación del individualismo, con lo que llega a generalizarse y viene a plasmar en la obra codificadora, preocupante desde entonces a la doctrina cuál sea el criterio básico de la distinción. A continuación se enumera sucintamente las principales teorías ideadas para hallar su fundamento.

TEORIAS POSITIVAS. Las teorías que afirman la distinción del Derecho en público y privado son tan numerosas, que su completa enumeración sería hartamente prolija, sin utilidad para los fines de la presente obra, y por ello se limitará a una referencia de aquellas que más influjo han ejercido en la doctrina, clasificándolas en dos grupos fundamentales, según que se basen en un criterio objetivo o subjetivo.

TEORÍAS OBJETIVAS: a) Teoría del interés. El texto más antiguo en que se encuentra recogida la distinción es atribuido a Ulpiano y parece expresada la oposición entre la utilidad del Estado (Derecho Público) y la del individuo (Derecho privado). Se estima por algunos romanistas que el texto contiene interpolaciones. Según Perozzi no consagra una división de las dos grandes ramas del Derecho basado en la utilidad, sino en el sujeto; Derecho público sería el que regula la actividad del Estado Romano, Derecho privado el que se refiere a los particulares. Hasta la época imperial el Estado siempre que interviene lo hace como soberano, por lo que no cae bajo el Derecho civil o pretorio. Otros, como Ehrlich, creen que la verdadera contraposición estriba en la fuente de donde el Derecho emana; Derecho público era el emanado del Estado por las leyes, senadoconsultos y constituciones; Derecho privado era el procedente de autoridades no estatales, es decir, la jurisprudencia o Derecho de los juristas.

Dejando a un lado la controversia sobre la interpretación de estos textos, lo cierto es que la teoría que basa la distinción en la utilidad, ha ejercido un gran influjo en la ciencia jurídica. Pero la crítica puso pronto de manifiesto, que no es posible hacer una separación tajante entre el interés del Estado y el de los particulares, que en la vida se entrecruzan constantemente;

por esto, otros autores, no hablan de intereses distintos, sino predominantes, o bien, piensan que en toda norma hay utilidad, tanto para los particulares como para el Estado, pero que será pública o privada según considere a uno antes que a otro. Pero, aun con estas rectificaciones, se critica la teoría diciendo que aun aquellas normas que parecen dirigidas a tutelar el interés de los particulares, redundan en beneficio de la comunidad, como aquéllos sienten las ventajas de las normas del Derecho público, por otra parte, se dice, no hay normas que persigan el interés egoísta del individuo, pues siempre van encaminadas hacia la comunidad. En resumen, toda norma sirve a la vez ambos intereses.

También la doctrina kelseniana, basándose en su especial punto de vista metodológico, rechaza la teoría del interés por tener una base meta-jurídica: la división de las normas jurídicas no puede tener, afirma Kelsen, como base, más que un objeto jurídicamente inmanente y no uno trascendente para el Derecho como lo es el fin a que sirven las normas.

b) Teoría del *ius cogens* y el *ius dispositivum*. Se pretende hallar la diferencia entre el Derecho público y el privado, en la posibilidad que tiene el particular de someterse o no a las normas: donde domina la libre voluntad del particular hay Derecho privado y cuando aquél ha de someterse forzosamente a la norma jurídica, estamos en el campo del Derecho público; de esta forma se hace coincidir la división capital del Derecho objetivo con la de *ius cogens* y *ius dispositivum*, trayendo en su ayuda aquellos textos que parecen autorizar la teoría; pero se ha observado que los romanos dan en ciertos textos al *ius publicum* un sentido diferente al que tiene en la definición de Ulpiano, que sería exacto traducir por normas de orden público, normas que no solo existen en el campo del Derecho público, sino también en el del privado, (el derecho de familia muestra numerosos ejemplos) como ya reconocieron los romanos, por lo que, con razón, la teoría viene rechazada. En Roma tendrían este significado los siguientes textos: *interest rei publicae mulieres dotes salvae habere propter quas nobere possunt, interest rei publicae rem pupilli salvam fore.*

c) Teoría de la patrimonialidad. Partiendo de la teoría de la *utilitas*, se ha pretendido buscar en la nota de la patrimonialidad la base de la distinción de la que hoy se ocupa este estudio, afirmando que el Derecho privado es de orden patrimonial, mientras que el público es de un orden más elevado. La teoría ha sido refutada fácilmente haciendo constar que en el Derecho privado existen normas que carecen de contenido económico (el derecho de familia puro) mientras que en el público las hay de carácter económico (como el Derecho fiscal)

d) Teoría de la forma de protección. Se pretende hallar la diferencia fundamental entre el Derecho público y el privado según la naturaleza de la acción que otorga la norma; la norma de Derecho público da lugar a una acción pública; la de Derecho privado, a una acción privada. Olvida Thon, a quien se debe la teoría, que hay normas de Derecho público cuya violación es perseguible solo a instancia de los particulares, y viceversa, hay normas de Derecho privado que, en caso de transgresión, pueden ser perseguidas de oficio. Por otra parte, la sanción es la consecuencia y no la causa de la distinción de la norma.

B) Teorías subjetivas. a) Teoría del sujeto. Busca la distinción en la cualidad del sujeto: según intervenga el Estado o los particulares se tratará de Derecho público o privado. Como ya se vió, al estudiar la teoría de la *utilitas*, según una de las interpretaciones dadas al texto de Ulpiano, sería ésta la verdadera base de la distinción entre los romanos. Pero si el Estado romano

intervenía siempre como soberano, aun cuando entrase en relaciones análogas a las de los particulares, ya desde la época imperial se empezó a destacar en el Estado el aspecto patrimonial, modelando la personalidad del fisco sobre la de los Municipios y desde entonces se viene distinguiendo entre esfera pública y privada del Estado y, por tanto, cuando éste interviene despojado de su soberanía, no cabe hablar de Derecho público.

b) Teoría del *ius imperium*. Para corregir el defecto de la anterior teoría se hace la siguiente distinción: cuando el Estado interviene como ente soberano se trata de Derecho público y cuando entra en relaciones con los particulares, en condiciones de igualdad, despojándose de su *imperium*, se trata de Derecho privado: por tanto, la diferencia no estriba en la cualidad de los sujetos, sino en la posición en que intervienen en la relación jurídica.

La teoría del *ius imperium* ha sido duramente criticada por Kelsen, quien niega que puedan diferenciarse los sujetos de Derecho por sus cualidades jurídicas, pues no son más que personificaciones que expresan la unidad de un complejo de normas jurídicas, y no cabrá más distinción, según esto, que la de personificar todo el ordenamiento jurídico o sólo una parte; por lo que esta teoría, que él llama del plus valor, es falsa según Kelsen, ya que si en vez de esas personificaciones se fijan en los hombres que hay detrás de ellas, se verá que aun en el Derecho público, el que como órgano dicta el mandato superior no es el mismo encargado del acto coactivo; el atribuir ambos actos al Estado no es más que una forma de expresar la unidad del ordenamiento jurídico.

c) Teoría teleológica. Próxima a la del interés de la que aparece como una modificación, la teoría teleológica estima que en el Derecho público el Estado es el fin del Derecho y el individuo ocupa sólo un lugar secundario, y en el Derecho privado el individuo es el fin y el Estado es el medio. Como se ve, ocupa esta teoría un lugar intermedio entre las teorías del interés y del sujeto, pues en la consideración teleológica ocupa el sujeto un puesto importante.

3. TEORÍAS NEGATIVAS. La distinción del Derecho en público y privado ha sido negada desde diversos puntos de vista, de los cuales se destacará como más importante el del positivismo y el de la escuela vienesa.

a) Teoría positivista. El positivismo como lógica consecuencia de su doctrina, que al negar la existencia del derecho subjetivo niega el concepto mismo del Derecho no puede aceptar la distinción de éste. De este modo, Duguit, en fila su crítica contra las diferentes teorías de la distinción, que dentro de su sistema es inadmisibles. Pero la teoría negativa, de base positivista no ha tenido gran resonancia.

b) Teoría de Kelsen. Como ya se indicó, combate las teorías del interés y del plus valor; afirma que la distinción del Derecho en público y privado surge y tiene su aplicación en un régimen absoluto, que por estar basado en la fuerza, no es propiamente jurídico, y, por tanto, en tal régimen, la distinción, está indicando la contraposición entre la fuerza, el poder político y el derecho.

Pero esta contraposición, afirma Kelsen, no cabe en el Estado de Derecho, ya que el Estado no tiene una posición de privilegio, por lo que es absurdo hablar de un plus valor del Derecho

público frente al privado; en consecuencia, mientras en un régimen absoluto todo el Derecho es privado, en el Estado de Derecho, por el contrario, todo es público: de esta forma sobre la base de su doctrina de la identidad entre Estado y Derecho llega Kelsen a la unidad del ordenamiento jurídico; tan solo reconoce una diferencia y es que mientras en el derecho público en caso de desobediencia de la persona obligada, la de más valor puede ejercitar la coacción por sí misma, en cambio en el derecho privado, la parte que incumplió su obligación no puede ser compelida por la otra, sino que hay que recurrir a una tercera, al Estado, para que se ejecute la coacción.

TEORIAS TRIPARTITAS. Entre el Derecho público y el privado se sitúan por algunos tratadistas, ciertas ramas o sectores del ordenamiento jurídico, estimando que los moldes de la clásica bipartición son insuficientes para encuadrar nuevos aspectos del Derecho que adquieren especial importancia en el estudio. Así ocurriría sobre todo con el Derecho laboral o del trabajo y con el derecho de familia.

- a) Derecho laboral. Se ha desarrollado grandemente, divide a los juristas en cuanto a su calificación jurídica, pues mientras se discute su pertenencia al Derecho público o al privado, otros estiman que participa de ambas y finalmente se sustenta su carácter propio frente a la dicotomía tradicional, respecto a la que constituiría un tertium genus. Afirma Radbruch que la tendencia hacia un derecho social, cada vez va socavando mas la separación rígida entre derecho privado y derecho público, entre derecho civil y derecho administrativo, entre contrato y ley; ambos tipos de derecho penetran uno en otro recíprocamente, dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos que no pueden ser atribuidos ni al derecho público ni al privado, sino que representan un derecho enteramente nuevo, de un tercer tipo a saber: el derecho económico u obrero.
- b) Los partidarios del carácter publicista del derecho laboral se basan en el exiguo campo de actuación de la autonomía de la voluntad privada en esta rama jurídica regida generalmente por normas imperativas.

Finalmente se defiende la inclusión del derecho laboral social en el privado, alegando que la relación básica de aquel es el contrato de trabajo, que sigue perteneciendo al campo privado, no obstante la intervención del estado para regular diversos aspectos del mismo. Jordano afirma que el carácter privado de las relaciones laborales no queda desvirtuado o, por lo menos, no desaparece totalmente por el simple hecho de que sobre ellas se proyecte la intervención directa o indirecta de órganos estatales o queden limitadas por normas de ius cogens, que restringen, sin anularla radicalmente, la autonomía de la voluntad.

La existencia de numerosas normas imperativas en el Derecho laboral no es suficiente para negar el carácter privatista, pues conforme se observe, no faltan estas normas en el Derecho privado.

- c) Derecho de familia: Las especiales características del derecho de familia, ya señaladas desde antiguo, han dado lugar a un nuevo intento de tripartición del ámbito objetivo del derecho, debido a Cicu; parte este civilista de la diversa posición que el Estado

reconoce al individuo en el derecho público y en el privado: de subordinación respecto al fin del Estado en el primero y de libertad en el segundo; esta diversa posición da lugar a una estructura distinta de la relación jurídica pública y privada, es decir, a una estructura distinta de los elementos de toda relación jurídica, el interés y la voluntad; en el derecho privado se trata de interés individual, y por tanto, cada parte persigue su interés particular, actuando la voluntad libremente; se tiene pues, interés y voluntad distintos y opuestos. En cambio, en el derecho público la relación se da entre el individuo y el Estado, por lo que no cabe que aquel tenga un interés distinto y opuesto al de este; el interés del individuo no es el suyo particular, sino como miembro del Estado; es decir, que no hay otro interés que el superior del Estado presentando la relación jurídica un interés único y voluntades convergentes a su satisfacción.

Ahora bien, la relación jurídica en el derecho de familia reproduce la estructura de la del derecho público; el fin es siempre un fin superior, que el derecho impone, subordinando al mismo la voluntad de los individuos; la relación entre cónyuges y la relación paterno filial prueban esta afirmación, por lo que, deduciendo las consecuencias, piensa Cicu que es contrario a una buena sistematización científica, incluir el derecho de familia en el privado, pero no quiere tampoco incluirlo en el público, porque la familia no es un entre público; por tanto, le señala un lugar independiente en la distinción del derecho en público y privado, convirtiendo así la bipartición en tripartición.

Aunque estos intentos de convertir la clásica distinción dual del Derecho en tripartita, han logrado algunos secuaces, puede afirmarse que la doctrina científica, en su mayor parte mantiene la distinción del derecho en público y privado, fundamentándola preferentemente en la teoría del *ius imperium*.