

La distinción del Derecho en público y privado

SUMARIO.

- 1.º *Evolución histórica (Grecia, Roma, Germania, Edad Media, Renacimiento).*
- 2.º *La doctrina moderna: Las teorías de Kelsen, De Castro y Legaz Lacambra.*
- 3.º *El Derecho civil, coordinador del cuerpo social.*
- 4.º *Los principios de comunidad y personalidad en la distinción del Derecho.*

1. La distinción del derecho en privado y público es obra de la voluntad humana; depende de la posición ideológica del ordenamiento positivo de los pueblos. En una época primitiva la distinción del derecho no existía. El páter familias era el jefe familiar, político y religioso. El grupo tenía entonces una relevancia extraordinaria. En el páter familias residía la fuerza de las normas jurídicas.

Es en Grecia donde surge la distinción entre derecho privado y derecho público, puesto que esta distinción exige siempre la presencia del Estado, aun cuando sea en su forma rudimentaria. Por lo mismo, la distinción del derecho en público y privado es producto de las sociedades civilizadas (1).

(1) VILLAR Y ROMERO: *La transformación del Derecho privado en Derecho público*. «Rev. Derecho Privado», 1943, pág. 416.

En Roma surge la distinción del derecho en público y privado al constituirse la «civitas» sobre las «gentes», conservando éstas su autonomía. Entonces quedan frente a frente Estado e individuo.

La familia, que tuvo en un principio poder político y religioso, queda relegada a tener un poder exclusivamente ético (2). El *ius publicum* es el derecho del Estado y el *ius singulorum* es el derecho del individuo. El Estado estaba por encima y fuera del alcance del derecho privado. El individuo no tenía derechos contra el Estado, sino contra los demás individuos. El Estado, en sus relaciones con los particulares, no se despojaba de su carácter soberano. Sólo más tarde, en la época imperial, se llegó a distinguir entre el Estado como ente público y el Fisco, que representa el carácter patrimonial de la personalidad de aquél.

La distinción, que en el Derecho actual presenta un valor histórico, en un principio, sin embargo, implicó una diferenciación de origen.

En las Doce Tabas las declaraciones de los particulares creaban derecho. El *ius privatum* derivaba su fuerza de la *nuncupatio* privada, que la ley reconocía.

Cuando esto sucede, Estado y Derecho vivían aún disociados, siendo posible distinguir entre el conjunto de las relaciones jurídicas formadas y actuadas por manifestaciones de la autoridad social, representante o intérprete de poderes sobrenaturales —que es lo que constituía el ámbito del primitivo Derecho público—, y el conjunto de las relaciones jurídicas creadas por los individuos, en la expresión de sus poderes naturales con finalidad esencialmente económica.

De donde el desarrollo sobre la base de la propiedad como institución de un complejo de relaciones dirigidas a la utilización directa o indirecta de los bienes por parte de los individuos. O sea, el goce y disfrute de los bienes, su intercambio o permuta, su transmisión *inter vivos* y *mortis causa*, han constituido siempre la materia específica del Derecho privado sobre la base de las prácticas sociales, pertenecientes más a las costumbres jurídicas que a la iniciativa de la legislación estatal (3).

(2) URSICINO ALVAREZ: *Horizonte actual del Derecho Romano*, 1944, página 210.

(3) W. CESARINI SPORZA: *Filosofía del Derecho*, Roma, 1954, pág. 144.

La concepción religiosa imprimía un origen místico a la formación social del grupo, con la existencia de fuerzas centrales imaginadas (totem, animales, etc.), que se transmitían y, por este motivo, se hallaban siempre presentes en el curso de las generaciones.

En las formas más progresivas de la sociabilidad, que vienen acompañadas de una laicización de la autoridad política, no impiden que también en los tiempos modernos el mito religioso siga presentándose como fundamento: basta pensar en la teoría del derecho divino del rey, o sea, en la imputación de su poder a la voluntad de Dios (San Pablo dice: *Non est potestas nisi a Deo*); incluso en el siglo XVIII la autoridad religiosa consagraba con el rito de la unción la soberanía del rey de Francia, y, de todas las maneras, jamás desaparece la concepción del soberano como padre de sus súbditos (de la idea de Dios Padre a la del Estado paternal) (4).

Con todo, en el ámbito civil del individuo, una vez que el Estado absorbe y controla todos los poderes de la sociedad, se establece un monopolio legislativo, emanando todas las normas del Poder estatal, incluso las reguladoras de las relaciones del Derecho privado. Es a la voluntad del Estado a quien se imputan las actuaciones normativas cuando los particulares dan vida a las relaciones jurídicas, siendo los órganos jurisdiccionales estatales los que intervienen en la aplicación coactiva de dichas normas. Por eso asevera Bacon que *jus privatum sub tutela juris publici latet*, si bien las relaciones del Derecho privado nacen siempre, no de la ley, sino del negocio jurídico (5).

Entonces, cuando todo el Derecho es estatal, la *nuncupatio* se limita tan sólo a poner en movimiento unos efectos legales, y el *jus privatum* —como decíamos— pasa a ser creación de la ley del Estado. Esto es, pierde totalmente importancia la distinción del Derecho, y únicamente subsiste la diferenciación funcional de la norma.

Por eso Livio ha dicho: *Fons omnis publici privatique iuris*. Desaparece, pues, la distinción entre las formas de producción del *ius*. Todas las normas jurídicas son ya estatales. A este momento histórico corresponde la definición de Ulpiano: normas que miran al Estado son Derecho público, y las que miran al individuo son

(4) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, pág. 136.

(5) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 143-144.

Derecho privado. Sin embargo, ya no existe una gran diferenciación entre Derecho público y Derecho privado, sino que es meramente funcional de la norma, y, por consiguiente, resultan ser dos aspectos del Derecho (6).

Los autores *germanos* nos dividen el Derecho. Este es único y abarca las relaciones estatales e individuales. El Estado quedaba absorbido en el individuo y en las infinitas divisiones sociales. El individuo quedaba enmarcado en la comunidad y en la familia y en las demás corporaciones en las que desenvolvía su vida (7).

Fué con la recepción del Derecho romano cuando se introdujo en Alemania la distinción del Derecho. El Derecho público viene a librar al príncipe de la sumisión a las leyes (*princeps legibus solutus est*). Así surgieron las monarquías absolutas (8).

La *Edad Media* se caracteriza por la exaltación del Derecho privado. El Estado llega a identificarse con la persona del soberano y se le considera como su patrimonio (9).

Existen en esta época una cantidad de comunidades, familias, corporaciones y municipios que vinculan al individuo por múltiples ligámenes. Pero ninguna de estas comunidades podía crear esta distinción capital entre los elementos públicos y privados; las dos categorías se penetran recíprocamente; los *cargos públicos* eran objeto de comercio jurídico, mientras que el ejercicio de los Derechos *privados* se hallaba fuertemente ligado a la vida de los grupos. No había, pues, en esta época establecida separación entre los dos dominios (10).

En el *Renacimiento* cunde la distinción del Derecho en privado y público. Se concibe al Estado como cosa distinta del Derecho a impulso de la llamada «razón de Estado» forjada por Maquiavelo. El príncipe debía determinar sus acciones mirando exclusivamente el interés del Estado, y no el interés del Derecho. El Derecho público consagra un amplio margen de arbitrio en el ámbito de la administración interna y la política internacional. De este modo, el

(6) ALVARO D'ORS: *De la privada lex al Derecho privado y al Derecho civil* «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», 1949, págs. 36 y 37.

(7) BONFANTE: *Historia del Derecho Romano*, trad. 1944, I, 185.

(8) RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, págs. 47-48.

(9) VILAR Y ROMERO: *Op. cit.*, pág. 416.

(10) ROUBIER: *Théorie générale du Droit*. París, 1951, pág. 300.

Estado viene a ocupar una posición metajurídica, y el Derecho público alcanza una posición de preeminencia frente al Derecho privado (11).

2. Antes se oponían la *lex* y el *ius*. Hoy todas las normas, por el contrario, emanan del poder del Estado, tanto las de Derecho público como las de Derecho privado.

El origen de la distinción del Derecho ha provocado modernamente abundante literatura. Ehrlich, para quien todas las normas, por regularlas el poder del Estado, serían *ius publicum*; el *ius privatum* sería el Derecho creado por la autonomía particular (12). Dülkeit también establece la distinción entre Derecho público y *lex privata*, o sea, la regla de conducta fijada por los particulares (13). En Italia han propugnado esta dirección doctrinal, entre otros autores, Silvio Romano, Luzzato, Lombardi, Guarino, Grosso, etc. De Francisci dice que en un principio las normas emanaban de la *civitas*, y el *ius* eran las normas que surgían de las entidades infraestatales. Después, todas las fuentes del Derecho se reducen al Estado. La diferenciación se limita entonces entre el Derecho público y el Derecho civil. Ya no se habla de ordenamientos en planos distintos: el de la *civitas* y el de los organismos inferiores (14).

En España se han ocupado de la distinción del Derecho: Ursicino Álvarez (15), Legaz Lacambra (16), Pérez Leñeros (17), Juan Iglesias (18), Alvaro d'Ors (19), etc. Para Alvaro d'Ors la distinción del Derecho era exclusivamente formal; depende de la publicidad. Lo público era objeto de la *publicatio*; el Derecho privado se reservaba su conocimiento a los que intervenían en el negocio; no era patrimonio de todos, como aquél (20).

En un principio, el Estado no absorbía la vida total del pueblo,

(11). LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1953, pág. 345.

(12) *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*. 19-2, I, págs. 159 y sigs.

(13) *Oeffentliches und Privatrecht im römischen Recht*. Zeitschrift der Akad. j. d. Recht., 1935, págs. 277 y sigs.

(14) *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del dir. rom.* Scritti Ferrini. Milán, 1947, I, págs. 211 y sigs.

(15) *Op. cit.*, págs. 211 y sigs.

(16) *Op. cit.*, págs. 344 y sigs.

(17) *Sobre la distinción romana entre «ius publicum» e «ius privatum»*.

«Rev. Información Jurídica», 1949, págs. 878 y sigs.

(18) *Op. cit.*, pág. 15.

(19) *Op. cit.*, págs. 29 y sigs.

(20) *Op. cit.*, págs. 31 y 32.

y el Derecho surgía también de los organismos que se desenvolvían al margen del Estado, motivo de la subsistencia independiente del Derecho consuetudinario. Sólo la ley emanaba del poder estatal. Después, el Estado absorbió la vida total de la comunidad; y todo el Derecho emana del poder del Estado. Desde este momento, la diferenciación del Derecho sólo radica en que unas normas se dirigen al Estado y otras al individuo, pero siempre dentro del Estado.

La ley interviene como acto constitutivo de las relaciones jurídicas, corresponsiéndole dos significados:

1.º Como manifestación de la voluntad del Estado concebida como síntesis conceptual de todos los posibles actos normativos, creándose entonces una relación jurídica de la cual el Estado aparece como titular frente a los individuos, que tienen una obligación general de observarla.

2.º Como acto constitutivo de relaciones entre órganos del Estado y entre los órganos estatales y los ciudadanos, por el cual se inviste a aquéllos o a éstos de una obligación correlativa a un Derecho cuyo ejercicio pertenece al Estado.

En estas hipótesis las actuaciones normativas aparecen como manifestaciones de una voluntad de autoridad frente a cada uno de los ciudadanos. Sólo cuando la ley manifiesta realmente una fuerza vinculadora de las auténticas expresiones humanas, estando sus acciones efectivamente reguladas y ordenadas, se produce su validez sustancial, que se diferencia de su vigencia formal por cuanto en este último supuesto no llega a aplicarse nunca, porque es derogada por otra disposición legal o tácitamente (21).

Dentro del Derecho público; el legislador, por lo general, actúa dominado por concepciones ético-políticas, mientras que en el Derecho privado prevalece la consideración de los intereses económicos, o sea, el cálculo utilitario y contingente acerca de la distribución y el uso de los bienes (22).

En todos los Códigos de Derecho privado figuran, además de las normas reguladoras de la propiedad, las obligaciones y las sucesiones, aquéllas que se refieren a la persona y a la familia. En dichas relaciones los sujetos individuales no figuran como portadores de in-

(21) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 137, 138.

(22) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, 148.

tereses puramente privados. Esto se explica porque las personas (físicas o sociales) son los sujetos necesarios de las relaciones de Derecho privado, aun cuando su posición en el ordenamiento jurídico no depende de sus voluntades, sino de la de la ley. Incluso las relaciones de familia se consideran de Derecho privado, no porque sean tales en sí mismas, sino porque el grupo familiar ha perdido, al afirmarse la superior autoridad del Estado, su primitiva autonomía, que de hecho la asemejaba a una organización política (23).

El Derecho privado, pues, reglamenta la parte más importante del Derecho para la concepción liberal del Estado. Se sostiene que un retroceso de la influencia del Derecho privado conduciría a una disminución del espíritu de justicia en la sociedad. En efecto; la obligación de decidir entre intereses que se encuentran en igualdad lleva necesariamente a los jueces y a los jurisconsultos a un análisis muy ceñido de lo justo y de lo injusto, mientras que las relaciones entre el Poder público y los particulares se resuelven a veces sobre la base de consideraciones de equidad o de simple oportunidad (24).

En los Estados del siglo XIX ha prevalecido como principio regulador supremo de los respectivos ordenamientos esta concepción liberal-democrática, quien ha atribuido a la *autoridad del propietario* importancia decisiva para la disciplina de las relaciones jurídicas entre los particulares. La ley reenvía a las valoraciones que del propio interés hace subjetivamente el individuo. No se define un interés objetivo como propio de un ente superindividual, sino que vale como tal aquel mismo que un individuo establece subjetivamente como interés propio correlativo a sus fines personales.

La situación jurídica que por tal motivo surge se configura como un derecho del sujeto A hacia B en cuanto tiene personalmente interés en el mismo; o sea, que la voluntad concreta de A se destaca de la voluntad de la ley creadora de la relación abstracta en la cual se enmarca el derecho de A. Esto significa que A puede renunciar y, por consiguiente, que la obligación de B subsiste sólo en tanto en cuanto que A lo quiere (25).

Esta influencia de la doctrina individualista fracasa técnicamen-

(23) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, pág. 145.

(24) PAUL ROUBIER: *Théorie générale du Droit*. París, 1951, pág. 291.

(25) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 148-149.

té al no ser capaz de situar cada institución dentro de su categoría jurídica correspondiente.

El absolutismo estatal no supera el dilema entre individuo o comunidad, sino que lo lleva a su último extremo, suprimiendo el concepto de persona (26).

Este carácter de la autoridad pública, como esencialmente un hecho, lo pone por primera vez de relieve el filósofo inglés Hobbes (siglo XVII). Según su doctrina, todo hombre tiene, por ley de naturaleza, tanto derecho (subjeto) cuanto fuerza tenga. Los hombres viven disociados y luchan continuamente entre sí (*bellum omnium contra omnes*), y el derecho se identifica con la fuerza. Sólo el instinto de conservación les lleva a renunciar, según un cálculo utilitario, del uso de la fuerza para formar una sociedad pacífica. A ésta llegan mediante un contrato (*pactum unionis et subiectionis*) por el que cada uno de los hombres se obliga hacia los otros a renunciar al uso de su fuerza, aceptando, al mismo tiempo, que ésta pueda ser usada por uno solo, el cual la utilizará para constreñir a los hombres a la observancia del pacto.

De este modo, se pasa del estado de naturaleza al estado civil mediante la creación de la sociedad y el Estado, que se halla encarnado por un «soberano», quien tan sólo puede usar de la fuerza sin límites (*summa coercitiva potentia*).

En esta concepción del absolutismo estatal se advierte que el soberano tiene hacia sus súbditos una pretensión que se manifiesta como ejercicio de guerra, como poder de hecho, que no presupone ninguna relación jurídica abstracta, imponiéndose a los súbditos como voluntad imperativa (27).

De otra parte, para Kelsen la antítesis entre Derecho privado y público constituye la espina dorsal de la teoría del Derecho. Pero nos dice que en cuanto se indagan los fundamentos de esta distinción se incurre en un caos doctrinal. En el terreno de la doctrina pura no cabe la distinción, que obedece sólo a razones históricas y políticas. Hay que proclamar la unidad del Derecho (28).

No obstante, conviene observar cuál es la posición de Kelsen frente al Derecho. El subsume al orden jurídico en el Estado. Para

(26) DE CASTRO: *Op. cit.*, 1942, I, págs. 67 y 68.

(27) CESARINI SFORZA: *Op. cit.*, págs. 140-141.

(28) *Diritto pubblico e privato*. «Riv. Int. di Fil. del Dir.», 1924, págs. 34 y siguientes.

él el Estado es la personificación jurídica de la comunidad social. Por eso para Kelsen el acto más privado de la vida particular, el negocio jurídico, no es más que una prolongación de la voluntad estatal. Luego la diferenciación del Derecho en privado y público se refiere a la creación de la norma secundaria. Esta norma secundaria es la que determina en cada caso la conducta de los particulares. Por ejemplo, el deber de devolver la suma prestada nace del contrato que se concierta entre acreedor y deudor. El orden jurídico delega, por tanto, en los individuos la facultad de regular contractualmente sus relaciones económicas. De donde resulta que la norma individual, o secundaria, presupone la norma general, o primaria (29).

Ahora bien; los hombres constituyen una comunidad porque poseen cosas comunes. De lo contrario, no tendrían explicación ni la existencia de la sociedad ni la del Estado. Pero el hombre sólo existe en sociedad, y ésta es para él garantía y, al mismo tiempo, limitación. De aquí la dificultad de trazar una línea divisoria entre lo público y privado. Es menester tener en cuenta que la persona individual unas veces se obliga por su propia iniciativa, mientras que otras se constriñe a la realización de ciertos actos aun en contra de su voluntad (30).

En el primer caso se deja al arbitrio de las partes no sólo el hecho de existencia de la norma, sino inclusive la forma de vinculación. Nos estamos moviendo dentro del ámbito de la llamada autonomía privada. En el segundo supuesto, por el contrario, como sería el caso de tener que pagar un impuesto, hay un mandato unilateral que obliga al destinatario. Tal forma de creación de las normas jurídicas corresponde al llamado por Kelsen el principio de «heteronomía», que implica sujetos jerárquicamente desiguales (31).

Sólo en el primer supuesto de la autonomía privada la norma secundaria es creada mediante una transacción jurídica. Sin embargo, es necesario consignar que toda norma jurídica es expresión de un interés público y protege un interés particular. De lo contrario, la aplicación del Derecho privado no se conferiría a órganos estatales. De esto se deduce que ni el contrato existe sólo en la es-

(29) HANS KELSEN: *Teoría general del Derecho y el Estado*. Méjico, trad. G. Mayner, 1950, págs. 208 a 215.

(30) LEGAZ LACAMBRA: *Op. cit.*, págs. 347 y 348.

(31) KELSEN: *Op. cit.*, pág. 216.

fera del Derecho privado ni el mandato unilateral pertenece exclusivamente a la órbita del Derecho público. Luego la calificación de que una norma sea privada o pública depende de que la misma manifieste su preferencia por uno de estos dos intereses: el del individuo o el del Estado. Por tanto, podemos decir que la diferenciación entre Derecho privado y Derecho público no radica en ningún contenido del que *a priori* pueda decirse que pertenece a uno de los dos sectores, sino a una diferencia de estructura normativa cuya adopción es contingente y depende de la ideología que el Estado haya adoptado sobre la materia (32).

Esta influencia política en la distinción del Derecho, a la cual ya hacía referencia Kelsen, fué recogida y puesta de relieve en España por Federico de Castro. Este nos dice que si el absolutismo estatal procurara la supresión del Derecho civil, como en Rusia, el positivismo mercantil procurará privatizar el Derecho público, incluso concibiendo al Estado como una sociedad por acciones (33). El liberalismo político, pues, representa la disolución del Derecho público en el Derecho privado. La base de toda la vida social pública y privada se encuentra en el pacto de Rousseau; el contrato es la categoría jurídica de la vida burguesa. Los individuos no se vinculan por lazos orgánicos, sino voluntarios y racional-utilitarios (34). Sin embargo, el legislador ruso no se propuso, fundamentalmente, la supresión total del Derecho privado o civil, sino proyectar en su órbita los principios filosóficos de Marx y Engels, lo que produjo como secuela la supresión del Derecho civil capitalista.

Para Legaz, una norma es de Derecho público cuando tiene la estructura de la subordinación. Mientras que las relaciones típicas de Derecho privado se caracterizan porque las normas están presididas por el principio de coordinación.

Por eso, mientras que en el primer caso, o sea, en las relaciones de subordinación la condición de la obligación establecida en las normas es producto de una voluntad extraña al obligado; en el segundo supuesto el hecho condicionante de la obligación se establece por la voluntad de los particulares que participan en el negocio jurídico. No importa que unas incidan en la esfera de las otras, ya

(32) Kelsen: *Op. cit.*, 218; y Legaz Lacambra: *Op. cit.*, pág. 348.

(33) *Op. cit.*, pág. 68.

(34) Legaz Lacambra: *Op. cit.*, pág. 353.

que en toda norma jurídica participan, en cierto grado, los principios de subordinación y de coordinación. Sólo lo que interesa poner de manifiesto es que unas y otras responden a distintos procesos técnicos. Por eso hoy día ya no tiene ningún sentido metajurídico, como veíamos que sucedió en el Renacimiento con Maquiavelo, la distinción del Derecho en privado y público. El Derecho público actualmente no tiene un mayor valor que el Derecho privado. Por consiguiente, actualmente no es admisible la consagración de una esfera al arbitrio estatal.

El sentido político de la distinción se revela en que son dos procedimientos antitéticos para la creación de la norma. Unilateral o heterónomo uno de ellos, aquél en que veíamos que los sujetos no están en un plano de igualdad, sino de jerarquía. Y bilateral o autónomo el otro, en que existe el principio de igualdad jurídica, que es producto de la creación por ellos mismos. Esto mismo ocurre en la ciencia política entre la antítesis democracia y autocracia.

La democracia significa la creación del orden jurídico por los mismos obligados. En cambio, en la autocracia el orden jurídico es impuesto por una voluntad extraña.

Al hablar del principio de subordinación no nos referimos a una subordinación unilateral, pues lo mismo que se da una subordinación del empleado respecto a su patrono, al mismo tiempo se produce una subordinación de éste en relación al interés general. Y también una misma subordinación del empleado o trabajador respecto del interés general, pues, de lo contrario, nos encontraríamos en el feudalismo, en que el señor tenía un poder igual al del Estado (35).

El de subordinación es el principio de distinción más interesante, caracterizado por la desigualdad de las relaciones jurídicas y donde la justicia toma el carácter de distributiva, mientras que el Derecho privado lo será de coordinación, en el cual los sujetos son colocados en pie de igualdad, presidiendo la justicia conmutativa. Esta doctrina nos parece, de una manera general, como principio ideal de distinción. Sin embargo, colocados en el estado actual del Derecho, conviene reconocer que ella puede admitirse por el Derecho privado, pero no por el Derecho público, sobre todo en materia internacional pública. En efecto, los Estados colocados sobre el pie de igualdad y no encuadrados en un organismo superior están, res-

(35) LEGAZ LACAMBRA: *Op. cit.*, págs. 350-351.

pectivamente, en una posición jurídica que no puede dar nacimiento a un régimen de subordinación.

Además, ha sido objeto de aplicación práctica esta distinción. Se han organizado jurisdicciones diferentes para las relaciones de una y otra especie: al lado de las ordinarias que estatuyen sobre el Derecho privado, existen jurisdicciones particulares, como la contenciosoadministrativa. En verdad, la competencia de estas jurisdicciones administrativas varía según los diversos países, y, a veces, ella no ha sido delimitada de una manera muy rigurosa en función de la división del Derecho en público y privado. Pero la creación de esta jurisdicción no es arbitraria, sino que se justifica por razones deducidas del carácter propio del Derecho público, porque las jurisdicciones de orden judicial tienen por misión ordinaria reconocer y sancionar los derechos particulares, y de ningún modo controlar y apreciar la marcha de la Administración pública.

Igualmente, tiene aplicación en las reglas relativas a la responsabilidad administrativa (distinción del hecho personal y del hecho de servicio), enteramente distinta de las concernientes a la responsabilidad civil. Lo mismo existen servidumbres de utilidad pública sobre propiedades privadas fundadas sobre razones de interés general y servidumbres de utilidad privada fundadas sobre las relaciones de vecindad: la posibilidad de usar de la facultad de expropiación para fines de utilidad pública. Y también la diferencia de régimen establecido entre los establecimientos públicos, que son personas morales de Derecho público (verbigracia, Universidades, Cámaras de Comercio), y las de Derecho privado, incluso reconocidas como de interés general (36).

3. Que haya perdido sentido la distinción del Derecho en privado y público, y hoy día quede reducida a una diferenciación de aspectos o a una simple distinción funcional de la norma jurídica, ha tenido hondas repercusiones en todos los sectores jurídicos, y principalmente en el Derecho civil, que es, por así decirlo, la columna vertebral del Derecho.

El Derecho civil, partiendo de la distinción tajante del Derecho en privado y público, venía a encerrarse en una posición nueva en esta concepción unitaria del Derecho. El Derecho civil, que por ser derecho positivo tiene que inspirar sus normas en las del Derecho

(36) ROUBIER: *Op. cit.* págs. 294-296.

natural, en esta posición unitaria del Derecho, ya no tiene como finalidad la protección egoísta de los intereses individuales, sino la coordinación del cuerpo social.

Y es que hoy día, por haber invadido lo social todos los ámbitos de la vida, y, por consecuencia, también la esfera jurídica, cuya actividad compete al individuo, resulta que la acción de éste ya no sólo repercute en el círculo del grupo, sino que trasciende a la órbita más amplia de la comunidad nacional.

Dicen algunos que se ha producido una invasión de la zona privatista por parte del Estado como precaución, como garantía de su existencia; pero es menester ver que, si el Estado es presupuesto necesario de toda norma positiva, las leyes civiles constituyen la textura y la coordinación del cuerpo social, precisamente, por ese papel fundamental que le asignábamos dentro del ordenamiento total; de tal forma sucede esto que, mientras las leyes políticas que dan periódicamente desprestigiadas, sin que por eso sufra menoscabo la existencia misma del Estado, las leyes civiles, siempre que sufren una perturbación, afectan esencialmente a su constitución y, como consecuencia, a la de la sociedad organizada. En esta invasión, por tanto, que se ha producido de la zona privatista por parte del Estado en garantía propia, hay que ver más bien que lo que significa en el fondo es que se va hacia la formación de un Derecho civil nuevo, un Derecho civil que rompa con los moldes clásicos del individualismo jurídico y vaya a una colaboración más estrecha del individuo y la sociedad (37).

La llamada socialización del derecho de propiedad, y en general de los derechos privados, consiste en la progresiva reducción de la actividad normativa de los individuos para sustituirla por la valoración objetiva de parte del Estado.

Se tiende a la parificación de las situaciones de los sujetos de cada relación para eliminar, en lo posible, la inferioridad del sujeto pasivo. Esto se consigue cuando el legislador considera como interés público el de los sujetos pasivos de determinadas relaciones, no dejando ya su sujeción jurídica al arbitrio de los acreedores, quienes

(37) ALVARO D'ORS: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, 1943, págs. 18 y 19.

se erigían en definidores del bien público, definiéndolo a través de su exclusivo fin particular (38).

El Derecho privado no es más que un campo libre, provisoriamente económico y cada vez más reducido, abierto a la iniciativa privada en la hipótesis de que esta iniciativa sirviera al interés común, susceptible de ser suprimido si esta esperanza es frustrada. Y en ciertos dominios en que la opresión económica ha parecido demasiado fuerte, por ejemplo, en el Derecho obrero, se ha visto acrecer la influencia del Derecho público. De igual modo, en el Derecho civil soviético, al lado de la propiedad del Estado y de los grandes grupos colectivos y cooperativos, subsiste una pequeña propiedad campesina. Así, el Derecho civil, limitándose al derecho patrimonial de los particulares, no es más que un «pequeño Derecho civil» al lado de los contratos celebrados por el Estado y los grandes grupos económicos, los cuales representan lo que se denomina «el Derecho administrativo económico» (39).

Se está, pues, rebasando el concepto kantiano del Derecho límite, que lo consideraba como una simple coexistencia de libertades (40). No hay ya una autonomía del Derecho respecto de lo sociológico, aun cuando tampoco el Derecho se agote exclusivamente en ello (41).

En esta nueva concepción del Derecho que ya se vislumbra se va, como decimos, a una más íntima relación entre el individuo y la sociedad, y se tiende, por consecuencia, a que el sistema de contratación gire no ya en torno a la idea de antagonismo, como lo venía haciendo hasta ahora, sino que esté presidida por la idea de cooperación, sin que las partes que intervienen en los contratos pierdan por eso su autonomía y su independencia, que es la característica del contrato (42).

El Derecho obrero, por ejemplo, al ser dominado por la política de autoridad, se dice que entraña nuevas conquistas del Derecho público. Sin embargo, no todas las limitaciones a la libertad de los contratos representan un avance del Derecho público, aun cuando muchos de los juristas consideran estos atentados a la autonomía como una disposición del Derecho público, con lo que hacen una

(38) CESARINI SPORZA, *Op. cit.*, pág. 150.

(39) ROUBIER, *Op. cit.*, págs. 300-301.

(40) FILOMUSI GUELFY: *Enciclopedia giuridica*. Nápoles, 1917.

(41) HERNÁNDEZ-GIL: *Op. cit.*, pág. 69.

(42) HERNÁNDEZ-GIL: *Op. cit.*, pág. 67.

aplicación inconsciente de la «teoría del interés» a toda disposición de interés general, que equiparan a una regla de Derecho público. Al contrario, este Derecho debe ser limitado a las reglas de constitución y de ejercicio de los derechos del Poder público. Así, no podemos considerar como un cambio de fronteras entre el Derecho público y privado el hecho de que el legislador intervenga para reglar ciertas relaciones de Derecho privado en vista del interés general, fuera, e incluso a veces en contra, de los intereses particulares, como sucede, por ejemplo, con las leyes que han concedido moratorias a los deudores, las leyes que reducen los alquileres de los arrendatarios, etc., las cuales no tienen nada específicamente de Derecho público. Se puede ver aquí la manifestación de una política de autoridad, pero una política de este género es posible incluso en el dominio del Derecho privado. Es suficiente que esta actividad no ponga en juego y no haga aparecer los derechos del Poder público (43).

Es por lo que el Derecho civil ya no puede continuar estando al servicio de una clase social determinada, ni tampoco puede apoyarse toda la vida de la nación en el contrato, y no nos es suficiente para la nueva concepción del Derecho que propugnamos el hombre abstracto de la Revolución francesa. Es menester superar la definición del derecho subjetivo que nos dió Ihering como interés subjetivamente protegido.

De aquí que el Derecho ha de estructurar la sociedad contemplando al hombre, ante todo y sobre todo, como ser comunitario; es decir, ante todo, como miembro de la comunidad social, sin desconocer que en él se reflejan una existencia individual y una parte de la vida total; éste es el dualismo del hombre-miembro y del hombre-voluntad, que nosotros hemos propugnado en nuestros estudios y que es fundamental para la clasificación dualista que estudiamos, en otra parte, entre el derecho subjetivo y el deber jurídico. Por ello; contemplamos al individuo y a la comunidad no enfrentados, sino a la persona individual enmarcada en las instituciones que le dan poder y arraigo.

De este modo, el Derecho responde a la realidad social dentro de la evolución progresiva de los pueblos sin exponerse al peligro de las revoluciones.

(43) ROUBIER: *Op. cit.*, 301-303.

4. Ahora bien; en toda norma jurídica actúan siempre dos grandes principios constructivos: el de la personalidad y el de la comunidad; ambos principios están siempre dirigidos a un fin común, y ellos se encuentran en constante y necesaria colaboración. Los dos principios, el de personalidad y el de la comunidad, aparecen en todas las normas jurídicas, aunque uno de ellos siempre en segundo término.

Cada uno de estos principios preside un conjunto de normas bien caracterizadas: unas, que integran el Derecho político, tratan de la reglamentación, estructura, defensa y funcionamiento del Estado; las otras, que integran el contenido del Derecho civil, versan sobre la situación, estado y convivencia de las personas dentro de la comunidad nacional. De donde que la distinción básica no radique ya entre el Derecho privado y público, sino entre Derecho civil y Derecho político. La distinción del Derecho es sólo la expresión de la distinción de las relaciones jurídicas; esto es, la distinción de la norma es simplemente funcional. Depende, por consecuencia, de que predomine uno de estos dos principios, que van siempre en estrecha colaboración: si es el de personalidad, será el Derecho civil; si el de comunidad, la norma será de Derecho político (44).

Afirmamos como escuela la unidad del Derecho; pero la negamos cuando es impuesta por el Estado, porque no se puede admitir la prepotencia de uno de estos dos principios, el de personalidad y el de comunidad, y a continuación propugnar la subordinación de ambos al Estado. Aspiramos, por el contrario, a una unidad jurídica auténtica, como consecuencia de una pluralidad de instituciones jerárquicamente ordenadas, en que la norma de Derecho brote de abajo arriba como expresión de una unidad del poder social. Por eso, dentro de esta posición comunitaria del Derecho, el Derecho público implicará siempre un sistema de situaciones, mientras que el Derecho privado supondrá un sistema de relaciones.

Entendemos por relación el nexo jurídico trabado por la actividad de la autonomía particular. La situación implicará la ubicación dentro del supuesto de hecho previsto por el ordenamiento en la norma jurídica.

El profesor Alvaro d'Ors ha querido ver en esta distinción entre

(44) DE CASTRO: *Op. cit.*, págs. 68 a 70; y BENVENUTO DONATI, *Fondazione della scienza del Diritto*, 1929, I, pág. 161.

«situación» y «relación» aquella otra que existía en el Derecho romano entre *lex* y *jus*. *Lex*, la norma creada por el Estado; *jus*, la que surgía de los órganos infraestatales, que estaban fuera de la órbita y de la influencia estatal.

Hoy día, sin embargo, no puede establecerse de una manera rigurosa esta equivalencia, porque en la mente de todos está el poder absorbente que ha adquirido el Estado. Mas, dentro de lo posible, hemos de propugnar por un pluralismo jurídico armónico que nos evite caer en la anarquía jurídica, lo mismo que se cayó en el individualismo anárquico. Por eso este pluralismo jurídico ha de estar presidido por los principios de autoridad y de jerarquía.

El Derecho privado será la garantía de la libertad civil institucional, de la expansión de la personalidad humana, cuyas situaciones derivarán siempre de su posición de *status*, que es tanto como la relación que liga a un individuo con un agregado social, ya tenga personalidad jurídica o no, y del que se derivan para el mismo derechos y deberes que suponen estar en posesión de una conciencia institucional.

DR. LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE.
Profesor de la Universidad de Panamá.