

# La distinción del Derecho en público y privado

## ¿COMO SE HA FORMADO ESTA DISTINCION?

Prescindiendo de su elaboración histórica, que tal vez sea lo único que justifique su existencia, y cuyo desarrollo ha explicado magníficamente el ilustre romanista Pietro Bonfante en una monografía, publicada en la *Rivista Italiana di Sociología*, titulada «La progressiva diversificazione del diritto público e privato», vamos a examinar, desde el punto de vista científico de la técnica alemana, su elaboración doctrinal moderna.

Los diversos criterios que se han adoptado para fijar esta distinción del derecho en público y privado, y de los que Holliger enumera hasta diecisiete, pueden reducirse a dos dominantes, que Kelsen, en su obra más completa sobre el particular, *Allgemeine Staatslehre*, expone, y que denomina «teoría del interés», y la que se ha traducido en español por «teoría del plusvalor» o del *ius imperium* (*Die Mehrwerttheorie*).

## TEORIA DEL INTERES

Se inspira en el más antiguo texto que se conoce afirmativo de la distinción. Es el famoso de Ulpiano, que dice: «Huius studii duoe sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanoe spectat, privatum, quod ad singulo-

rum utilitatem : sunt enim quaedam publice utilia, quoedam privatim.» (D. 1. 1. 1. 2.)

Según la teoría que en este texto se inspira, la distinción entre el derecho público y el privado reside en la cualidad del interés que las normas protegen : el derecho privado protege el interés del individuo ; el público, el de la colectividad.

Mas esta oposición no existe para el derecho. Si de hecho cabe considerar una oposición entre el interés público y el privado, la regularización jurídica del conflicto, la idea misma del Derecho, elimina para el Derecho la existencia del conflicto. Una vez resuelta de una cierta manera la oposición, ésta deja de existir jurídicamente para aquel Derecho ; y si aun se persiste en afirmar la existencia de la pugna de intereses, la afirmación va referida al hecho o a la crítica del contenido singular de aquel Derecho ; mas no afecta a su concepto, que es lo que en rigor científico ha de considerarse.

Pero ni siquiera la interpretación del texto de Ulpiano es unánime y fácil. Perossi sostiene, siguiendo a Pernice, la tesis de estar interpoladas las frases : «Huius studi duoe sunt positiones : publicum et privatum.» De ello se desprende que la oposición no está entre el interés público y el privado, sino entre «quod ad statum rei Romane spectat» y «quod ad singulorum utilitatem».

Esto, unido a las magistrales y abundantes demostraciones de Ehrlich y a las de Bonfante, demuestra que la genuina concepción romana del *ius imperium* y su caracterización estaban en la fuente : derecho público era el emanado del Estado, el derecho de la autoridad, el de las leyes y senadoconsultos, y el *ius privatum* era el derecho de los juristas, no emanado de la autoridad estatal ; era el *ex naturalibus praceptoris, aut gentium, aut civilibus*, en el texto de Ulpiano, en su primitiva forma.

Pero lo cierto es que durante mucho tiempo tuvo gran predicamento la teoría que basa la distinción en la oposición del interés público al privado.

Los argumentos capitales y más decisivos contra ella son los que propone Kelsen. Para este autor, el criterio del interés es un punto de vista «metajurídico». A qué fin sirven las normas, es, para su calificación jurídica, algo de tan poca importancia como para una división de los cuadros lo es su precio. Una división de

los principios jurídicos puede referirse solamente al contenido o a la estructura de los supuestos abarcados en los hechos condicionantes o condicionados de la norma, es decir, que la división sólo puede fundarse en un objeto jurídicamente inmanente, no en uno trascendente a lo jurídico. Además, es completamente imposible, con referencia a un precepto positivo cualquiera, determinar si sirve a un interés colectivo o individual. Todo principio jurídico sirve a ambos a la vez; así, por ejemplo: el Estado no tiene ni un pelo más de interés en que el deudor devuelva en el plazo legal un préstamo que en la omisión de un robo: «Allein, der Staat hat nicht um ein Haar mehr «Interesse» daran dass der schuldner das Darlehen rechtzeitig zurückerstattet, als er an der Unterlassung eines Diebstahles interessiert ist.» (Kelsen, *Hauptprobleme des Staatsrechtlehre*, pág. 631.)

En cuanto una norma jurídica tutela un interés individual, la tutela de este interés individual es un interés colectivo.

El interés tutelado, esto es, el derecho subjetivo, es siempre el interés individual; la tutela del interés, esto es, el derecho objetivo, es siempre un interés colectivo.

Antes de entrar en el examen de la teoría del *ius imperium* procede una alusión sobre algunas teorías que tienen entronque con las dos que hemos señalado como dominantes o fundamentales.

Se da como criterio de la distinción el de la autonomía del individuo, como punto de partida del derecho privado, y la sumisión, como molde del derecho público; pero aparte de que esto sería confundir el derecho público con el *ius cogens* y el derecho privado con el *ius voluntarium* o derecho dispositivo, tanto en el público como en el privado, no es cuestión de autonomía, sino de límites de la autonomía. Afirmar una cierta esfera de autonomía es aludir a la circunscripción de los límites del derecho de los demás sobre el individuo, y esta esfera la tendrá el individuo tanto frente a los demás como frente al Estado, aunque fuese sólo constituida por determinados derechos políticos. El más o el menos de la autonomía no es criterio diferencial de rigor científico: cabe sólo, como punto de partida en el aspecto histórico, si se considera la diversa fuente del derecho en la primitiva época romana, en que el derecho privado emanaba de la autoridad del *paterfamilias*.

Por esto tampoco puede ser criterio el que es mero corolario del anterior, y que busca la distinción en la forma de protección de los derechos: «El derecho privado—se dice—otorga al individuo la disposición de un medio de defensa, cuando en el derecho público la protección es de oficio. La afirmación no es exacta; pero además es presentar en distinta forma el argumento de la autonomía, pues es autónomo el ejercicio de una acción, y está fuera de la autonomía la protección de oficio de un derecho.»

### TEORIA DEL PLUSVALOR O DEL «IUS IMPERIUM»

Parte esta teoría de afirmar que el derecho público es el que regula las relaciones de imperio entre sujetos no iguales, es decir, entre un sujeto soberano y un sujeto sometido, especialmente entre el Estado y los súbditos, y que el derecho privado regula las relaciones entre sujetos iguales.

A estas últimas se las considera como relaciones jurídicas propiamente dichas; las de derecho público son opuestas a aquéllas mediante atribuirlas el carácter de relaciones de poder a señorío. La distinción demora, pues, en una cierta cualidad de los sujetos. A ciertos de ellos, particularmente al Estado, les corresponde un mayor valor jurídico; su voluntad vale más, tiene una mayor eficacia jurídica, que la de otros sujetos. De ahí el nombre de *Mehrwerttheorie*, dado por Kelsen.

Expresado de otro modo, se dice que son relaciones de derecho público aquellas en que uno de los sujetos ejerce *ius imperium*.

Así, pues, la diferencia primaria de los sujetos de derecho y sus relaciones funda, a su vez, secundariamente la distinción de las normas jurídicas que determinan estas relaciones en públicas y privadas.

A pesar de ser, sin duda, el esfuerzo máximo de la dogmática para resolver nuestro problema, los argumentos que reiteradamente ha producido Kelsen contra ella aniquilan la distinción.

Empieza Kelsen por examinar el concepto de relación jurídica, y dice que, según la opinión que se pone por base de la teoría del

plusvalor, los sujetos, con sus cualidades independientes del Derecho, en sus recíprocas relaciones independientes asimismo del Derecho, se hallan frente al ordenamiento jurídico; éste encuentra ya existentes estos sujetos y sus relaciones, y, al regularlos, los eleva a sujetos de derecho. Esta concepción es insostenible.

Las relaciones independientes del ordenamiento jurídico son relaciones causales, relaciones de motivación. Los sujetos de derecho no se hallan frente al ordenamiento jurídico como entidades diferentes de él, sino como partes de un todo: el mismo ordenamiento. Y la relación jurídica no es, por tanto, una relación natural que acepte el ordenamiento jurídico al regularla. Si como primer paso para el tránsito de un punto de vista, aun prejurídico, a una posición de rigurosa teoría del Derecho, se parte del hecho natural, se puede hablar, a lo sumo, de una relación con el ordenamiento jurídico. Correctamente, la relación jurídica debe ser definida como una relación dentro del ordenamiento jurídico. Como una relación de supuesto de hecho instituida por la proposición o norma jurídica. La relación jurídica es, por tanto, una relación entre hechos, no entre personas. Es evidente que, como cualidades jurídicas, sólo vienen en consideración aquellas cualidades de los hechos que éstos tienen relativamente a otros hechos en virtud de su posición en la norma o proposición jurídica.

Pero es también evidente que sólo los hechos pueden tener tales cualidades diferenciales, no los sujetos de derecho, no las personas, ya que éstas son solamente representaciones auxiliares adoptadas con fines cognoscitivos, personificaciones, y como tales tienen una sola cualidad: ser expresión de la unidad de un complejo de normas jurídicas. Se distinguen, por tanto, entre sí, según se trata de la personificación del total ordenamiento jurídico o de personificación de ordenamientos jurídicos parciales. La tentativa de diferenciar los sujetos de derecho según otras cualidades está condenada de antemano a fracasar.

Esto aparece tan pronto como se plantea la cuestión de en qué consiste, propiamente, el plusvalor atribuido a ciertas personas y su superioridad o superordenación respecto a otras.

Se demuestra tal superioridad en que a los mandatos unilaterales de tales personas soberanas, en particular a la persona del

Estado, hay otras que están obligadas a obedecer, y, en caso de desobediencia, la persona soberana puede ejecutar actos coercitivos contra las personas desobedientes. En cambio, en las relaciones jurídicas privadas, esta obligación de una determinada conducta surge, no de la manifestación unilateral de voluntad de una persona, sino, por lo general, sólo con el consentimiento del obligado, esto es, por la coincidencia expresada de las voluntades de ambos; y aquí el acto coercitivo, en caso de conducta contraria a lo pactado, no parte de la persona que funda o concurre a fundar la obligación, sino de una tercera, y precisamente de la persona soberana: el Estado. En esto parece que, efectivamente, existe una diferencia de principio. Pero si se resuelve toda esta representación personificativa y se la conduce a los hechos jurídicos, en particular a la actitud de los hombres (como contenido del ordenamiento jurídico) y a sus relaciones, resulta una situación completamente diversa.

El deber jurídico de que se trata no es un producto, en último análisis, de la manifestación de voluntad dirigida al contenido de aquél, de igual manera que los deberes jurídicos privados no son producto de la manifestación de voluntad concorde de los contrayentes que intentan obligarse. En tales hechos no hay fuerza alguna inmanente para producir efectos jurídicos. El fundamento de la validez del deber jurídico es, en ambos casos, la norma jurídica general, o bien la última base de ésta: la Constitución. En ambos casos la manifestación de voluntad representa una continuación de la formación de voluntad estatal, esto es, del contenido del ordenamiento jurídico, una concreción de la norma general, abstracta, en normas individuales.

El que en unos casos sea la misma persona la que dicta el mandato fundamento inmediato del deber jurídico y con él el acto coercitivo que reacciona contra la violación del deber, mientras en otros casos el acto coercitivo dimane de una persona diversa de aquella o aquellas cuyas manifestaciones de voluntad determinan el contenido de los deberes de las partes, es sólo una apariencia producida por la personificación. Tal apariencia se desvanece apenas busquemos, *no las personas, sino los hombres*, cuya conducta constituye los hechos determinantes. El hombre que, como órgano, dicta el mandato superior, no es, por lo general, el hombre

encargado de acto coactivo en caso de desobediencia. El que el acto de ambos sea atribuído al mismo «Estado», es sólo un modo de expresar la unidad del ordenamiento, que regula ambos hechos. En un sentido más lato, también el negocio jurídico es acto jurídico, acto que completa el contenido del ordenamiento jurídico; referido a la unidad, es acto estatal.

Cuando se reconozca que el fundamento del vínculo jurídico concreto no consiste inmediatamente en los hechos condicionantes del mandato superior o en el negocio jurídico, sino en el ordenamiento jurídico que atribuye a estos hechos efectos jurídicos, entonces carece de sentido atribuir a uno o a otro de estos hechos una validez jurídica más alta o más fuerte. Todo hecho tiene precisamente la validez, los efectos jurídicos que le son atribuidos por el ordenamiento jurídico, es decir, por las normas jurídicas de grado superior. Igual que de las manifestaciones de la voluntad humana, puede el ordenamiento jurídico derivar deberes de acontecimientos exteriores, sin que haya que atribuir a tales acontecimientos un plusvalor jurídico por la sola circunstancia de brotar de ellos deberes jurídicos de los hombres sin su consentimiento. La clasificación de los hechos en acontecimientos y manifestaciones de voluntad es, sin duda, de grandísima importancia; pero no coincide, ni aproximadamente, con la división del derecho en público y privado, pues en derecho privado se presentan negocios jurídicos obligatorios unilateralmente, y en derecho público otros que sólo tienen eficacia con el consentimiento del obligado.

Aun cabe señalar cuál es, según el propio Kelsen, la tendencia política—antijurídica—de la pretendida distinción: «Si la teoría del plusvalor, dice, atribuye a ciertos hechos, a los llamados actos de autoridad, un valor jurídico más alto, no es tanto para fines teóricos, para estructurar sistemáticamente el derecho positivo puramente como tal, sino—en gran parte quizá inconscientemente—para acercar al derecho positivo un principio político, con la ayuda del cual se alcanzan ciertos resultados, deseados desde ese punto de vista político, los cuales erróneamente son considerados positivamente jurídicos, siquiera no encuentren apoyo alguno en el derecho positivo. De esta suerte se abusa de una norma general, no fundada en el ordenamiento jurídico positivo—aunque cabe imaginar que un cierto derecho positivo contenga esa norma efectivamente—,

para modificarla, en ciertos casos, en interés de ciertos hombres encargados de las supremas funciones de órganos. Si bien estos hombres se pueden considerar como órganos estatales sólo en cuanto sean legítimos, esto es, en cuanto sus actos respondan a las normas jurídicas de grado superior, puesto que sólo por este camino la imputación conduce al Estado, se trata de hacer valer sus actos como actos jurídicos, sin ninguna consideración a la ley (en sentido formal). Esta teoría tiene la manifiesta intención de hacer valer la ejecución como una fuente de derecho totalmente independiente de la legislación.»

«Esto—añade—no es más que la doctrina de Maquiavelo, en que la «ragione di Stato» reemplaza a la norma jurídica.»

Ahora bien, cuando el Estado se desliga del dogma político de la Roma imperial *princeps legibus solutus est*, y el Estado-Policía se convierte en Estado de Derecho y se somete a las normas del Derecho, desaparece el motivo para conservar la distinción entre Derecho público y Derecho privado.

Otros muchos autores combaten igualmente la distinción, siguiendo, o no, el camino trazado por Kelsen. Aparte de sus discípulos Merkel, Verdross, Kaufmann, Schreier, tenemos a Franz Weyr, quien sostiene que todos los criterios de la distinción son metajurídicos; Laun, Jung, V. Schenk, Covello afirman que la distinción tiene más valor histórico y tradicional que científico o racional, siquiera habiéndose conservado de hecho, crea que entre los grandes esfuerzos en pro del criterio diferencial, sea preferible el del *ius imperium*; Van Bemmelen hace una crítica vibrante de la distinción; De Buen entiende que precisamente uno de los mayores obstáculos para una exacta conceptuación de las distintas ramas del árbol de las ciencias jurídicas es este viejo prejuicio de querer agruparlas en dos sistemas: el de derecho público y el de derecho privado, distinción, según él, incompatible con el Derecho moderno social.

## INTENTO DE REVALORIZACIÓN DE LA TEORÍA

Un intento muy estimable de revalorar la distinción se debe a Giuseppe Maggiore, expuesto en un artículo titulado «L'aspetto pu-

blico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno», publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, quien, después de adherirse a la impugnación que Kelsen hace de las teorías del interés y del plusvalor, traza otro camino.

Afirma que la tendencia actual de la filosofía y la jurisprudencia es la de contemplar el Derecho única y exclusivamente a través de la norma, pero que no se ha advertido que, de tal suerte, se cambiaba uno de los momentos del derecho por el derecho todo. La norma que vemos formulada como mandato es el término de un proceso, el proceso que ha conducido a la formación. Quien se detiene en ella, esto es, en el término del proceso, no ve el proceso de producción del derecho, que está completamente fuera de la norma. Por esto, cuando se quiera sorprender el derecho en su originación, esto es, explicar cómo surgen las Instituciones jurídicas concretas, frecuentemente antes de toda ley y en contra de ella, la categoría de la norma ya no basta.

La norma es sólo el concepto abstracto del Derecho, mientras el concepto concreto es el individuo vivo, es el sujeto.

El proceso del derecho es un proceso de subjetivación, de personificación. Ahora bien, en el sujeto tiene su sede la distinción del derecho en público y privado, según que el sujeto sea universal o particular.

Y ¿cómo entiende Maggiore el sujeto universal y el particular? Dice que en ellos se contienen todas las determinaciones empíricas posibles con las cuales esos conceptos se pueden distinguir. Los criterios de la generalidad de los fines, de la sociabilidad de los intereses, de la no patrimonialidad, de la irrenunciabilidad, del imperium, etc., no son sino expresiones aproximativas, como todas las expresiones empíricas, de la universalidad del concepto.

La conciencia jurídica crea el mundo del derecho distinguiendo, y oponiendo quizás, lo que tal vez tiene un valor infinito y universal—el derecho público—, a lo que tiene un valor finito y particular—el derecho privado—. En este juicio de valor, que la conciencia histórica reitera de continuo en sus determinaciones jurídicas, está, para Maggiore, la raíz de la distinción. El derecho que llamamos público no es público sino en relación a un derecho privado, respecto al cual se pone como un plusvalor, y viceversa. Si en algunos momentos históricos no surgiese la necesidad

de deprimir, e incluso de sacrificar completamente ciertos derechos frente a otros, no habría motivo de crear, contra la categoría de los derechos públicos, una categoría de derechos privados.

Tal es la síntesis de lo que sostiene Maggiore en orden a la resurrección de la dualidad.

Pero creemos que su grande y hábil esfuerzo dialéctico no alcanza el fin apetecido :

a) Porque al ir más allá de la norma, se coloca fuera de la dogmática del derecho positivo—éste no es más que norma vigente y efectiva—, lo cual equivale a adoptar un plano metajurídico, iusnaturalista, filósofo, genético, sociológico, ético-político, como se quiera, pero nunca dogmático-jurídico.

Ambos planos son completamente distintos. El origen, la historia y el fin tienen un gran valor para la interpretación de las instituciones jurídicas ; pero con referencia a los conceptos *no institucionales*, sino puramente abstractos, que no son, ni deben ser, sino corolarios del concepto lógico del Derecho, la historia suele no ser más que el catálogo de los errores de la Jurisprudencia.

b) Porque no es más que una síntesis nominal y confusa de todos los demás criterios de la distinción, precedentemente rechazados por él. En definitiva, la teoría del interés vuelve en su tesis de que, en ocasiones, hay que sacrificar los derechos privados al derecho público (si hablara de intereses sería más claro) ; la doctrina del plusvalor del sujeto resurge en cuanto contrapone sujeto universal a sujeto particular.

c) Porque precisamente la historia—y ya con esto nos colocamos en su mismo plano—, si algo demuestra, es la permanencia de las instituciones de lo que convencionalmente se llama derecho privado, frente a la incesante fluctuación de lo que convencionalmente apelamos derecho público. La segunda parte del trabajo de Maggiore se refiere a «la crisi dello Stato moderno», el sujeto de ¡valor infinito y universal!

Si se preguntase qué conmoción es más trascendental para el interés público, para la sociedad, la supresión de la propiedad individual, o un cambio en la forma de gobierno, la respuesta no sería dudosa.

d) Porque existe una petición de principio en dar la distinción por la distinción, al decir que sólo hay un derecho público

porque hay un derecho privado, y viceversa. A no es B, porque B no es A, cuando lo que se trata de demostrar es que existan A y B, y no únicamente C.

e) Porque decir que el derecho público es más que el privado, que es menos, no nos conducirá nunca a saber lo que son el uno y el otro, y menos sus respectivos límites, que es de lo que se trata.

Precisamente esta afirmación de que hay un derecho que es más y otro que es menos, que es el fondo que late bajo la máscara de pretendidas apariencias técnicas, en todas las soluciones afirmativas de la distinción, no evidencia su sentido iusnaturalista: sólo el derecho natural puede plantear la hipótesis de un derecho individual, presocial, existente en un estado de libertad natural, frente a un estado de sociedad, única hipótesis posible en el Derecho positivo; sólo la idea de un derecho natural, anterior o superior al derecho positivo, puede presuponer un derecho subjetivo que sea algo más que un mero aspecto o consecuencia de la norma. Bien de relieve lo han puesto Laun y Jung en varios artículos.

Tenemos, pues, que hay que considerar fracasada la distinción en concepto de distinción lógica: su repetido flujo y reflujo en la historia nos la hace llevadera a lo sumo como división históricamente condicionada.

Dentro de esta relatividad histórica y en el momento actual, se suele calificar de derecho público al que regula las relaciones de los entes colectivos en cuanto tales, ya entre sí, ya hacia sus miembros; y de derecho privado al que ordena las relaciones jurídicas en que se hallan los individuos en cuanto tales, no como miembros de los entes colectivos.

Pero lo que la teoría escinde de esta suerte en la vida práctica (o sea en el conjunto de las relaciones de hecho, en las leyes y en las instituciones jurídicas) se entrelaza intensamente, sin que quepa atribuir un éxito total, a pesar del entusiasmo con que recientemente la ha emprendido Friedrichs, a la tarea de exponer las circunstancias comunes al derecho público y al privado. Este entrelazarse unas y otras normas se manifiesta, por ejemplo, en que de los derechos privados brotan deberes públicos (de la propiedad inmobiliaria surge el deber de pagar la contribución territorial), en que los derechos privados aparejan derechos públicos contra el Estado para que proteja y realice, coactivamente, la efec-

tividad de aquéllos, en que la violación de los derechos privados determina, a veces, penas públicas, etc. Por esto no es de extrañar que, con tanta frecuencia, plantea dificultades el problema de si una relación o norma jurídica concreta es de derecho público o de derecho privado.

ANTONIO DE ROBLES VIÑOLY,

Abogado.

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado . . . . .	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado . . . . .	51.355.500	—
Reservas. . . . .	65.208.261,45	—

400 Sucursales en España y Marruecos

### Correspondentes en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Despacho y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores. Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc..

### TIPOS DE INTERES

#### I.—Cuentas corrientes.

A la vista. . . . . 2 por 100 anual.

#### II.—Operaciones de ahorro.

A) *Libretas ordinarias de ahorro de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas.* . . . . . 3 1/2 por 100 anual.

#### B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses. . . . . 3 por 100 anual.

Idem a seis meses. . . . . 3,60 — —

Idem a doce meses o más. . . . . 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297