

DISTINCION ENTRE DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO

Jorge Alberto Parra

Estudiante de Tercer Año de Derecho U. P. B.

Tratar de diferenciar las normas jurídicas en normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado no es un problema reciente. Los juristas romanos se ocuparon de ello y los distintos autores de derecho han discutido el tema por largo tiempo, sin llegar a un acuerdo doctrinario. Muchos son los enfoques que se le han dado a tal distinción, al punto de que un estudioso del derecho, J. Hölliger, citado por García Maynez, expone y analiza 104 teorías, concluyendo, por demás, que ninguna de ellas explica el tan debatido asunto.

No se pretende en este artículo esbozar una nueva teoría; tan sólo se quiere hacer un recuento de algunas de las ya concebidas, con los respectivos errores que la doctrina les ha encontrado y sacar algunas conclusiones acerca de lo que la cuestión significa

—I—

Históricamente, la diferenciación aparece hecha por los romanos. Según ellos, era Derecho Público el referido a la cosa pública romana y Privado el relativo a la utilidad de los particulares. Esta teoría, ideada por Ulpiano, conocida como teoría del interés en juego, ha sido blanco de varias objeciones. Entre los errores sobresalientes que se le han anotado está el hecho de desvincular el interés privado del interés público y el de dejar la clasificación al vaivén de un criterio subjetivo.

Savigny y Stahl, parten del fin de la norma jurídica. Si el fin de la norma, dicen estos autores, es el Estado, el Derecho es Público; si el fin es el individuo, el Derecho es Privado. No se acepta esta teoría porque hay casos en que de un extremo de la relación jurídica que se configura en virtud de la norma aparece el Estado y del otro extremo se encuentra el individuo. ¿Cómo se clasificaría tal relación?

Ahrens, escritor alemán de peculiares tendencias iusnaturalistas, utiliza como criterio diferenciador el del fin inmediato de la relación: si el individuo es el fin inmediato de ella, la relación es de Derecho Privado; si lo es la sociedad o el Estado, la relación es de Derecho Público. Cae bajo la misma objeción planteada a la teoría de Savigny y Stahl.

Para Rudolf von Ihering, el fundamento de la distinción se encuentra en el destinatario de los derechos. Distingue el ilustre profesor alemán de la Universidad de Gottingen las relaciones jurídicas

según que el destinatario sea el individuo, la sociedad o el Estado. Sin embargo, y el mismo Ihering lo anota, esto sólo clasifica las instituciones, pero no las distingue. Además, uno de tales sujetos puede estar presente en cada institución.

Kaweline, autor ruso, propone la distinción basándose en la diferencia que existe entre los derechos patrimoniales y todos los otros derechos. Dice que el derecho civil (Derecho Privado) es el conjunto de derechos que afecta nuestro patrimonio, y afirma que por ello deben excluirse de su ámbito las relaciones que no lo afecten, como las familiares. De suerte que al Derecho Privado corresponde la regulación de los derechos patrimoniales y al Derecho Público la reglamentación de los derechos que no tienen ese carácter. Esta tesis, en primer lugar, pretende separar los derechos patrimoniales de los que no lo son, cosa bastante difícil; de otro lado, y como consecuencia de tal separación, afirma, en el fondo, el hecho de la existencia de relaciones estrictamente no patrimoniales, lo que constituye una exageración, pues hay casos en que determinadas relaciones que son de Derecho Público, y que en la tesis de Kaweline no son patrimoniales, afectan nuestro patrimonio, así su carácter aparente sea el de no ser patrimoniales (como, por ejemplo, una deportación).

Fracasada la distinción basada en el contenido y materia de la norma, se han ideado otros tipos de clasificaciones llamados formales, nombre que se les da porque buscan la separación de las normas tomando como base las formas que la relación jurídica adopta y el origen de los preceptos jurídicos.

Para Georg Jellinek, la distinción de las normas jurídicas en normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado ha de buscarse en la posición que ocupan los sujetos en la relación jurídica que entre ellos existe. Su teoría, que se ha dado en llamar teoría de la naturaleza de la relación, puede más o menos sintetizarse de la siguiente manera: si los sujetos de la relación jurídica se encuentran en un plano de igualdad uno frente a otro (relación de coordinación), así uno de ellos sea el Estado, la relación es regulada por el Derecho Privado. Si por el contrario, uno de los sujetos de la relación jurídica actúa como entidad soberana, es decir, asumiendo un papel de persona superior frente a la otra de la relación (relación de subordinación), la relación es de Derecho Público. Esta teoría, que se presenta como aceptable, no explica, sin embargo, los casos en que en una relación jurídica de Derecho Privado una de las personas actúa con autoridad. Piénsese, por ejemplo, en las relaciones nacidas de la Patria Potestad.

Thon ha propuesto la distinción con base en las consecuencias que acarrea la violación de la norma. Si violada la norma quien sufre el daño puede pedir una indemnización, dicha norma es de Derecho Privado. En cambio, si tal violación da lugar a la intervención de la autoridad pública, el Derecho es Público. Esto no es admisible, tanto porque hay casos en que se puede solicitar una indemnización y la norma ser de Derecho Público (como los casos de expropiación, cuando ésta se efectúa sin el pago de los perjuicios causados al propietario), como porque la norma vendría a aparecer de Derecho Público o Privado sólo después de su violación, cosa no cierta, pues la norma es de Derecho Público o Privado, aún antes de su violación. Por otra parte, hay casos en que interviene tanto la iniciativa privada como el Estado. Por ejemplo, en la constitución de parte civil en un delito de robo (relación de Derecho Público).

Hans Kelsen, el eximio jurista vienés, criticando la tesis del interés de los romanos, afirma que toda norma encierra un elemento de Derecho Público. El Estado al establecer una norma de Derecho Privado, por ejemplo de derecho civil o de derecho comercial, toma en consideración, además del interés privado, el interés público que se tiene acerca de la necesidad de la reglamentación de la institución a la que la norma se refiere. Kelsen, pues, no distingue, prácticamente, el Derecho Público del Privado. Si bien hay que reconocer que su tesis es acertada en cuanto formalmente todo derecho emana del Estado, aún en el caso de normas individuales surgidas de los particulares (pues éstas son normas sólo en cuanto llenen los requisitos señalados por el ordenamiento positivo), hay que advertir, sí, que la diferencia entre normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado subsiste. Puede, entonces, decirse, siguiendo al ilustre iusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio, que hay normas que constituyen el campo propio del Derecho Público y otras que "poseen naturaleza privada, aún teniendo por presupuesto las determinaciones fundamentales del Derecho Público" (1).

El origen del deber jurídico es el punto de partida del criterio que sobre el problema tiene Gustav Radbruch, el insigne catedrático de la Universidad de Heidelberg. Si el deber emana del mandato de otra persona, pertenece **REGULARMENTE** al Derecho Público; por el contrario, dice el profesor alemán, los deberes jurídicos privados surgen por autosumisión del obligado. Así, por ejemplo, pagar impuesto es un deber jurídico público porque, quiérase o no, debe pagarse; pagar el precio de la cosa pagada, en cambio, es un deber jurídico privado, según este autor, puesto que ello es consecuencia de un pacto, consecuencia que se ha aceptado al celebrar el contrato. Esta teo-

ría es muy similar a la de Jellinek y da más elasticidad a la distinción admitiendo la regularidad de la pertenencia de la norma al Derecho Público. Debe hacerse un reparo: no todos los deberes jurídicos privados nacen por autosumisión del obligado. No es posible afirmar, v. gr., que el deber jurídico de un individuo a quien condenan judicialmente a pagar alimentos a otra persona, sea un deber nacido por autosumisión. Sin embargo, tal deber es privado.

Korkounov, autor ruso, esboza una teoría bastante peculiar, llamada teoría de las normas distributivas y de las normas adaptativas, que puede presentarse más o menos así: cuando un objeto jurídico es posible repartirlo entre los distintos sujetos de derecho, adquiriendo cada uno, por tanto, dominio sobre su porción, la situación jurídica va a ser regulada por el Derecho Privado, y por lo mismo, las normas que rigen la distribución son de Derecho Privado. Si tal repartición o distribución no es posible hacerla, los distintos intereses en juego deberán adaptarse a dicha situación, que será entonces de Derecho Público, siendo también de Derecho Público la norma que la regula. Por ejemplo: la tierra es posible repartirla entre muchos individuos, constituyéndose así, cada uno, en propietario; entonces, la norma que regule tal distribución será de Derecho Privado. Por el contrario, un camino o un río que van a ser utilizados por todos los integrantes de una comunidad, no es posible repartirlos entre éstos, y por ello, sus intereses deben adaptarse a tal situación, que es de Derecho Público, así como lo es la norma que la reglamenta. Peca tal concepción, por demás original, en que no puede extenderse a otros derechos que no sean patrimoniales y en que es poco generalizante. Hay derechos que pueden revestir varias formas y que por tanto, así como pueden distribuirse, pueden adaptarse. V. gr., la autoridad considerada como derecho en cabeza de su titular: en el Derecho Privado viene a repartirse, por ejemplo, en la Patria Potestad; en cambio, ello no es posible tratándose de la autoridad estatal. Además, hay ramas del Derecho consideradas como públicas y a las que no sería aplicable la distinción propuesta por Korkounov. Por ejemplo, el Derecho Penal, que es Derecho Público, busca aplicar penas a los distintos individuos que la infringan, lo que implica una distribución y no una adaptación.

Ante la inexistencia de una distinción exacta entre Derecho Público y Derecho Privado, la mayoría de la doctrina, cuando se ve precisada a exponer un concepto que permita considerar una determinada rama del Derecho como de Derecho Público o de Derecho Privado, ha recurrido a tesis eclécticas de las diferentes ideadas tradicionalmente.

¿Qué objeto o utilidad tiene el dualismo de Derecho Público y Derecho Privado? La distinción de las normas jurídicas en normas de Derecho Público y Derecho Privado no ofrece, evidentemente, ninguna utilidad desde el punto de vista teórico. Ello puede concluirse de un ligero examen del ordenamiento jurídico enfocado por dos aspectos: material y formal.

En efecto, desde un ángulo material, la diferencia hecha entre Derecho Público y Derecho Privado fracasa por no consultar la unidad del ordenamiento jurídico. Es claro que todas las normas de un ordenamiento jurídico participan de un fin u objeto común, y que sólo por la facilidad que ello representa en la regulación de las materias, dicho ordenamiento se divide en ramas, de acuerdo con las distintas clases de interacciones o actividades humanas que le corresponda regir.

Desde un punto de vista formal, dos son los argumentos que pueden hacernos ver la inutilidad teórica del dualismo entre Derecho Público y Derecho Privado. El primero, bastante simple, nos permite afirmar que, siendo todas las normas (las de Derecho Público y las de Derecho Privado) normas jurídicas que participan de una misma estructura lógica fundamental y que hacen parte de un mismo ordenamiento jurídico, ningún provecho teórico representa la diferenciación. De otro lado, la cuestión no radica en lo que la doctrina haya de entender por Derecho Público o por Derecho Privado, pues, en último término, el que una norma sea Derecho Público o Derecho Privado depende de la voluntad estatal que les confiere ese o este carácter (2).

Razón tiene, entonces, Bartolomé Fiorini, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la Plata, al afirmar que “el error es ab initio, puesto que se pretende en forma absoluta la existencia de dos sectores normativos: Derecho Público y Derecho Privado. Lo que la Ciencia Jurídica Moderna establece como una simple mención didáctica de clasificación, en la doctrina se lo exhibe como división substancial y absoluta” (3).

Cabe entonces preguntarse si de una manera práctica, tanto en cuanto al estudio de las normas como en la realización de las mismas tiene trascendencia tal dualismo. Pues bien, la distinción de las

dos grandes ramas del Derecho en referencia, es necesaria y ella puede existir sin desconocimiento de la unidad fundamental del Derecho.

De un modo práctico, a nivel de un estudio científico de las normas, éstas deben diferenciarse, pues tal estudio deberá hacerse de acuerdo con el carácter de las mismas normas. Por ejemplo, ¿podrá analizarse e interpretarse una norma de Derecho Público de una manera distinta a la que parte de la base de que tal norma es una norma de inmediato cumplimiento por ser una norma de Derecho Público? ¿O, del mismo modo, podrá desecharse como criterio de estudio el de la no aplicación de las normas de Derecho Privado por convención de los particulares, en la exégesis de las mismas normas?

Para Kelsen, el fundamento práctico del dualismo radica en la distinción de dos métodos de interpretación, basados ambos en el Derecho Positivo (4). Uno de dichos métodos es la base del estudio de las instituciones de Derecho Público y el otro es el criterio de análisis de las normas del Derecho Privado. ¿Cuáles son esos métodos?

El que una norma sea de Derecho Público, se ha dicho, tiene varias consecuencias importantes que sirven de punto de partida para la interpretación del Derecho Público en general. Tales consecuencias consisten en que las normas de Derecho Público son de cumplimiento imperativo, irrenunciables de manera general (salvo por permisión de la ley) y no derogables por voluntad de los particulares. Ahora bien, la antítesis que se pretende que existe de manera absoluta entre Derecho Público y Privado quiere significar que las consecuencias que surgen para una norma por ser de Derecho Privado son contrarias a las que presenta la norma de Derecho Público? Es decir, tal antítesis representa frente a las consecuencias que llevan consigo las normas de Derecho Público, el que las normas del Derecho Privado no sean de cumplimiento imperativo, que sean renunciables y derogables por voluntad de los particulares? La respuesta es negativa en cuanto a lo radical de la posición y exige la precisión de algunos puntos teóricos.

Suelen distinguirse las normas jurídicas en normas taxativas y normas dispositivas. Para la doctrina corriente, dice Del Vecchio, son normas taxativas "aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas ni absoluta, ni relativamente por ningún fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de este fin está ca-

balmente disciplinada por la norma misma". Según la misma doctrina, continúa el maestro italiano, son normas dispositivas las "que valen tanto en cuanto no existe una voluntad diversa de las partes". (5).

Ahora bien, con base en la diferencia entre normas taxativas y normas dispositivas se ha creído encontrar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, fundamentando el dualismo en las consecuencias que las normas de cada rama traen consigo, siendo, entonces, taxativas las de Derecho Público y dispositivas las de Derecho Privado (o, como se dice: imperativas las de Derecho Público y dispositivas las de Derecho Privado). Sin embargo, esto es un error. Toda norma jurídica es imperativa; siempre coloca frente a frente dos sujetos, concediendo a uno facultades o pretensiones e imponiendo a otro deberes u obligaciones. Ello es predicable de todo tipo de normas, es decir, de normas imperativas, prohibitivas, permisivas o punitivas (clasificadas así de acuerdo con el pensamiento del jurista romano Modestino, criterio seguido por el artículo 4 de nuestro Código Civil); y aún las permisivas, pues éstas encuentran su sentido imperativo al entrar en relación con otras normas de carácter imperativo.

Se desprende de ahí que también las normas dispositivas son imperativas. La norma jurídica es un imperativo condicionado a un hecho, y en el caso de las normas jurídicas dispositivas, tal supuesto o condición está representado por la circunstancia de no haber manifestado las partes una voluntad diversa (6). *y en la manifestación*

De otro lado, hay normas de Derecho Privado que no admiten un pacto en contrario celebrado por las partes. Así, por ejemplo, no se puede celebrar un matrimonio civil en forma distinta a la prevista en el Código Civil. De suerte que, en Derecho Privado, encontramos normas dispositivas y normas taxativas.

De acuerdo con lo anterior, las normas de Derecho Público y de Derecho Privado son imperativas. Algunas de las normas del Derecho Privado son dispositivas, queriendo ello decir que valen en cuanto las partes no dispongan otra cosa y no que tal voluntad así manifestada sea una variación de la norma. Y en otro extremo encontramos que las normas de Derecho Público no admiten nunca pacto en contrario, por lo que siempre son taxativas. Tal principio se encuentra consagrado en el artículo 16 de nuestro Código Civil, que a la letra dice: "no podrán derogarse por convenios particulares las le-

yes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres". Tales normas son, además, irrenunciables, de modo general, salvo cuando el mismo derecho permite la renuncia como manifestación de voluntad particular.

Esto nos lleva a rechazar de plano la pretendida antítesis entre Derecho Público y Derecho Privado *como separación absoluta* de estas dos ramas del Derecho desde el punto de vista de las consecuencias que sus normas representan, y afirmar, una vez más, que, clasificadas las normas para efectos didácticos, como dice Fiorini, en normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado, *por el Derecho Positivo*, tales normas podrán ser interpretadas de acuerdo con los criterios señalados en el párrafo precedente. En otros términos, una vez clasificada una norma como de Derecho Público o Derecho Privado, por el Derecho Positivo, ella podrá ser estudiada con tales criterios, que en ningún caso son diferenciadores de las ramas en mención.

Esta utilidad de la distinción que se hace entre Derecho Público y Derecho Privado desde un punto de vista práctico en cuanto a su estudio científico se refiere, ha sido reconocida por autores como Kelsen y García Maynez (7). Estos, sin embargo, coinciden en calificar tal importancia práctica como tendencia política. Según el jurista vienés, tal tendencia se manifiesta más intensamente en la presunción de juridicidad de los actos de los órganos estatales, principio éste de la Teoría del Estado. La apreciación de Kelsen es correcta en lo relativo a que ello es producto de la misma organización estatal. No obstante, también tiene importancia jurídica dicha presunción, pues si la legalidad de los actos estatales hubiera que probarla siempre, el orden jurídico no sería lo suficientemente estable para garantizar la misma existencia de la organización política. De ahí que no necesariamente tenga que estar consagrado como principio de Derecho Positivo.

Por su parte, el profesor mexicano Eduardo García Maynez, escribe: "Nada de extraño tiene que dentro de un régimen como el nacional-socialista se declarara que tal clasificación debía repudiarse en cuanto ningún fenómeno de la vida privada o pública es ajeno al Estado" (8). A pesar de su matiz político, también su criterio sirve de base para afirmar desde un ángulo jurídico la inutilidad de una diferenciación teórica: el ejemplo está demostrando que es Derecho Público o Derecho Privado, o sólo Derecho Público, el que el Derecho Positivo, emanado del Estado, determine.

En conclusión, no sólo es política, sino también jurídica, la trascendencia de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

Hemos afirmado que el dualismo de Derecho Público y Derecho Privado también puede tener importancia en lo relativo a la realización de la norma. Puede enfocarse este asunto por el siguiente aspecto: la técnica jurídica ha ampliado, a no dudar, el campo de estudio científico de las normas jurídicas. Y ello puede observarse en especial en algunas ramas del Derecho Público (particularmente en el Derecho Administrativo) en las que a cada instante el jurista se encuentra con que debe aplicar normas de Derecho Privado (bien en virtud de la analogía, bien por mandato expreso de la ley). Esto ha dado lugar a la llamada publicización del Derecho Privado, que, en síntesis, no viene siendo otra cosa que la aplicación de normas de Derecho Privado a casos concretos de Derecho Público, normas que para el efecto adquieren un matiz de públicas, pero que no dejan de ser, objetivamente, de Derecho Privado.

Puede también tenerse como realización de la norma los procedimientos que su desarrollo implica. Y, entonces, encontrarse en la práctica que, partiendo de la diferencia entre normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado, la impugnación de unas normas o actos de una determinada rama del Derecho tenga procedimientos distintos a los empleados para otro acto o norma. La distinción tendrá trascendencia, así planteada, desde el punto de vista de las competencias.

N O T A S :

- (1) Cfr., Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. 7a. ed., 1960. Pág. 329.
- (2) Cfr., García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 18a. ed., 1971. Pág. 135.
- (3) Fiorini, Bartolomé. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I., 1958. Pág. 47.
- (4) Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*. Pág. 114.
- (5) Del Vecchio. *Obra citada*. Pág. 325.
- (6) Del Vecchio. *Obra citada*. Pág. 326.
- (7) Kelsen. *Op. cit.*, pág. 115 y García Maynez, *op. cit.*, pág. 135.
- (8) García Maynez, *obra y páginas citadas*.
- (*) Fue consultado también el libro *Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales*, de José Lozano Muñoz, profesor argentino de la Universidad de Tucumán.