

DR 07 23

Seguidamente, les ofrecemos distinción entre derecho público y derecho privado correspondiente a Derecho Civil I por el profesor José Pérez de Valdez. Procede de Roma. Tiene su origen en un texto de Ulpiano recogido en el Digesto y desde entonces la doctrina puede decirse que no ha dejado de ocuparse de ella.

Conviene adelantar, antes de adentrarnos más en el estudio del tema que hoy vamos a abordar, que no obstante la división del derecho positivo en público y privado, el ordenamiento jurídico no puede cindirse en dos o más categorías diferentes entre sí, puesto que todo él constituye una unidad que goza de la misma naturaleza. Si partimos, pues, de la existencia de unas notas comunes para todas las normas jurídicas y de una concepción unitaria del derecho, se comprenden fácilmente las dificultades que en muchos casos surcitan al intérprete algunas normas o algunas instituciones jurídicas a la hora de su encuadre en el ámbito del derecho público o en el del derecho privado. Hasta el momento presente puede decirse que la doctrina no ha encontrado un criterio que nos permita distinguir siempre y en todo caso cuando estamos en presencia de una norma de derecho público y cuando estamos en presencia de una norma de derecho privado a pesar de los numerosos intentos realizados en este sentido.

A continuación pasamos a exponer brevemente y de forma esquemática las teorías más importantes formuladas en orden a la clasificación de las normas en el marco del derecho público o en el marco del derecho privado. Las clasificaremos en tres grupos diferentes, teorías dualistas, teorías pluralistas y teorías negativas. Las denominadas teorías dualistas se caracterizan por partir todas ellas de la existencia de dos órdenes jurídicos diferenciados entre sí, de modo que toda norma jurídica pertenece al ámbito del derecho público o al del derecho privado.

Las principales teorías dualistas son la teoría del interés, la teoría de los sujetos y la teoría de la función de la autonomía de la voluntad. Según la teoría del interés son normas de derecho público las que amparan o regulan intereses generales mientras que serán normas de derecho privado las que se refieran a intereses particulares. Esta teoría no es aceptable en tanto que toda norma jurídica ya sea pública o privada tiene por fin principal la realización del bien común, es decir, pretenden servir al interés general.

Y si esto es cierto habría que negar la distinción entre derecho público y derecho privado puesto que sus normas persiguen el mismo interés, es decir, un interés general, comunitario o reconocer que todo el derecho es derecho público. Según la teoría de los sujetos son normas de derecho público las que se refieren a las relaciones que tienen los gobernantes con los gobernados y de derecho privado las que regulan las relaciones entre los particulares. Esta teoría evidentemente nos suministra un criterio valioso pero que no es admisible del todo ya que hay ocasiones en las que el Estado al actuar como un particular más por ejemplo en un contrato de compraventa o en un contrato de arrendamientos queda sometido a las normas del derecho privado.

Para salvar esta objeción se dirá por la doctrina que no basta la sola intervención del Estado para estar ante una relación de derecho público sino que será necesario además que actúe revestido de imperium es decir, de su poder, de su soberanía. Por consiguiente se argumentará lo decisivo de estas relaciones no son los sujetos intervinientes sino la posición que éstos ocupen en ellas. En las relaciones de derecho público esta posición será de supra y subordinación en las de derecho privado de coordinación, de igualdad.

Llegamos así a la conclusión de que bastan dos sujetos en relación de jerarquía para estar en presencia de una relación de derecho público y en pie de igualdad para que aparezca la de derecho privado. Esta conclusión no es del todo correcta ya que existen normas de derecho privado dotadas de una estructura jerárquica, por ejemplo, las que se refieren a las relaciones entre padres e hijos o las que se refieren a las relaciones entre tutor y pupilo y también los encontramos con situaciones de derecho público en las que los sujetos aparecen en una relación de coordinación por ejemplo, los convenios entre ayuntamientos, los convenios entre estados. Según la teoría de la función de la autonomía privada las normas de derecho público son aquellas que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares mientras que las normas de derecho privado son aquellas que pueden ser perfectamente modificadas por pactos entre personas privadas.

Este planteamiento no es correcto ya que dentro del derecho público hay normas que no son coactivas en absoluto mientras que por el contrario, en el ámbito del derecho privado hay normas que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares. La distinción, por tanto, entre normas modificables y no modificables por la voluntad de los particulares corresponde a la diferenciación entre normas dispositivas e imperativas pero no a la existente entre derecho público y derecho privado. Frente a las teorías dualistas, las denominadas teorías pluralistas se caracterizan por señalar zonas intermedias entre el derecho público y el derecho privado.

Estas zonas se resisten a una clasificación dentro del ámbito del derecho público o dentro del ámbito del derecho privado y son normalmente el derecho de familia, el derecho social, el derecho eclesiástico, etc. Las teorías pluralistas tienen el mérito, indudable, de poner de relieve la imposibilidad de una clasificación rígida de las normas jurídicas puesto que hay normas o materias que se resisten a ser encuadradas tanto en una esfera, la pública, como en la otra, la privada. Tienen, en cambio, el inconveniente de introducir una o varias nuevas ramas en la tradicional división del derecho en público y privado con lo que, de alguna forma, se complica aún más la clasificación.

Además, contradicen la tradicional clasificación bipartita adoptada por la mayoría de la doctrina y de las legislaciones a lo largo de los tiempos. Pasaremos a estudiar ahora las teorías negativas. Estas teorías, por su parte, niegan, como su nombre indica, la distinción entre el derecho público y el derecho privado.

Normalmente, para negar la distinción entre derecho público y derecho privado, se parte de la

negación del carácter jurídico de una de las dos ramas, de manera que sólo la otra sería derecho. Dentro de esta orientación se dan dos criterios distintos. Primero, el del liberalismo individualista, para el cual sólo el derecho privado es verdadero derecho.

El verdadero derecho, se dirá, es el de la autonomía de la voluntad. Y segundo, el de los totalitarismos, tanto de derechas como de izquierdas, para los que sólo el derecho público es auténtico derecho. La crítica más acertada que puede dirigirse contra estas teorías negativas es la de que desconocen que dentro de la idea general de derecho aparecen dos principios distintos, el principio de personalidad y el principio de comunidad, que hacen referencia a la doble dimensión individual y social de la persona humana.

Estas teorías desconocen también que existen instituciones jurídicas que están al servicio de uno u otro de tales principios, y que ello origina la existencia de dos órdenes jurídicos distintos, el derecho público y el derecho privado. ¿Qué conclusiones podemos extraer de lo expuesto hasta ahora? Primero, que no es posible establecer distinciones tajantes entre el derecho público y el derecho privado como consecuencia de la radical unidad del ordenamiento jurídico. Y ello por dos razones.

Primero, porque hay normas borrosas que constituyen una zona neutra entre ambos derechos y que se resisten a integrarse en una de esas dos esferas, el derecho público o el derecho privado. Y segundo, porque existe una constante variabilidad histórica en esta materia. Así, normas que en un momento histórico determinado pertenecen a la esfera del derecho público han pasado más tarde al campo del derecho privado, y viceversa.

A título de ejemplo, diremos que en la Edad Media la propiedad era una institución de derecho público, iba unida a la idea de poder, de soberanía. Pero a raíz de la Revolución Francesa pasa a convertirse en materia objeto de regulación por parte del derecho privado. Segundo, la distinción entre derecho público y derecho privado no es labor de juristas ociosos que pretendan hacer alarde de su ingenio, sino que es necesario y tienen claras aplicaciones prácticas.

Así, para determinar en qué cuestiones litigiosas son competentes los tribunales ordinarios y en qué otras son competentes, por ejemplo, los órganos de la Administración. Visto lo anterior, cabe preguntarnos si es posible hacer uso de algún criterio que nos permita distinguir entre derecho público y derecho privado. De antemano, conviene adelantar que sólo podemos servirnos de criterios relativos, es decir, que nos servirán sólo en algunos supuestos, pero no para todos, pero que pueden sernos de alguna utilidad.

El profesor de Castro ha señalado en este sentido la existencia de dos principios orientadores, el de personalidad y el de comunidad. El principio de personalidad, dice el profesor de Castro, aparecerá preferentemente en las normas que se refieren a la protección de la persona, es decir, en las normas de derecho privado. El principio de comunidad hará acto de presencia principalmente en las normas de derecho público.

El principio que domine en una norma puede resultar decisivo para saber cuándo estamos en presencia de una norma de derecho público o de derecho privado. Pero como criterios de orden práctico pueden servirnos también algunos de los proporcionados por la teoría de los sujetos. Así, el derecho privado estará constituido preferentemente por normas que regulan las relaciones entre particulares, mientras que el derecho público estará formado por las normas referidas a la estructuración y actividad del Estado y por las que regulan las relaciones entre éste y los ciudadanos, siempre que el Estado actúe, claro está, investido de su imperium, es decir...