

## La crisis de los criterios clasificadores del Derecho Positivo en lo público y lo privado

Ariel ÁLVAREZ GARDIOL<sup>1)</sup>

### Resumen

La jerarquía misma y el rigor epistemológico del saber jurídico han llevado a los estudiosos del derecho, como en cumplimiento de un imperativo ineludible, a las metas de los intentos clasificadores. Las clasificaciones son importantes instrumentos para la ordenación y sistematización del material de una disciplina, permiten agrupar todas las especies que correspondan a un mismo género.

Sin embargo esta clasificación del Derecho Positivo en público y privado, que descansa en la más rancia tradición romanista y que en la doctrina tradicional desgajaba el mundo jurídico en dos hemisferios que eran casi compartimentos estancos, queda reducida a la diferencia que puede darse en los supuestos de creación de la norma individualizada.

El criterio ordenador que pretende clasificar el Derecho en público y privado carece de un fundamento de sustentación científica que

permita su clara e inequívoca adopción como pauta para una distinción real e inequívoca.

Francisco Giner de los Ríos y Adolfo Posada han elaborado la teoría de la *indivisibilidad del Derecho en público y privado*, que ha constituido lo que algunos autores llaman la *tendencia unificadora*.

Estos juristas españoles sostienen que la división bipartita del Derecho debe desaparecer pues no existen razones teóricas ni prácticas para mantenerla.

Abonan su tesis con varios argumentos que, aunque contienen parte de verdad, pueden ser a su vez objeto de observaciones. Por ello, sin suscribir enteramente a la argumentación por ellos elaborada en apoyo de la teoría de la indivisibilidad del Derecho Positivo, adherimos a su opinión por las razones expuestas en el texto.

<sup>1)</sup> Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

Hemos aprendido —nos lo ha enseñado la Teoría Pura del Derecho— que toda la serie de normas y preceptos que integran un sistema jurídico no se encuentran meramente yuxtapuestos, aislados unos de otros sino que se vinculan indisolublemente, se unen por relaciones de fundamentación y de derivación formando un ordenamiento fuera del cual es inconcebible la juridicidad.

Sin embargo, fuerza es admitirlo, una cosa es construir un sistema y otra muy distinta pretender encontrar pautas o criterios clasificadores que permitan agrupar, en compartimientos diferentes, a las normas de ese sistema de tal manera que podamos formar dos, tres, cinco o veinte conjuntos o unidades normativas que respondan a características, externas e internas, idénticas.

A partir del modo de creación del derecho es tradicional su división en *Positivo* y *Natural*. La relación que vincula (o separa) ambas producciones de juridicidad se orienta en el sentido de la relación que existe entre naturaleza y cultura. Por naturaleza entendemos todo lo que al hombre le es dado y por cultura, todo lo que el hombre elabora. No interesa aquí de qué sector de lo dado proviene esta ordenación, ya que sería válido para ello tanto la naturaleza inanimada como la animada, la humana o la divina, tampoco interesa la medida de la intervención humana en la elaboración del producto. Lo que realmente importa es que el Derecho Natural es dado y el Derecho Positivo es fabricado, aunque en este proceso de elaboración la participación humana sea sólo una aceptación.

Los jurisconsultos romanos establecieron una división del derecho en tres grandes categorías: el *Derecho Civil* (jus civile), propio de la ciudad; el *Derecho de Gentes* (jus gentium), común a todos los pueblos; y el *Derecho Natural* (jus naturale), aplicable a hombres y bestias, que consagraba los principios más primarios de gregariedad, familia y socialización que poseen los seres humanos y que parecen ejercer asimismo los mamíferos superiores.

Se podría, además, a partir de la forma de elaboración o producción del derecho, dividirlo en *Consuetudinario* y *Legislado*. La costumbre jurídica, en cuanto expresión de Derecho Positivo, suministra a los órganos jurisdiccionales un nivel de entendimiento comunitario que permite la coexistencia dentro del grupo. La ley, como producto de un órgano (Congreso, Parlamento) y como expresión de positividad establece por un lado, una relación general entre ciertos hechos y por otro, una conducta que debe ser cumplida<sup>(1)</sup>.

Podría elaborarse, lo que es práctica bastante generalizada en el tema de las especialidades de la abogacía, una división a partir de las áreas que las normas jurídicas regulan. Casi todos los *currícula* de las facultades de derecho, tanto nacionales como extranjeras, están estructurados según este criterio clasificador y, sin duda, ello ha hecho extender esa técnica a lo que llamamos las especialidades dentro de la ciencia, criterio respecto del cual guardamos severas reservas ya que no es el caso analizarlo en este momento. A partir de esa pauta —el contenido objetivo de las normas jurídicas— se clasifica al derecho en: minero, de aguas, caminos, laboral, eclesiástico, militar, etc.

Se podría también<sup>(2)</sup>, a partir de los deberes jurídicos, dividir las normas en *Orgánicas* o de *Derecho Constitucional*, y en *Prescriptivas* o de *Derecho de las Conductas*, criterio éste que lleva a Hans Nawiasky a ensayar un extenso catálogo de especies.

Sin embargo, obvio es admitirlo, la clasificación que más arraigo tiene en nuestra ciencia, tanto por su venerable tradición histórica<sup>(3)</sup> como por la muy vasta gama de criterios ensayados por la doctrina para fundar la distinción, es la que consagra la antítesis entre Derecho Público y Derecho Privado. Para diferenciarlos, los romanos referían el primero al interés público o general y el segundo, al interés privado o particular. El Derecho Público reglaba así las relaciones de los hombres considerados como

<sup>(1)</sup> Cuelo Rúa, J. C.: *Las fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 35.

<sup>(2)</sup> Nawiasky, H.: *Teoría General del Derecho*, Rialp, Madrid, 1962, pág. 357 y ss.

<sup>(3)</sup> Se invoca siempre en el tema, como precedente obligado, el famoso pasaje de Ulpiano en el Digesto: *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam privationes*.

miembros de la sociedad política y se ocupaba especialmente de la organización del poder público, es decir, en la magistratura y en la religión<sup>61</sup>.

Tan anciana y patriarcal es esta división que fue generadora de la organización gentilicia de los tiempos primeros de la tribu y de la ciudad, y gravitaba en el dominio común de todos los miembros de la gentilidad.

Tan larga es la referencia de las pautas buscadas que ya hoy no se estudian como en otros temas las distintas doctrinas elaboradas sino que, respondiendo a esas exigencias de rigor metodológico del saber científico, se estudian los grupos de doctrinas que se inspiran en criterios clasificatorios comunes. Bunge<sup>62</sup>, por ejemplo, agrupa los criterios en distinciones esenciales y formales —punto de vista que también siguen Aftalión, García Olano y Vilanova en su obra<sup>63</sup>— y en pautas intrínsecas y extrínsecas.

Kelsen se refiere fundamentalmente a dos teorías predominantes antes de esbozar su propio pensamiento. Consideramos acertado su punto de partida y nos uniremos al maestro vienés en las consideraciones de las dos doctrinas que ataca, para continuar luego con algunas otras opiniones expresadas sobre el tema.

La “Teoría del Interés”, que sigue las huellas del derecho romano, designa comúnmente como Derecho Público a las normas jurídicas que tienden al interés general o colectivo, y como Derecho Privado a las que miran con preferencia al interés individual, al de los particulares. Esta teoría, entre cuyos principales representantes podríamos citar a Ihering, Newmann y A. Merkl, es descartada por la Teoría Pura por el hecho de estar dominada por un punto de vista metajurídico y en consecuencia, por no puede realizar una división que resulte provechosa para la Teoría del Derecho.

Proponerse clasificar —dice Kelsen— jurídicamente las normas de derecho con arreglo al fin a cuya realización aspiran equivaldría a pretender clasificar los cuadros de un museo por su precio, y uno y otro criterio son igualmente inservibles. Además, pareciera bastante evidente que no es cierto que el interés privado y el público puedan acopiarse en dos categorías rígidamente antitéticas, ya que muy frecuentemente los intereses individuales coinciden con los públicos, al proteger la vida, los bienes y la libertad de todos los hombres.

La “Teoría del mayor valor del Derecho Público” —cuyos máximos representantes han sido Jellinek y Fleiner— hace depender la distinción en la circunstancia de que, en una determinada relación jurídica, se encuentren enfrentados sujetos coordinados y en otra, sujetos supraordinados y subordinados. En el primer caso, sólo intervienen en la relación jurídica personas privadas. En el segundo hay, por un lado, una persona privada y por el otro, siempre la persona del Estado o una entidad pública. Las relaciones de Derecho Privado se constituyen entre sujetos coordinados; las de Derecho Público, entre un sujeto superior (supraordinado), el Estado o una entidad pública a él adscripta como *potentior personae*, y el súbdito, subordinado en la relación.

Advierte Kelsen, sin embargo, que ese mayor valor jurídico reconocido a ciertas personas (el Estado o las entidades públicas) que imponen su superioridad a otras y obligan a los súbditos a obedecer los mandatos unilaterales que impongan, no surge de una condición intransferible de su posición en el mundo jurídico o de su carisma personal. Ese mandato unilateral, dotado de fuerza jurídica obligatoria, emanado de un sujeto que ejerce el poder que posee la facultad de aplicar la coacción, no es más que la manifestación de voluntad de ciertos hombres especialmente calificados —los llamados órganos del Estado—. Esta manifestación está dirigida a provocar la conducta de otros, determinada por la legislación como condición del deber jurídico que los súbditos tienen de realizar una conducta acorde con la manifestación de voluntad de los supraordinados, y de que la conducta de los hombres obligados contraria a ese deber jurídico constituye la condición de un acto coactivo dirigido contra ellos<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> *Publicum jus in sacerdotibus, in magistratibus consistit* —decía el Digesto.

<sup>62</sup> Bunge, C. O.: *El Derecho*, Librería y Casa Editorial de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, pág. 355 y ss.

<sup>63</sup> Aftalión, García Olano y Vilanova: *Introducción al Derecho*, Tomo II, El Ateneo, Buenos Aires, 1956, pág. 9 y ss.

<sup>64</sup> Kelsen, H.: *Teoría General del Estado* (Luis Legaz y Lacanibra trad.), Nacional, México DF, 1965, pág. 3.

En menos palabras, el poder del Estado supraordinado al súbdito, el mandato unilateral, no es inherente a él por sí mismo, por su propia naturaleza, sino que se debe a que la "norma jurídica" otorga a esas personas esa potestad respecto de los demás.

Luego de una devastadora crítica a las dos doctrinas dominantes, atribuida mayormente a la irrupción de la política en la Teoría del Derecho, Kelsen esboza su pensamiento que experimentó algunos cambios significativos a lo largo de su fecunda producción jurídica.

En efecto, en su obra primigenia<sup>(8)</sup> se limita a rechazar la clasificación del Derecho en público y privado —que más adelante calificará de funestísima— ya que con ella se quiere expresar diferencias en la esencia del mismo. En la versión de la *Teoría General* del año 1925 admite la posibilidad de la distinción: en tanto con ella se da expresión a contenidos típicos y en cuanto la diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado se manifiesta en una configuración especial del contenido de la norma jurídica. Por último, en la versión definitiva de la *Teoría General*, aparecida en idioma inglés en Estados Unidos, se da a la antítesis un puesto en el sistema jurídico, esbozando un criterio diferencial a partir de la relación de sujetos coordinados y supraordinados, a pesar de que, a diferencia de las teorías tradicionales que poseían un carácter absoluto y extrasistemático, para Kelsen la distinción es meramente relativa e intrasistemática.

Esta clasificación, que en la doctrina tradicional desgajaba el mundo jurídico en dos hemisferios que eran casi compartimientos estancos, queda reducida a la diferencia que puede darse en los supuestos de creación de la norma individualizada. En el Derecho Público, por el mayor valor del Estado o de sus órganos de obligar a los ciudadanos mediante manifestaciones unilaterales de voluntad, se crea la norma individual sin ninguna cooperación del sujeto que ha de ser obligado por ella.

En el Derecho Privado, donde el contrato representa su típica expresión, la creación de la norma individual se debe, en una importante medida, a la cooperación del obligado.

En la *potestad generadora de la norma individualizada* encuentra Kelsen la distinción. Si el deber jurídico de alguien (norma individual) es establecido por la sola declaración unilateral del facultado (mandato), la relación es de Derecho Público. Si, por el contrario, el deber jurídico de alguien (norma individualizada) se genera por la declaración coincidente —o con la cooperación— del facultado y también del obligado, la relación será de Derecho Privado.

Este mismo punto de vista había sido sostenido con algunas variantes por Thon en 1878 y por Burckhardt en 1927. Se había advertido entonces que el ordenamiento jurídico puede poner los medios para que la norma jurídica se cumpla pese a todo, lo que se logra exigiendo a los órganos de la tutela jurídica que siempre que se produzca una violación del derecho impongan coactivamente el estado de cosas correspondiente a él. O bien, puede solamente limitarse a tomar las medidas necesarias para la realización de la norma pero dejando a la voluntad de los sujetos la posibilidad de hacer o no uso de ella. En el primer caso, la voluntad del ordenamiento jurídico se cumple de oficio, imperativamente; en el segundo, sólo a instancia de parte interesada.

Kelsen, a propósito de las expresiones típicas de conformación del Derecho Privado y del Derecho Público —el contrato y la resolución administrativa, respectivamente—, advierte que la primera es creada por la voluntad de todas las partes a ella sometidas, es decir, que se está frente a la producción democrática de la norma. En el segundo modo de producción jurídica, la norma surge por la decisión de una sola de las partes interesadas o sometidas a ella, es decir, que es la creación autocrática de la norma individual.

Goldschmidt, que considera al derecho como un orden de repartos de potencia e impotencia<sup>(9)</sup>, sostiene que esas conductas de reparto pueden imponerse por los repartidores a los demás protagonistas sin tomar en cuenta su conformidad o disconformidad —repartos autoritarios—; o pueden descansar

<sup>(8)</sup> Kelsen, H.: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pág. 631, citado por Nawiasky, H.: ob. cit.

<sup>(9)</sup> Goldschmidt, W.: *Introducción al Derecho*, Depalam, Buenos Aires, 1962.

en el acuerdo entre todos los protagonistas del reparto –repartos autónomos–. Pues bien, para el autor, el conjunto de repartos autoritarios forma el Derecho Público, y el conjunto de los repartos autónomos, el Derecho Privado.

En consecuencia, no considera acertado negar a los conceptos científicos del Derecho Público y del Derecho Privado el carácter de conceptos clasificatorios, siempre que no coincida con los conceptos históricos del Derecho Público y del Derecho Privado sino con los, ya señalados, de repartos autoritarios y repartos autónomos, respectivamente.

Y esa coincidencia no puede buscarse en los conceptos históricos puesto que se dan repartos autoritarios entre particulares, como en la legítima defensa, la patria potestad y la autoridad marital, y pueden darse repartos autónomos entre comunidades políticas, como en los convenios internacionales. Adviértase que tanto la autoridad marital como la patria potestad integrarían históricamente el contenido del Derecho Civil, típico exponente de privacidad; mientras que la legítima defensa y el convenio internacional integrarían históricamente el Derecho Penal y el Derecho Internacional Público, típicos exponentes del Derecho Público.

Creemos que si no es posible encontrar una pauta efectiva, un criterio inequívoco para fundar científicamente la tradicional división siguiendo los lineamientos históricos de su construcción, es absolutamente necesario abandonar el intento clasificador. Porque la clasificación, como un instrumento insustituible del progreso científico, perdería ese carácter y se convertiría en una fuente constante de equívocos y malos entendidos.

En efecto, si el criterio clasificador nos va a llevar a la conclusión de que, por ejemplo, la más típica expresión del Derecho Privado, el Derecho Civil, contiene también elementos de Derecho Público y viceversa o de que un modelo de Derecho Público –el Derecho Constitucional– tiene instituciones de Derecho Privado, lo que pareciera indudable, entonces creemos que el intento clasificador debe abandonarse.

Si es posible radicar en el Derecho Privado las partes del proceso civil que se refieren al contenido de la sentencia, y en el Derecho Público, las normas procesales que señalan los presupuestos para la actuación del juez; si hay un modo de concebir que los contratos administrativos, que las concesiones y las licitaciones son expresiones de Derecho Privado contenidas dentro del Derecho Administrativo, entonces, la pauta clasificadora no esclarece, el criterio ordenador no clarifica, y en modo alguno podemos aceptar que tengamos que reempadronar y reinventar todas las instituciones del enorme mosaico que constituye la juridicidad para fundamentar científicamente una división que estaría totalmente divorciada de la rancia tradición histórica que la sustenta.

La antítesis buscada descansa, a nuestro juicio, en el concepto de la coercibilidad del derecho. Si el derecho es coercible y la coacción está indisolublemente unida a la idea del Estado, que es quien la administra, se concluye fácilmente que todo el derecho tiene que estar garantizado en última instancia por la coacción estatal. No dejamos de ver que el derecho no es un mero instrumento para resolver los conflictos entre las partes. El derecho aparece con su más notoria evidencia frente al quebrantamiento, ante la violación de él. Pero es también, y cuantitativamente en muchos más casos, un modo ordenado de convivir, una regulación armónica de los comportamientos humanos, que tiende a evitar los conflictos y las discordias.

En última instancia, está garantizado por la coacción exterior ejercida por el Estado. Si esto es verdad, como creemos no se puede objetar, entonces todo el derecho, en caso de infracción, se torna Derecho Público con absoluta prescindencia de su naturaleza propia antes de la infracción.

De ello se infiere que tal vez se podría intentar una categoría jurídica en tanto sistema regulador de la convivencia pacífica, y otra, en caso de que habiendo fracasado en esa primera etapa, se convierta en instrumento para dirimir conflictos en virtud de la coacción estatal.

Sería también un criterio clasificador que ningún parentesco tendría con los precedentes históricos, ya que las más tradicionales instituciones del Derecho Constitucional, en cuanto reguladoras del convivir

pacífico, serían de Derecho Privado; mientras que las más características formas de privacidad en el Derecho Civil se convertirían en expresiones de Derecho Público si tuvieran que ser ejecutadas judicialmente.

En suma, pues, el criterio ordenador que pretende clasificar el Derecho en público y privado carece de un fundamento de sustentación científica que permita su clara e indudable adopción como pauta para una distinción real e inequívoca.