
Derecho público y Derecho privado. Los cinco sentidos de una distinción

Public Law and Private Law. The Five Aspects of One Distinction

Javier FAJARDO FERNÁNDEZ

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Navarra
jfajardo@unav.es

RECIBIDO: 24/02/2015 // ACEPTADO: 11/06/2015

Resumen: El par o binomio Derecho público/Derecho privado se considera la *summa divisio* del Derecho (especialmente en la tradición jurídica continental). Pero ninguna de las teorías que han intentado explicar cuál sea el criterio de distinción entre los dos (el *quid*) ha conseguido imponerse. Creo que esto se debe a que habitualmente empleamos esos términos en contextos y con significados muy distintos. Es normal que ninguna teoría pueda dar cuenta de todos ellos. En este trabajo propongo una tipología de los contextos y sentidos distintos en que se usa el par Derecho público/Derecho privado.

Abstract: The pair Public Law/Private Law is thought to be the *summa divisio* in Law (especially in the Continental Law tradition). But the rational of this divide («the *quid*») is a very much discussed question. The reason may be that we usually use the words in different contexts and with different meanings. No single explanation can give account of all of them. This paper tries an explanation of the different contexts and meanings of the pair Public Law/Private Law.

Palabras clave: Derecho Público; Derecho Privado.

Keywords: Public Law; Private Law.

1. PLANTEAMIENTO. CONSENSO Y DISCORDANCIA

Derecho público y Derecho privado son los dos términos del par o binomio que conforma la *summa divisio* del Derecho. Es evidente que acerca de ellos hay algunas cuestiones sobre las que existe amplia discordancia (por no decir discordancia total). Pero los juristas los empleamos frecuentemente fuera de todo contexto polémico, lo que sugiere que existe un concepto básico compartido y un mínimo de consenso. Creo que este consenso podría considerarse contenido en las siguientes afirmaciones¹:

¹ Sin ninguna pretensión de exhaustividad: BADOSA COLL, *Memoria de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 15-68; BULLIGER, *Derecho Público y Derecho Privado*, IEA, Madrid, 1976; CARRASCO PERERA, *Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, 1988; CARRASCO PERERA, *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2011, pp. 23-31; COSTA, *Ensayo sobre el Derecho consuetudinario*, Aribau, Madrid, s/f; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, IEP, Madrid, 3ª ed., 1955, I, pp. 73-111; Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*,

- I. La distinción es muy importante, base de cualquier otra².
- II. La distinción tiene cierta validez universal a lo largo de épocas y países diversos, y hay amplio acuerdo acerca de en cuál de los dos términos debe encuadrarse cualquier materia o relación jurídica concreta³.
- III. En cuanto al criterio determinante que distingue un concepto del otro (el *quid*), no sólo no hay consenso, sino que lo múltiple y variado de las teorías que intentan dar respuesta a esa cuestión resulta, en palabras de De Castro, «paradójico y desesperante»⁴.

Tecnos, Madrid, 2003, I, pp. 45-47; DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho público y privado* [1913 y 1920], Heliasta, Buenos Aires, 1975; GALGANO, *Il diritto privato fra códice e costituzione*, Zarichelli, Bologna, 2ª ed., 1979, pp. 37-46; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 16ª ed., 2013, pp. 49-86; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, 2º ed., 2001; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, 2012, I, pp. 130-149; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Derecho público y Derecho privado», RDP (1992), pp. 947-956; IHERING, *El fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2000; JORDANO BAREA, «Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público», RDP (1963), pp. 868-875; KANT, *Philosophy of Law*, T&T Clark, Edinburgh, 1887, p. 58; KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., UNAM, México, 1981, pp. 286-320; KORKUNOV, *General Theory of Law*, A. M. Kelley, New York, 1922, pp. 232-258; LACRUZ BERDEJO/LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1988, I-1, pp. 19-39; MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960; MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS, *Derecho civil*, Colex, Madrid, I, 4ª ed., 2011, pp. 37-41; D'ORS, *Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1961, pp. 243-263; RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, ed. RDP, Madrid, 1934; RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971; RODOTÀ, *El terrible derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 71-167; SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, Ed. Góngora, Madrid, 1878; SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971; THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*, CEDAM, Padova, 1951; VILLAR Y ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», RGLJ (1942), pp. 7-70; VILLAR Y ROMERO, «Las transformaciones del Derecho privado en Derecho público», RDP (1943), pp. 411-430; WEBER, *Economy and Society*, University of California Press, Berkeley, 1978, II, pp. 641-644.

² Sobre todo en la tradición jurídica continental. Aunque en el mundo anglosajón la distinción es conocida y usada, no puede considerarse la *summa divisio* (p. e., es significativo que ni sea mencionada en el clásico de HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions Applied in Judicial Reasoning*, W. X. Cook, 1964). Por el contrario, en Derecho continental hasta los autores que niegan la distinción lo hacen únicamente como conclusión de un estudio minucioso de ambos (p. e., Kelsen, *Teoría pura*, pp. 286-321). El interés que despierta en los autores parece en retroceso. Compárese el espacio cada vez menor que dedican a este asunto algunos manuales significativos de Derecho civil: DE CASTRO (1945): 40 páginas; LACRUZ/LUNA (1985): 20 páginas; DíEZ PICAZO/GULLÓN (1990): 3 páginas; MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS (2001): 2 páginas. Rompe esa tendencia CARRASCO (1997): 8 pp.

³ RADBRUCH, *Filosofía*, pp. 163 y 168; CARRASCO, *Derecho Civil*, p. 23.

⁴ DE CASTRO, *Derecho Civil*, p. 98; CARRASCO, *Derecho Civil*, p. 23; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho civil*, I, p. 38.

- IV. La relación entre ambos términos es una suerte de oposición, tensión dinámica o conflicto eterno, en el que unas veces parece ganar uno y otras el otro⁵.
- V. La distinción carece prácticamente de consecuencias jurídicas⁶.

Creo que las cinco afirmaciones son ampliamente compartidas en la comunidad jurídica de modo cumulativo. Es decir, por lo general no reflejan distintos puntos de vista o escuelas, sino que cuando los juristas hablamos del par Derecho público/Derecho privado, habitualmente estamos afirmando explícitamente (o dando por supuesto implícitamente) que le son aplicables las cinco afirmaciones o predicados *a la vez*.

Y, sin embargo, las cinco afirmaciones no son fácilmente compatibles entre sí. Es muy extraño que haya unanimidad a la hora de clasificar cualquier materia como parte de uno u otro concepto (II) si no existe acuerdo sobre cuál es el criterio que se debe emplear para realizar esa clasificación (III): lo normal sería que el consenso en el criterio llevara al consenso en la clasificación, o que la falta de consenso en el criterio impidiera el consenso en la clasificación⁷. Tampoco es lógico que la relación entre los conceptos sea estática, eterna y universal (II), y a la vez dialéctica, ideológica y expresada en el desarrollo histórico (IV). No se entiende cómo puede existir una tensión dinámica (IV) entre dos conceptos sobre cuyos contenidos hay una línea divisoria al parecer tan clara, estática e indisputada (II). Y la distinción no puede ser tan importante (I) si realmente carece de consecuencias jurídicas (V), porque en Derecho la relevancia de un concepto se mide por la importancia de las consecuencias jurídicas que genera.

Este conjunto de incoherencias, tal vez inconscientes, pero desde luego latentes en el fondo del consenso existente en torno al significado del binomio Derecho público/Derecho privado, es a la vez una invitación a seguir pensan-

⁵ El carácter de cualquier ordenamiento se expresa por la relación entre Derecho privado y Derecho público, una relación que es dinámica y cambiante en el tiempo (RADBRUCH, *Filosofía*, p. 168).

⁶ LACRUZ/LUNA, *Elementos*, I-1, p. 39; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho civil*, I, p. 39.

⁷ Los autores lo explican diciendo que la «colocación» de las disciplinas en uno u otro campo tiene carácter intuitivo (DE CASTRO, *Derecho Civil*, p. 98; CARRASCO, *Derecho Civil*, p. 23). Para Martínez de Aguirre «ocurre como con algún estilo pictórico, que en una ojeada rápida a distancia permite apreciar con nitidez las figuras allí reproducidas, nitidez que disminuye, hasta convertirse en una confusa combinación de colores, con práctica desaparición de figuras y contornos, cuando la observación se vuelve cuidadosa, detallada y cercana» (*Derecho civil*, I, p. 38).

do en ello y una prevención contra cualquier nuevo intento de hacerlo. Pero para dar el paso parece importante alejarse del enfoque más habitual, que es la pregunta sobre el *quid*, que no sólo no ha sido resuelta convincentemente, sino que parece ejercer una atracción que impide ver nada más allá. Por lo tanto, en este trabajo evitaré preguntarme cuál es el *quid*, con la esperanza de que eso me permita ver alguna otra cosa.

¿Y sobre qué más puede reflexionarse que no sea el *quid*? Sobre muchas cosas. Derecho público y Derecho privado son dos conceptos que no existen en el lenguaje natural sino solo en el lenguaje científico. Se oponen como antónimos complementarios, mutuamente excluyentes, cuya suma es exhaustiva en el universo acotado, sin tercera opción ni posible graduación⁸. La relación entre ellos debería ser relevante⁹. Porque su significado viene definido precisamente por su oposición dicotómica. Son como dos naipes que se sostienen mutuamente: ninguno se entiende sin el otro, y qué significado o utilidad pueda tener uno viene estrictamente indicado por el significado y la utilidad del otro. En lo que juegan un papel especial las consecuencias jurídicas que se atribuyan a la pertenencia a uno de los miembros del par o al otro.

Hemos visto que el consenso básico sobre su significado contiene afirmaciones contradictorias entre sí. Tal vez esto se deba a que esas afirmaciones son realizadas en contextos diferentes. Tal vez el par Derecho público/Derecho privado tenga características diferentes según el contexto en el que se usa. Por lo tanto, antes que nada será conveniente aislar cuáles son esos contextos (tarea que, ya lo adelanto, va a suponer el grueso de este trabajo).

2. LOS CINCO SENTIDOS DE LA DISTINCIÓN

La oposición entre Derecho público y Derecho privado se usa habitualmente en al menos cinco contextos o con cinco sentidos distintos, que podemos llamar provisionalmente: a) oposición taxonómica, b) oposición dualista o teorías del *quid*, c) oposición estatutaria o de fuentes y estilos normativos, d) oposición histórica, ideológica o dialéctica, y e) oposiciones asimétricas.

⁸ GUTIÉRREZ ORDÓÑEZ, *Lingüística y semántica*, SPUO, Oviedo, 1981, pp. 220 y ss.

⁹ HOHFELD, *Fundamental Legal*, pp. 35 y ss.

a) *Derechos público y privado como materias sustantivas*
(*oposición taxonómica*)

El binomio Derecho público/Derecho Privado es la *summa divisio* taxonómica, que sirve para dividir y clasificar el Derecho en dos grandes conjuntos que agrupan materias sustantivas. Con este sentido emplearon la distinción Donello (†1591), Pufendorf (†1694) o Domat (†1696) cuando quisieron dotar a sus obras de una sistemática racional, en lugar de ceñirse al orden expositivo de los textos romanos postclásicos¹⁰.

Como ordenación de materias sustantivas, puede recordar a la delimitación de una extensión de terreno en parcelas mutuamente excluyentes. Se presenta como universal, permanente, indiscutida y estática. Permite atribuir fácilmente a una relación jurídica el carácter de pública o privada. Esa distribución extensiva, estática, excluyente, permanente, explica que Radbruch se refiriera a Derecho público y Derecho privado como conceptos jurídicos a priori: «con relación a todo precepto jurídico singular puede preguntarse con plenitud de sentido exigiendo respuesta si este precepto pertenece al Derecho público o al privado»¹¹. En la mente de los juristas esa atribución es fuertemente intuitiva y sobre ella existe un alto grado de consenso. Todo esto presenta evidentes ventajas de carácter taxonómico u organizativo (p. e., distribución de materiales, especialización de estudios, organización de departamentos en una Facultad de Derecho). Pero, aparte de eso, decir de una materia que pertenece al Derecho público o al Derecho privado apenas aporta información adicional sobre ella. Apenas tiene consecuencias jurídicas. Tampoco pide la búsqueda de un *quid* o criterio delimitador (¿para qué, si todo el mundo está de acuerdo en qué parte corresponde a cuál, y en el fondo da lo mismo que una materia se atribuya a una parte o a otra?). Desde este punto de vista, este sentido de la distinción se podría considerar un enunciado analítico o tautológico, cuyo predicado está contenido en su sujeto¹².

b) *Derechos público y privado como mundos opuestos*
(*oposición dualista o teorías del quid*)

Ya desde una temprana definición romana de Ulpiano, pero sobre todo a partir de Kant y a lo largo de todo el XIX, se ha entendido que Derecho pú-

¹⁰ BULLIGER, *Derecho Público*, pp. 49-52; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos*, p. 100; Carrasco, *Derecho Civil*, p. 23.

¹¹ RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, p. 163.

¹² GUTIÉRREZ ORDÓÑEZ, *Lingüística*, p. 264.

blico y Derecho privado son dos mundos diferentes que responden a lógicas y dinámicas opuestas. Si esto es así, su oposición puede reducirse a un *quid*, un elemento diferenciador, un dato primordial que permite explicar las diferencias. Las «teorías del *quid*» proponen una clave interpretativa que explique totalmente la diferencia entre ambos mundos.

Los *quid* diferenciadores propuestos son muchos. Sin ánimo exhaustivo, se han sugerido¹³: interés particular/interés común (Ulpiano)¹⁴; justicia conmutativa (propia del estado de naturaleza)/justicia distributiva (propia del estado en el que hay una sociedad jurídica) (Kant); reino de la libertad/reino de la autoridad, individuo como objeto exclusivo/individuo como objeto secundario (Savigny); persona como fin inmediato/persona como fin mediato (Ahrens); derechos que el hombre tiene en tanto que individuo/derechos que el hombre tiene en tanto que miembro de una sociedad organizada (Puchta); derechos a favor de su titular/derechos atribuidos al titular al servicio de la comunidad (Brinz); referidos al hombre en su existencia particular/referidos al hombre en su existencia colectiva (Stahl); lo cerrado (sociedad)/lo abierto (la asociación) (Ihering); la sociedad y las relaciones entre iguales (de coordinación)/relaciones en las que una de las partes tiene el Poder (de subordinación) (Weber); Derecho/Estado (Kelsen)¹⁵; derechos de titulares que pueden ejercitar libertad de decisión (*können*)/derechos de titulares que deben ejercer sus facultades sin elegir (*dürfen*) (Jellinek); autonomía/heteronomía; Derecho de la libertad/Derecho de la necesidad; principio del individuo/principio de comunidad (De Castro); *ius cogens/ius dispositivum* (d'Ors, Cicu); Derecho espontáneo de la sociedad/Derecho impuesto por la autoridad (Costa); Derecho material/Derecho formal (Gysin); Derecho de la distribución fundado en la distinción tuyo-mío/Derecho de la adaptación (Korkunov); etc.

¹³ Menciones a éstas y otras muchas teorías en las obras citadas en la nota 1, especialmente SAVIGNY, *Sistema*, I, pp. 34-37; DE CASTRO, *Derecho Civil*, pp. 86-98; VILLAR Y ROMERO, «Distinción», pp. 18-36; BULLIGER, *Derecho Público*, pp. 81-85; LACRUZ/LUNA, *Elementos*, I-1, pp. 28-34; IHERING, *El fin*, pp. 204-215; WEBER, *Economy*, pp. 498-501; KELSEN, *Teoría pura*, pp. 286-287; KORKUNOV, *General Theory*, pp. 232-258; CARRASCO, *Derecho Civil*, pp. 23-31; COSTA, *Ensayo*, pp. 145 y ss.

¹⁴ «El Derecho público es el que tiene por objeto el gobierno de la República romana. Privado es el que pertenece al provecho de cada particular; porque hay algunas cosas útiles al común, y otras a los particulares» (D. 1.1.1.2, cfr. I. 1.1.4).

¹⁵ Llevando su distinción al extremo, Kelsen la equipara a la distinción entre Dios y el mundo, para terminar defendiendo el panteísmo, es decir, la negación de la distinción (*Teoría pura*, p. 321).

Las teorías del *quid* son sugerentes y ambiciosas, y sin duda todas apuntan hacia un fondo de realidad común subyacente. Pero, a la hora de la verdad, ninguna agota la distinción ni resulta totalmente convincente. Su misma diversidad da testimonio de que ninguna de ellas ha llegado a imponerse de modo decisivo. Incluso son frecuentes los autores que proponen varias, cuando un auténtico *quid* debería excluir a todos los demás. La mayoría de ellas apenas dan lugar a consecuencias jurídicas.

Las teorías del *quid* no son reconducibles al uso del par Derecho público/ Derecho privado en un contexto taxonómico (y viceversa). Ninguna de las teorías del *quid* explica convincentemente la distribución de materias adoptada por las clasificaciones taxonómicas. Sectores tan claramente pertenecientes al Derecho privado como el Derecho de arrendamientos, el de Familia o el de Sucesiones están llenos de normas aprobadas por el poder público, imperativas, que prevalecen frente a la autonomía de la voluntad, basadas en reglas de justicia distributiva... criterios todos ellos más propios del Derecho público según las diferencias propuestas por las teorías del *quid*. El hecho de que las teorías del *quid* no coincidan en absoluto con una clasificación sistemática que goza de tanto consenso pone en duda su corrección.

c) *Derecho común y Derecho estatutario (oposición de fuentes y «estilos normativos»)*

«Determinadas materias de Derecho privado han pasado a estar totalmente reguladas por normas de Derecho público o se han acercado insensiblemente a éste bajo el influjo de hechos o principios variables, a causa de una dirección constante que tiende a disminuir el campo del Derecho privado... El Derecho privado tiende a perder contenido; el público, a ampliarlo»¹⁶.

La concepción subyacente a estas palabras distingue Derecho público y Derecho privado no según la delimitación extensiva de un contenido material (qué materias abarca cada uno), sino según una distinción cualitativa relativa a un cierto «estilo» de regulación (*cómo* debe estar regulada esa materia para que sea realmente Derecho privado). Con esto se atribuyen al Derecho privado cualidades como la prevalencia de la autonomía de la voluntad, el Derecho dispositivo, un modo de legislar a base de normas generales, abstractas, bre-

¹⁶ VILLAR Y ROMERO, «Transformaciones», p. 413.

ves, poco detalladas y estables, etc. En la medida en que los poderes públicos aprueban normas que no cumplen estas condiciones, estas normas serán de Derecho público, aunque recaigan sobre materias taxonómicamente consideradas de Derecho privado. Por ejemplo, según esta concepción, aunque los arrendamientos sean materia privada, la normativa sobre arrendamientos urbanos vigente en España entre los años 1920 y 1995 tiene un carácter claramente público, y por tanto supone una especie de «invasión» iuspublicista.

Me parece que en esta idea, muy generalizada, laten otras clasificaciones más antiguas y más de fondo, en especial la que podemos llamar distinción estatutaria.

La distinción entre el Derecho común (o *Common law*) y el Derecho estatutario (o *Statute Law*) tiene su origen en Derecho romano y estuvo vigente en Derecho continental hasta que desapareció con la Revolución francesa, pero conserva plena virtualidad en los países de *Common law*. Según ella, hay un Derecho de la tierra (*Law of the land*), establecido, aceptado y vivido por la comunidad como una realidad viva y abstracta, formada por principios indisponibles que los tribunales emplean cuando declaran el Derecho. Sobre esta realidad se impone ocasionalmente la voluntad del poder político cuando, para resolver un problema puntual y según dicta la urgencia política, se pronuncia sobre una materia mediante un acto autorizado (*Act of Parliament*). El conjunto de las *Acts* conforman el *Statutory Law*, que prevalece sobre el *Common law*, pero carece de principios generales, debe ser interpretado con carácter restrictivo, y no conforma un verdadero cuerpo legal orgánico, sino sólo islas puntuales aisladas en un mar de Derecho común¹⁷. El Derecho privado sería ese Derecho común, vivo, orgánico, no necesitado de la intervención del poder, destinado a permanecer, y el Derecho público el estatutario, fruto de la actuación puntual del poder político, ocasional, dictado al hilo de necesidades momentáneas y por ello no destinado a durar mucho en el tiempo ni merecedor de reflexión racional. En una simplificación, el primero responde a la

¹⁷ Sobre la distinción Derecho público/Derecho privado con base en el Derecho romano en época clásica, d'Ors, *Papeles*, pp. 243-263. Sobre la distinción en *Common law*, vid. GARCÍA ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso*, pp. 28-30, y GARCÍA ENTERRÍA, *La lengua*, pp. 144-151. Para la relación entre el Derecho privado y la acción del Estado, KELSEN, *Teoría pura*, p. 289. Para el Derecho continental anterior a la revolución francesa, GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, 1996, pp. 137 y ss.; VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; VALLEJO, «Acerca del fruto del árbol de los jueces», AFDUAM (1998), pp. 19-46.

razón y el segundo a la voluntad. Muy cercana a esta clasificación está la también tradicional distinción entre el Derecho normal y el Derecho excepcional, (diferencia que tiene, entre otras, la consecuencia de que sólo las primeras pueden ser objeto de aplicación extensiva y analógica¹⁸).

A mi entender, Carl Schmitt resulta especialmente incisivo cuando, reflexionando sobre la función del Estado, distingue no dos, sino tres miembros de la clasificación: el *Estado jurisdiccional*, el *Estado gubernativo* o administrativo y el *Estado legislativo*. En el Estado jurisdiccional la última palabra la pronuncia el juez al dirimir inmediatamente un litigio en nombre del Derecho y la justicia, sin necesidad de que estén mediatizadas o impuestas por otro poder. En el Estado gubernativo la fuente por antonomasia son las decisiones y mandatos del poder político o administrativo, y por eso «encuentra su principio existencial en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de sus medidas, de sus disposiciones y de sus órdenes a las necesidades reales». Por el contrario, el Estado legislativo apela al *ethos* que opone «el *nomos* frente al mero *demos*; la *ratio* frente a la mera *voluntas*; la inteligencia frente a la mera voluntad ciega y sin norma; la idea del Derecho plasmado en normas y coherente frente a las medidas y la órdenes dictadas por la mera conveniencia, según las necesidades del momento; el racionalismo apoyado en la razón frente al pragmatismo y al emocionalismo; el idealismo y el derecho justo frente al utilitarismo; la validez y el deber ser frente a la coacción y la necesidad de los acontecimientos»¹⁹. El hecho de que la distinción de Schmitt sea tripartita apunta ya a la dificultad de reconducirla a la clasificación de dos términos que estamos estudiando, pero con un poco de flexibilidad podríamos equiparar la oposición Estado jurisdiccional/Estado gubernativo a la oposición *Law of the land/Statute Law* y el par Estado gubernativo/Estado legislativo al par voluntad/racionalidad.

En cualquier caso, ninguna de estas distinciones coincide exactamente con las que hemos visto anteriormente. La distinción estatutaria no se identifica con la taxonómica. Los conceptos de Derecho privado y público pueden indicar un grupo de materias o un modo de regular esas materias, pero no las dos cosas a la vez. Y el Derecho común recae también sobre contenidos considerados taxonómicamente de Derecho público, al igual que también el Parlamento puede dictar Derecho estatutario sobre materia privada (la misma

¹⁸ DE CASTRO, *Derecho Civil*, pp. 112-114.

¹⁹ SCHMITT, *Legalidad*, pp. 3-23.

Codificación, la obra más acabada del Derecho privado entendido como racionalidad, es también el hijo predilecto del Estado legislativo).

La distinción estatutaria tampoco es reducible a ninguna de las teorías del *quid*. Para que una materia pase a estar regulada por una norma de Derecho estatutario basta con que así lo decida la voluntad libre y en cierto modo arbitraria del legislador, todo lo contrario de esos mundos separados regidos por lógicas internas enfrentadas en los que piensan las oposiciones dualistas.

d) *Derechos público y privado como expresión de intereses históricos enfrentados (oposición histórica, ideológica o dialéctica)*

Para Radbruch, la tensión entre los dos elementos es una constante histórica, dinámica y cambiante en el tiempo que expresa precisamente el carácter de cada ordenamiento²⁰. Pero la concepción del Derecho privado como instrumento al servicio de la libertad de los particulares, que subyace en buena parte de las teorías del *quid* y cobra especial importancia en el cambio del siglo XVIII al XIX, otorga al binomio un contenido indudablemente ideológico. Una vez vencida la sociedad estamental del Antiguo régimen por las revoluciones liberal-burguesas, privatizados y apropiados los bienes eclesiásticos y comunes, y alcanzado el control político del sistema, la burguesía acuña la distinción Derecho privado/Derecho público como base conceptual con la que impedir la intervención del Estado en el ámbito recién ganado de la propiedad privada y el libre mercado²¹. Para algunos autores que aplican un esquema interpretativo histórico-dialéctico, las teorías del *quid* no son otra cosa que la expresión de los intereses económicos de la burguesía. Por esto mismo, también hay quien sugiere que hoy se debe prescindir totalmente de la distinción por irrelevante: si el binomio tiene un origen y una finalidad tan limitada en el tiempo, su importancia se reduce.

Esta lectura histórico-ideológica no es reducible a (ni compatible con) las que hemos visto en los apartados A, B y C.

La explicación taxonómica ve ambos conceptos como permanentes, universales y no ideológicos, mientras que éstas los consideran puramente históricos y al servicio de intereses económicos y de poder.

²⁰ RADBRUCH, *Filosofía*, p. 168.

²¹ RADBRUCH, *Filosofía*, p. 168; KELSEN, *Teoría pura*, p. 289; SCHMITT, *Legalidad*, pp. 33-34; GALGANO, *Il diritto*, pp. 37-46; RODOTÀ, *El terrible derecho*, pp. 71-167; LACRUZ/LUNA, *Elementos*, I-1, p. 19.

Las teorías del *quid* y las dialécticas no pueden ser reconducidas unas a otras porque parten de presupuestos y conceptos irreductibles. Las primeras tratan los conceptos como enfrentados en un plano temporalmente abstracto, como conceptos puros permanentes. El *quid* es un principio básico y atemporal que se expresa en el tiempo pero que da cuenta del Derecho mismo. Por el contrario, las segundas consideran la oposición como una expresión de intereses enfrentados manifestada en la Historia. El *quid* no explica la realidad, sino que es un concepto elaborado con la finalidad, consciente o inconsciente, de encubrirla y justificarla.

La diferencia con la oposición estatutaria es también clara. La oposición estatutaria plantea la diferencia Derecho común/Derecho estatutario de un modo ahistórico y no ideológico, pero claramente favorable al primero y restrictivo del segundo. Desde el punto de vista de la lectura abiertamente ideológica que propone la teoría dialéctica, esto es un planteamiento estático y conservador, ya que el Derecho común refleja, mantiene y refuerza las estructuras preexistentes, y sólo el Derecho estatutario es apto para llevar a cabo una transformación activa de la sociedad (y no digamos para llevar a cabo una revolución).

Las teorías ideológicas sitúan el debate en su contexto histórico y nos recuerdan que los conceptos, aun los meramente técnicos y neutros, tienen un componente ideológico más o menos fuerte. Pero tampoco agotan la explicación del par ni explican todos sus interrogantes, y apenas aportan consecuencias jurídicas concretas para el jurista (aparte de las que se puedan derivar de una lectura política, como el uso alternativo del Derecho)²².

²² Aunque éste no es el lugar para un análisis crítico, la distinción Derecho público/Derecho privado es anterior en el tiempo a las revoluciones liberales y les sobrevive porque se refiere a una realidad más permanente. No estoy tan seguro de que la tensión entre intereses públicos e intereses privados sea lo mismo que el binomio Derecho público/Derecho privado. Por otro lado, la interrelación entre lo público y lo privado es con frecuencia más compleja, e incluye relaciones de oposición, pero también de cooperación y mutua utilidad o simbiosis. Es la misma sociedad y la misma mentalidad la que elabora y aprueba o mantiene en vigor ambas. Tan instrumento al servicio de intereses privados puede ser el uno como el otro. En una sociedad dada, la relación entre ambas ramas no es de oposición sino de complementariedad. No son los sujetos que se enfrentan, sino el campo en el que tiene lugar la batalla. Por ejemplo, el feudalismo suele explicarse como un momento de predominio de lo privado, pero también podría verse como el uso de instrumentos y medios privados al servicio de unos intereses públicos incapaces de valerse por sí mismos. El texto fundamental que reconoce el carácter natural, inalienable y superior al Estado de la propiedad es el artículo 2 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, un texto de Derecho público donde los haya, que parece en sintonía con (y no en oposición a) esa concepción

e) *Acción e Imperium (oposiciones asimétricas o de técnicas normativas)*

Llamo asimétricas a las teorías que renuncian a explicar el par Derecho público/Derecho privado y se centran únicamente en uno de los dos términos. Tanto la teoría de la acción (por el lado del Derecho privado) como la teoría del *Imperium* (por el del Derecho público) consideran como elemento definitorio el uso de una técnica normativa que sólo da cuenta de uno de los dos términos de la relación.

La teoría de la acción de August Thon considera que son normas jurídico-privadas aquellas que atribuyen a un particular (o a alguien a quien se trata como particular) una acción mediante la que puede ejercitar una pretensión como derecho propio directamente ante los tribunales²³. Esto es útil para valorar la posición de los particulares respecto a una regulación. Por ejemplo, una norma que regule los requisitos que debe tener una construcción de una vivienda para ser una VPO destinada a alquiler podrá ser considerada de Derecho público cuando atribuya al arrendatario una acción para exigir al promotor su cumplimiento ante los tribunales, pero solo en ese caso. En caso contrario, tendremos que considerarla de Derecho público, lo que no dejará al arrendatario más posibilidad que una mera denuncia de la infracción administrativa.

La teoría del *imperium* define el Derecho público como el propio de las Administraciones públicas en tanto que dotadas de *imperium* o facultades exorbitantes, es decir, como un Derecho especial por razón de la persona, por oposición al Derecho común aplicable al resto de los sujetos²⁴. Éste es también el

liberal del Derecho privado. Si la finalidad de la acuñación del binomio fue frenar la intervención expansiva del Estado a finales del siglo XIX, parece claro que no logró su objetivo. Y si los burgueses liberales del XIX querían inicialmente mantener al Estado al margen de la actividad productiva, también fueron ellos quienes favorecieron esa intervención cuando descubrieron la necesidad del Estado para crear infraestructuras y las posibilidades de inversión privada que generan las contratas públicas (para esto último, GALGANO, *Il diritto*, p. 41). Cuando Duguit afirma a principios del siglo XX que el Derecho clásico ha quedado desfasado porque ya no explica ni regula bien el funcionamiento de la sociedad de su tiempo, más compleja y socializada (DUGUIT, *Transformaciones, passim*), su crítica no se dirige sólo al Derecho privado, sino también al público.

²³ THON, *Norma jurídica*, pp. 141-143; CARRASCO, *Derecho civil*, pp. 21-29; DE CASTRO, *Derecho civil*, pp. 86-90; VILLAR Y ROMERO, «Distinción», pp. 30-35.

²⁴ Es la explicación estándar en Derecho Administrativo. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pp. 68-71 (cfr. también el resto de las pp. 49-86, totalmente impregnadas de la distinción). Con palabras de Hauriou, «Las leyes civiles constituyen el Derecho Común... La relación que existe entre el Derecho Común y las otras formas del Derecho es la que existe entre una regla y la excepción a esa regla» (citado por MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho Civil*, pp. 64-65). «Lo que justifica el interés de la distinción no es que el Estado sea parte, sino que tengamos

criterio empleado en Alemania para una distinción jurisdiccional que allí tiene especial importancia histórica (pues está ligada al inicio del sometimiento de la Administración a los tribunales)²⁵ y positiva (pues la decisión jurisdiccional es binaria entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa, y el criterio decisorio es la naturaleza pública o privada de la relación jurídica)²⁶.

Las teorías asimétricas no se identifican con ninguno de los sentidos anteriores. No tienen por qué coincidir con la explicación taxonómica. Por ejemplo, los tributos son una materia claramente pública desde el punto de vista taxonómico y desde la teoría del *imperium*, pero cuando a un particular la declaración del IRPF le sale «a devolver», desde su punto de vista de la teoría de la acción su derecho a reclamar el pago a Hacienda es una relación jurídico-privada para la que dispone de acción privada (sin perjuicio de la necesidad de previa reclamación administrativa y de que la jurisdicción competente sea la contencioso-administrativa).

No se identifican con ninguna de las teorías del *quid*, ni son ellas mismas una teoría del *quid* más, aunque a veces algunos autores las expongan como si lo fueran. Aquellas buscan una explicación holística, simétrica, omniabarcante, que da por presupuesto que los conceptos designan sendos mundos opuestos. Las teorías asimétricas se concentran en uno de los dos términos y renuncian totalmente a explicar el otro o el conjunto de la realidad jurídica a través del par. Carecen del carácter exhaustivo que es propio de los demás sentidos del binomio.

Al renunciar a una explicación única para los dos términos, puede pensarse que las explicaciones asimétricas son menos ambiciosas que las demás. Pero también cabe defender que son las que ofrecen más consecuencias jurídicas, y por tanto las más útiles desde el punto de vista estrictamente jurídico. Tal vez esa reducción de lo que aspiran a explicar sea también la clave de su utilidad.

3. CONCLUSIÓN

Si se admite lo anterior, parece que se pueden aislar al menos cinco planos semánticos en los que empleamos el binomio Derecho público/Derecho privado con distinto significado. El sentido con que decimos, por ejemplo, que

una regla distinta para el Estado», GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, p. 139, n. 14. También Savigny en otra definición distinta de la que hemos mencionado antes: el Derecho Público «tiene por objeto el Estado, es decir, la manifestación orgánica del pueblo», *Sistema*, I, p. 34.

²⁵ BULLIGER, *Derecho Público*, pp. 74-75.

²⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Derecho Público», pp. 947-948.

el arrendamiento es una institución de Derecho privado (taxonómicamente), no es el mismo con que decimos que el Derecho privado es el ámbito del reino de la libertad (Savigny) (teoría del *quid*), o que la LAU de 1994 ha devuelto la materia arrendaticia al ámbito del Derecho común (distinción estatutaria), o que el impago del arrendatario da al arrendador una acción de Derecho privado para resolver el arrendamiento y demandar el desahucio (teoría de la acción).

Todos estos usos del término «Derecho privado» son correctos, pero son distintos, porque su significado en cada una de estas frases es distinto cuando se «mide» por relación con su binomio. Si en un binomio dicotómico el significado de cada término «se apoya» necesariamente en el significado de su par, la conclusión parece ser que en cada contexto las palabras responden a preguntas distintas, pertenecen a conversaciones distintas, se encuentran en planos distintos, quieren decir cosas diferentes. Es decir, que estamos empleando las mismas palabras para designar conceptos distintos.

Tal vez esto ayude a explicar el aire de frustración que predomina al reflexionar sobre esta materia, especialmente en cuanto a las teorías del *quid*. Cada nueva teoría resulta frustrante porque aspira a explicar la razón de distinción del binomio en todos los demás ámbitos en que se utiliza y nunca lo logra. Pero debemos asumir que esto es lo normal. El problema no está en la deficiencia de las teorías, sino en que aspiran a algo que les supera. Ninguna única ratio puede explicar bien fenómenos que son esencialmente distintos. No puede haber una única respuesta para preguntas distintas. La coincidencia en el nombre genera la falsa sensación de que son lo mismo, pero no lo son. Solo diferenciando el sentido que asume el par en cada contexto podemos aspirar a aclararnos.

Al hablar de los distintos aspectos de una cuestión compleja que presenta caras muy distintas, es un tópico mencionar la fábula india de los ciegos que pretenden describir un elefante después de haber palpado una parte distinta cada uno, lo que les lleva a dar descripciones parciales y muy imprecisas²⁷. En este caso parece que, al contrario que en la fábula, unificamos mentalmente bajo un mismo nombre lo que en realidad son varios fenómenos diversos.

Esto tampoco debe resultar sorprendente. La economía lingüística lleva a usar palabras conocidas y consolidadas que se tienen a mano antes de inven-

²⁷ Para el origen y versiones de la fábula del elefante y los sabios ciegos, *vid.* https://en.wikipedia.org/wiki/Blind_men_and_an_elephant (consultado: 2-2-2016).

tar otras nuevas de dudoso éxito. El par Derecho público/Derecho privado tiene a su favor muchas cosas: el prestigio de su origen romano, una larga historia, su (engañosa) claridad, el atractivo de su carácter cerrado y omnicomprensivo. Especialmente para los que padecemos esa tendencia a la «violenta jerarquía»²⁸ clasificatoria, binaria, dicotómica y excluyente, tan característica de buena parte de la tradición jurídica occidental.

No puedo resistirme a mencionar en este contexto la teoría de la China pre-confuciana del *yin* y el *yang* (o la dualidad *yin-yang*)²⁹. Tal vez la relación entre ese par nos podría aportar algo si lo aplicamos al par Derecho público/Derecho privado. Refleja bien la oposición de los miembros que lo forman, pero también su complementariedad, el hecho de que ambos se contienen también mutuamente y que su interacción tiene lugar en un sistema dinámico en el que el todo es mayor que la suma de sus partes. Esta lectura nos recordaría que, aunque el ordenamiento es una unidad que pide ser comprendida y racionalizada, toda búsqueda de un *quid* definitivo debe ser relativizada, porque nunca agotará la explicación de los dos términos de la dualidad ni de la relación que existe entre ellos.

Este intento permanentemente insatisfactorio de aprehender el elemento esencial que subyace y origina una dualidad eterna puede recordarnos a la que se da entre lo masculino y lo femenino. Remite a una dualidad real fundada en el dato natural objetivo del dimorfismo biológico. Sobre ella llevamos milenios reflexionando con resultados encontrados, y probablemente nunca lograremos una explicación absoluta. Pero esto en el fondo es secundario, y no significa que la dualidad sea inexistente o irrelevante, ni que la diversidad cultural con la que se manifiesta carezca de fundamento natural, ni que podamos o debamos prescindir de ella³⁰. En la profundidad de las distinciones que nunca terminaremos de agotar se muestran tanto los límites del lenguaje con el que pretendemos conocernos como la riqueza de la realidad de la que formamos parte.

²⁸ En conocida expresión de DERRIDA, *Posiciones*, Pre-textos, Valencia, 1977, p. 55.

²⁹ Literalmente, «la ladera en sombra» (*yin*) y «la ladera soleada» de una colina (*yang*), pero el par se aplica también a otras dualidades: luna/sol, negativo/positivo, femenino/masculino, tierra/cielo, etc. Cfr. ZHANG, *An Introduction to Chinese History and Culture*, Springer, Berlin, 2015, pp. 283-317.

³⁰ A pesar de lo que propone la ideología de género, que pretende precisamente cuestionar la equivalencia, correlación y relevancia del par masculino/femenino en los ámbitos del sexo (biológico) y género (cultural).

Si el autor de estas líneas fuera deconstructivista o perteneciera a la escuela jurídica de los *Critical Studies*, ahora procedería una sección dedicada a desenmascarar cómo la inconsistencia teórica del binomio Derecho público/Derecho privado revela su carácter de puro instrumento encubridor de algún aspecto inquietante oculto en las oscuras mazmorras del subconsciente del pensamiento jurídico occidental³¹. Pero no es el caso. Una cosa es criticar las inexactitudes de un par conceptual y otra distinta pensar que esas inexactitudes lo deslegitiman. Nuestro método jurídico necesita como presupuesto metodológico aislar y definir conceptos abstractos con los que elaborar tipos que permitan atribuir consecuencias jurídicas a supuestos de hecho, que es, a fin de cuentas, el mecanismo básico que emplea el Derecho. No debe dejar de hacerlo porque a veces lo haga mal, ni porque, por definición, cualquier concepto jurídico abstracto sea vulnerable a un análisis con metodología deconstructivista.

Por todo ello, no dudo que el binomio Derecho público/Derecho privado debe conservarse. Es verdad, los juristas lo usamos con distintos niveles de significación sin ser conscientes de ello. Pero si a pesar de todo lo seguimos empleando en nuestro proceso de razonamiento, argumentación y comunicación, es porque remite a un significado compartido suficiente, porque cumple una función y porque aporta más de lo que entorpece. Simplemente, debemos reconocer que la variedad de significados afecta al rigor conceptual, y tal vez empezar a esforzarnos en aclarar en cuál de sus sentidos empleamos el par cada vez que lo hacemos³². Probablemente esta variedad de significados no articulados tenga que ver con que se le atribuyan tan pocas consecuencias jurídicas (y esto último con que su empleo frecuente no provoque demasiados estropicios). Tal vez una mayor reflexión sobre el tema pueda ayudarnos a aislar y comprender mejor cada uno de sus sentidos, lo que permitiría un uso más seguro, firme, y por ello útil, del binomio.

³¹ «Uno de los dos términos se impone al otro (axiológicamente, lógicamente, etc.), se encumbra. Deconstruir la oposición significa, en un momento dado, invertir la jerarquía... Se sabe cuáles han sido siempre los efectos prácticos (en particular políticos) de los pasajes que saltan inmediatamente por encima de las oposiciones», DERRIDA, *Posiciones*, p. 55. Por mencionar sólo dos ejemplos clásicos y brillantes de este modo de argumentar aplicados al Derecho, KENNEDY, «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, 89 (1976), pp. 1685-1778; BARON, «Gifts, Bargains and Form», 64 *Indiana Law Journal* (1989), pp. 155-203.

³² Como, por otra parte, ya ocurre con la palabra «derecho», especialmente desde que Hohfeld diferenciara sistemáticamente sus distintos significados en 1911 (cfr. *Fundamental Legal*, pp. 35 y ss).