

LA DISTINCION DE LO PUBLICO Y LO PRIVADO, SEGUN LA CONCEPCION COMUNITARIA DEL DERECHO

Por el Dr. Lino RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. Profesor auxiliar de la Universidad de Madrid.

SUMARIO:

1. La cuestión en el Derecho romano: posición crítica de DULKEIT.
2. El principio unitario de los germanos. 3. Exaltación del Derecho privado en la Edad Media. 4. Renacimiento: carácter político de la distinción. 5. Tendencias de la doctrina moderna: KELSEN, De CASTRO y HERNANDEZ-GIL. 6. El Derecho civil, coordinador del cuerpo social.
7. Los principios de comunidad y personalidad: distinción de las relaciones jurídicas. Últimas aportaciones de DE BUEN y Alvaro D'ORS.

En la época embrionaria del estado social, todas las relaciones son de Derecho privado, y, podemos afirmar, que el *paterfamilias* lo es todo. El grupo adquiere, en estos tiempos, una relevancia extraordinaria: el hombre nace hijo de él y las normas coactivas toman su fuerza en el mismo, que encarna el poder. Esto no es óbice, para que en algunos pueblos, ejemplo Grecia, existiera un esbozo de distinción; pues el Derecho público exige la presencia del Estado, aunque sea de estructura rudimentaria, y éste es producto de sociedades civilizadas.¹

Surge el desdoblamiento del Derecho en Roma, al constituirse la *civitas* sobre las *gentes*, conservando éstas su autonomía. Desde este instante, se sitúan Estado e individuo frente a frente, porque el poder absor-

¹ VILLAR y ROMERO, *La transformación del Derecho privado en Derecho público*. "Rev. Drcho. Priv.", 1943, p. 414.

bente de aquél reduce la antigua competencia familiar a ser un organismo de carácter ético.² Siempre se ha dicho que el *ius publicum* era el derecho del Estado, mientras el Derecho privado era el derecho de los individuos (*ius singulorum*); el Estado estaba por encima y fuera del Derecho privado; el individuo no tenía derecho contra el Estado, sino únicamente contra otros individuos. Cuando el Estado romano entraba en relaciones comerciales con los individuos, no se despojaba nunca de su carácter de legislador y soberano; sólo en la época imperial se comenzó a esbozar la distinción entre el Estado como ente exclusivamente público y el Fisco, en el que se manifestaba el aspecto patrimonial de la personalidad de aquél.

Empero, la distinción del Derecho en público y privado, que indiscutiblemente presenta un valor histórico, parece ser que obedece en un principio a una diferenciación de origen y, sólo más tarde, cuando el Estado absorbe todos los poderes sociales, se basa en el carácter funcional de la norma jurídica.

Durante las XII Tablas, se dice que las declaraciones de los particulares crean Derecho. *Uti lingua nuncupassit ita ius esto*. El *ius privatum*, deriva su fuerza inmediatamente de la *nuncupatio* privada y la ley no hace más que reconocerlo. Sólo después, cuando todo el *ius* se concibe como estatal, la *nuncupatio* no hace más que poner en movimiento unos efectos legales, y de este modo el *ius privatum* acaba siendo también creación de la ley. Así parece insinuarse en Livio cuando dice: *fons omnis publici, privati que iuris*. Es el momento en que desaparece la antigua distinción entre formas de producción del *ius*, surgiendo una nueva diferenciación entre lo público y lo privado, caracterizada por la finalidad de las normas jurídicas, todas ellas ya estatales. A este momento corresponde la definición de Ulpiano: las normas que miran al Estado son de *ius publicum*, aquellas otras que están a disposición de la *utilitas singulorum* son de *ius privatum*.³

Para Gierke, esta distinción de aspectos del Derecho —lo privado y lo público—, que nos ofrecen los romanos por mediación de Ulpiano, es una expresión de la doble determinación de la existencia humana, basada sobre las dos facetas del hombre: la individual y la social. Por eso el Derecho, como orden de vida externa, halla ante sí esta doble estructura de la vida humana, que satisface con sus dos diferentes fines; de un lado,

2 URSICINO ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, p. 210. 1944.

3 ALVARO D'ORS, *De la "privata lex" al Derecho privado y al Derecho civil*, en "Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", pp. 36 y 37. 1949.

se propone la limitación y la protección de las esferas del individuo; y de otro, la construcción y la garantía de vida de la comunidad.⁴

Mas, aunque sin duda alguna la contraposición de Ulpiano sigue considerando las dos esferas de actividad del hombre, ha perdido el carácter profundo que revistió en un primer momento, según la hemos visto reflejada en las XII Tablas. Allí no se oponían *lex publica* a *lex privata*, sino *lex* a *ius*; es decir, no todas las normas dimanaban de la *lex*, sino que, por el contrario, frente a su poder se levantaba el del *populus*, creando derecho, las normas que establecían entre sí los particulares, y que el Estado, a lo más, no hacía otra cosa que reconocer.

Este origen de la distinción, ha provocado modernamente una abundante literatura que trata de hacerla destacar. Para Ehrlich, todas las normas, incluso las que hoy se consideran de Derecho privado, por regularlas el poder estatal, serían *ius publicum*, por cuanto el *ius privatum*, correspondería al derecho creado por la autonomía privada.⁵

Esta es también la tesis desarrollada por Gerardo Dulkeit, en su obra *Oeffentliches und Privatrech im römischen Recht*,⁶ al relacionar el *ius publicum* con el concepto de *lex publica*, constituyendo su contenido las normas jurídicas emanadas del Estado, mientras la *lex privata* sería la regla de conducta fijada por los propios particulares en sus relaciones entre sí.

En Italia, se ha propugnado esta distinción por Silvio Romano, Luzato, Lombardi, Guardino, Grosso y otros. Es por lo que De Francisci dice, que en un principio se oponían en el Derecho romano, la norma emanada de la *civitas* y el *ius*, surgido de las entidades infraestatales. Sólo cuando se amplían las fuentes del Derecho estatal, es cuando el dualismo *lex-ius* desaparece dejando paso al de *ius publicum-ius civile*; puesto que todo el Derecho ha sido reducido al del Estado, no pudiéndose hablar ya de dos ordenamientos situados en planos distintos: el de la *civitas* y el de los organismos inferiores.⁷

En España, se han ocupado de esta posición doctrinal, Ursicino Alvarez (*op. cit.*, pp. 211 y ss.), José Pérez Leñero (*Sobre la distinción roma-*

4 *La función social del Derecho privado*, trad. de Navarro de Palencia, Madrid, Ed. Reus, 1904. p. 15.

5 *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, I, pp. 159 y ss. 1902.

6 *Zeitschrift der Akad. f. d. Recht.*, 1935, pp. 277 y ss.

7 *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, Scritti Ferrini, Milán, 1947, pp. 211 y ss.

na entre "*ius publicum*" y "*ius privatum*", en "Rev. Información Jurídica", 1949, pp. 878 y ss.), Alvaro d'Ors (*op. cit.*, pp. 29 y ss.), Juan Iglesias (*Instituciones de Derecho romano*, Barcelona, 1950, p. 15) y otros.

Para D'Ors, la contraposición *publicum-privatum*, presenta una diferenciación meramente formal, por estar basada en el hecho de la publicidad. Es natural que lo público haya sido objeto de una *publicatio*, mediante la cual se convierte en patrimonio de todos, entre tanto el *ius privatum* permanece reservado al conocimiento de los que intervienen en el negocio (*op. cit.*, pp. 31 y 32).

Con todo, aunque la distinción de lo público y lo privado presente en Roma un aspecto formal, no cabe duda que tuvo siempre una justificación más profunda. En primer lugar, cuando el Estado no fué lo suficientemente fuerte para absorber toda la vida del *populus*, el Derecho surgía de los organismos consuetudinarios que estructuraban aún la vida del país; el Derecho brota de lo infraestatal; sólo la *lex* emana del Estado. Después, al subordinarse toda la vida del *populus* al poder estatal, ya no hay más Derecho que el proveniente del Estado. Bien es verdad, que las normas jurídicas, unas se dirigen al individuo y otras a la comunidad; pero siempre, dentro del Estado.⁸

Luego la distinción, a través de los dos estadios expuestos, ahinca sus raíces en lo más profundo de la vida social del pueblo romano, en su estructuración como sociedad política. A pesar de todo, como la organización de la familia en Roma, que es el núcleo vital en el cual centra el Derecho privado, es a semejanza de la del Estado, la diferenciación entre lo público y lo privado no era esencial sino meramente de esferas.

2. Los *germanos* no dividen, dan reglas de Derecho; el Derecho es único y abraza indistintamente relaciones estatales e individuales. Así, pues, en el Derecho medioeval alemán era desconocida la distinción entre estas esferas del *ius*. No había Estado soberano, ni individuo alguno soberano. El Estado quedaba absorbido en los individuos y en las infinitas divisiones sociales: abandonó la esfera moral-espiritual a la Iglesia, y la vida económica a la sociedad. El individuo quedó encerrado en la comunidad; y en la familia y en la corporación desarrolló su vida entera.⁹ Los deberes públicos, hoy los más característicos (servicio militar, obligación de pagar los impuestos), no resultaban de la cualidad de súbditos, sino

8 BONFANTE, *Historia del Derecho romano*, trad., 1944, I, p. 185.

9 GIERKE, *op. cit.*, p. 18.

de obligaciones voluntariamente contraídas; con los derechos cuya naturaleza privada es hoy más clara se vinculaban obligaciones de carácter público, por ejemplo: obligaciones militares. La capacidad civil hacíase depender de la aptitud para el manejo de las armas, e incluso los cargos públicos, y las jurisdicciones se ejercían por títulos privados.

Fué la recepción del Derecho romano la que aportó la neta distinción entre el Derecho público y el Derecho privado.¹⁰ Esta tesis propugnada prístinamente por Gierke, ha sido impugnada, por von Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters 1914*, pp. 288 y ss.

3. La *Edad Media* supone el período del triunfo y exaltación del Derecho privado, hasta el punto de que el Derecho público corrió el riesgo de ser absorbido por aquél.¹¹ El mismo Estado viene a identificarse con la persona del soberano y es como un objeto de su patrimonio.

4. Por fin, en el *Renacimiento* cunde definitivamente la separación, y Maquiavelo impone una serie de postulados favorables al Príncipe, que debe determinar sus acciones mirando únicamente al interés del Estado, no del Derecho. Sólo mucho después Savigny, en contradicción con su misma base doctrinal, pero con intención política defensiva, trata de quitar carácter político a la distinción reduciéndola a la categoría de clasificación técnica.

5. Con todo, la *doctrina moderna* no logra librarse de las influencias individualistas e incluso fracasa técnicamente, al no ser capaz de colocar, de modo indiscutible, a cada institución dentro de su correspondiente categoría. El absolutismo estatal, por último, no consigue superar el dilema individualista (individuo o comunidad), lo lleva tan sólo a su extremo, suprimiendo jurídicamente a la persona.¹²

La antítesis entre Derecho público y privado —ha dicho Kelsen—,¹³ si bien constituye la espina dorsal de la entera sistemática de la teoría del Derecho, en cuanto se indaga su fundamento, se cae en medio de un caos de opiniones doctrinales contradictorias. En el terreno de la doctrina pura del Derecho, no cabe la distinción entre Derecho público y privado,

10 RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 47 y 48.

11 VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 416.

12 DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 1942, I, pp. 67 y 68.

13 *Diritto pubblico, e privato*, en "Riv. intern. di. Filos. del Diritto", 1924, pp. 34 y ss.

que obedece a razones históricas y políticas; hay que proclamar la unidad del Derecho.¹⁴

Esta influencia política en la distinción ha sido advertida en nuestra patria por el profesor de la Universidad Central, don Federico de Castro,¹⁵ quien dice, que el absolutismo estatal procurará la supresión del Derecho civil (legislación soviética), y el positivismo mercantil privatizará el Derecho político, incluso concibiendo al Estado como una sociedad por acciones.¹⁶

Sin embargo, nosotros consideramos que el legislador ruso no se propuso en su tarea legislativa, fundamentalmente suprimir al Derecho civil, sino que, por el contrario, la idea que le inspiró fué proyectar en el terreno jurídico, los principios filosóficos del *Manifiesto comunista* de Marx y Engels; si bien, como secuela, se había de obtener la supresión del Derecho civil producto de la Revolución francesa, que es el vigente en los países capitalistas.

Otros autores, entre ellos, nuestro maestro Hernández-Gil,¹⁷ cree más factible distinguir entre lo patrimonial y lo extrapatrimonial, que entre lo individual y lo general.

6. En fin, lo importante es recoger que el Derecho civil —por ser Derecho positivo—, se basa en el Derecho natural, según Santo Tomás, que no está sujeto a contingencias, mientras que el orden jurídico positivo no es más que el reconocimiento y garantía de las mismas. Por eso, el fin del Derecho no es tanto, lograr la protección egoísta de los hombres, como hallar la coordinación del cuerpo social.

Desde luego, la actividad del individuo no repercute ya solamente en la esfera del grupo, sino trasciende al exterior.¹⁸ Esto ha motivado, de consiguiente, una invasión de la zona privatista, por parte del Estado como medida de precaución propia. Pero si el Estado es, generalmente, presu-

14 Se nos ha tratado de explicar recientemente esta concepción unitaria como expresión de la "publicitación" del Derecho civil, que respondiendo a exigencias de la socialización, hace necesario la intervención de la fuerza superior del Estado, quien reclama el control de las instituciones del Derecho privado, con la promesa de que dicha intervención desaparecerá más tarde. Ripert, *Le déclin du droit*, París, 1949, p. 37 a 39 y 65.

15 *Op. cit.*, pp. 53 y 70.

16 *Op. cit.*, p. 68.

17 *Op. cit.*, p. 65.

18 HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, p. 74.

puesto necesario para cualquier norma positiva, las leyes civiles constituyen, precisamente, la contextura que coordina la vida de la sociedad de una manera general y permanente, dando solidez a lo que es la base misma del Estado, mientras que las leyes políticas quedan, y de hecho lo son, periódicamente desprestigiadas, sin que el Estado como tal Estado sufra con ello una merma esencial.¹⁹

Por tanto, no puede hablarse, sinceramente, de una tal invasión y sí más acertadamente —como evidencia Alvaro D'Ors—, de la marcha paulatina hacia la formación de un nuevo Derecho civil, que rompiendo con los moldes clásicos individualistas, se eleva resueltamente a la colaboración estrecha del hombre y la sociedad.

Hoy ya no predomina el encono en la distinción, sino intercede como paliativo la armonía dada entre lo individual y lo social,²⁰ pues se ha rebasado el concepto kantiano de la coexistencia de derechos, del derecho "límite".²¹ No hay una autonomía del Derecho con respecto a lo sociológico, aunque tampoco se agote en ello. Resolver el problema en el plano de la "teoría pura", es negarse a plantearlo.²²

Se tiende a constituir una nueva base tomando en consideración a la sociedad y al individuo, tendiendo a una conjugación de sus funciones,²³ en la cual, el sistema de contratación que gira en torno a la idea de antagonismo, se halle presidido por la de cooperación.²⁴

Es notorio, que en la vida jurídica han pasado al primer plano conceptos que han venido a renovar la contextura del ordenamiento positivo, que se conjugan en la nueva concepción legislativa, subordinándose los

19 ALVARO D'ORS *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, 1943, pp. 18 y 19. "Las instituciones políticas influyen en el Derecho privado, pero es sólo con su espíritu y en armonía con otros elementos; en cambio, las instituciones civiles, con la organización de la familia, de la propiedad y de la sucesión hereditaria, son la base y apoyo de las instituciones políticas". DURÁN y BAS, *La Escuela Histórica; Savigny, Estudios*, 1ª serie, 1888, p. 247.

20 GASCÓN y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 1921, 1, p. 84.

21 FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia jurídica*, Napoli, 1917.

22 HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, p. 69.

23 DOMENICO GIURA, *op. cit.*, p. 21.

24 HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, p. 67. No obstante, creemos nosotros que en los contratos no debe desaparecer lo antagónico, pues la contraposición de intereses particulares es lo típico del contrato, sino que el interés individual en su pugna no predomine sobre el bien común, que representado por la causa del contrato debe presidir la distinción entre aquellos intereses.

intereses particulares al principio del Bien común. Sólo por una abstracción podríamos separar al individuo del ambiente en que vive: nace y se desarrolla en el "grupo", pues todos sus actos son trascendentes a él mismo. Por eso, es el Derecho civil, como emanación del Derecho general, el regulador fundamental de la vida comunitaria, no habiendo, en esencia, variado sus postulados básicos al permanecer idéntico, más o menos, a como fué concebido por los juristas romanos hace dos mil años.²⁵

Sin embargo, al haber surgido nuevas necesidades sociales que el Derecho no puede ya satisfacer desde su postura romanista, apremia infundir a sus instituciones un sentido ideológico capaz de llenar estas aspiraciones de los pueblos a que se aplica. La concepción ideológica que requiere el Derecho civil actual es la comunitaria. Esta exige, la construcción de una nueva técnica jurídica, adecuada a la realidad social que es menester estructurar.

Hacemos esta afirmación tajante, porque el Derecho civil no puede continuar estando al servicio exclusivo de una clase social. El Derecho no es instrumento en manos de una persona individual o social; él tiene como misión fundamental —ya lo hemos dicho—, alcanzar la coordinación del cuerpo social.

A este fin, la teoría comunitaria del Derecho nos ofrece, una concepción jurídica que no toma como punto de partida, el hombre abstracto de la Revolución francesa apoyando toda la vida de la nación, en el contrato; pues de este modo no conseguiría más que llevar a la práctica la definición tan conocida de Ihering, sobre el derecho subjetivo, como interés jurídicamente protegido. Se ha comprobado que protegiendo intereses individuales o de grupo, no se sirve a la Justicia, ni los pueblos progresan. Por eso, el Derecho ha de estructurar jurídicamente la sociedad, contemplando al hombre como "ser comunitario". Esto es, ante todo como miembro de comunidad; si bien no desconociendo que en él si reflejan una existencia individual y una parte de la vida total; ambos aspectos entrelazados en indisoluble unidad, por cuanto nuestro dualismo de el hombre-miembro y el hombre-voluntad (gozando de un ámbito de libertad), es sólo producto de nuestra imaginación. Lo que nosotros llamamos individuo y comunidad, son sólo necesarias abstracciones ideales de nuestra razón deficiente para abarcar la totalidad del hombre histórico.²⁶

25 VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, pp. 411 y 412.

26 GIERKE, *op. cit.*, p. 16.

Precisamente, un autor alemán a que aquí nos venimos refiriendo frecuentemente, Gierke, y que tanta influencia ha tenido en la Escuela institucional italiana, sobre todo en Santi Romano, ha dejado escrito: "Necesitamos un Derecho público que sea todo él Derecho; que establezca una relación de reciprocidad entre el todo mismo y sus partes, entre la comunidad más elevada y toda otra asociación más reducida, entre la comunidad y el individuo; que el Estado entero esté saturado de él y lo limite; que aunque coloque, en un primer término, los deberes para con el todo, conceda y garantice a la vez, sin embargo, a los miembros, derechos contra el todo; que conceda al más insignificante participación en el Estado; que parta de la necesidad y de la estabilidad de la vida común, y, sin embargo, reconozca también la libertad individual. Y necesitamos un Derecho privado, en el cual viva y palpite la idea de comunidad, a pesar de todo el respeto a la inviolable esfera del individuo. En una palabra, nuestro Derecho público debe estar alentado por el hábito de libertad jurídica que postula el iusnaturalismo, y nuestro Derecho privado, ha de suavizarse con una gota de aceite socialista".²⁷

Luego, aquí contemplamos al individuo y a la comunidad, no frente a frente desenvolviéndose en compartimientos separados, ni absorbidos el uno por el otro, sino a la persona individual enmarcada en las instituciones que le dan poder y arraigo. Sólo de este modo es posible, una evolución progresiva de los pueblos a que se aplica un Derecho que responde auténticamente a la realidad social, lo que sólo puede ser consecuencia de un régimen institucional, que procura no exponerse al peligro de las revoluciones. En la institución el freno de lo perdurable, utilizado con prudencia, limita ciertamente el afán, muchas veces justificado, de reformas; pero permite llegar a éstas sin violencia excesiva y les insufla viabilidad.²⁸

Así, pues, en toda norma de Derecho aparecen conjugados los dos principios fundamentales de toda vida social: el de la personalidad y el de la comunidad.

7. Mas en el Derecho actúan —según acabamos de indicar—, dos grandes principios constructivos: el de la comunidad y el de personalidad; ambos dirigidos hacia el fin común y en constante y necesaria colabora-

²⁷ *Op. cit.*, pp. 23 y 24, E. WOLF, *Rudolf von Ihering-Otto von Gierke*, Madrid, Ed. Derecho Privado, trad. de Truyol Serra, p. 114.

²⁸ DE BUEN, *Obligaciones especiales y obligaciones institucionales*, "Rev. Cubana del Derecho." 1943, p. 272.

ción; los dos aparecen siempre en todas las normas, aunque uno de ellos quede en segundo término. Presididos por cada uno de estos principios se constituyen dos conjuntos bien caracterizados de normas; tratan unas, de la reglamentación, estructura, defensa y funcionamiento del Estado (Derecho político), y otras, de la situación, estado y convivencia de las personas dentro del Estado (Derecho civil).²⁹ La distinción entre Derecho político y civil, es básica y evidente: no se divide el Derecho positivo en dos campos o esferas separadas, sino que se clasifican sus reglas según las dos direcciones —*duae positiones*—, hacia las que puede orientarlas sus dos grandes principios informadores (personalidad, comunidad).³⁰

En conclusión: la distinción del Derecho no tiene sentido, sino es la expresión de una distinción de las relaciones jurídicas; en una palabra, la distinción de la norma es simplemente funcional.³¹

El Derecho civil sigue abrazando, tanto al Derecho privado como al público; es decir, siendo un Derecho de carácter general.

Mucho cuidado de que esta unidad del Derecho se confunda con la estatificación de todo el Derecho positivo, para llegar a obtener como consecuencia una publicitación de las instituciones, incluso de carácter privado. Sería la misma unidad que presenciamos en Roma, cuando el Estado aniquiló los organismos que salvaguardaban al individuo, a fin de quedarse frente a él solo, y poderle así someter a su arbitrio.

Afirmamos la unidad del Derecho; pero la negamos cuando es impuesta por el Estado soberano; pues si se admite la prepotencia de los dos principios, el de la personalidad y el de la comunidad, no se puede a continuación propugnar la subordinación de estos a la institución estatal.

He aquí, pues, cómo aspiramos a una unidad del Derecho auténtica, que no sea fruto de un poder absoluto, sino consecuencia de una pluralidad de instituciones jurídicas con sustantividad propia, de las cuales brota de abajo a arriba la norma de Derecho como expresión de una unidad del poder social, que se haya integrado por las voluntades de las personas sociales e individuales.

29 Nosotros preferimos decir: dentro de la comunidad, que aleja de nuestra mente toda idea que pudiera hacer referencia a un concepto totalitario o hegeliano del Estado.

30 DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

31 DE CASTRO, *op. cit.*, p. 68. y Benvenuto DONATI, *Fondazione della scienza del Diritto*, 1929, I, p. 161.

Por eso, en una sociedad estructurada jurídicamente con sentido comunitario, el Derecho público implica un sistema de "situaciones", mientras el Derecho privado lo es de "relaciones". Relación quiere decir, nexo trabado por la actividad de la autonomía privada, en tanto la situación supone ubicación dentro del supuesto previsto por el ordenamiento jurídico en la norma.

D'Ors, ha querido vislumbrar en esta distinción de situaciones y relaciones, la existente en el Derecho romano, entre autonomía privada y norma estatal: entre *ius* y *lex*. Si no es del todo cierto, por la extensión que hoy día tiene el poder estatal que apenas deja ámbito libre a la actividad privada, al menos se debe aspirar a que lo sea. Pero no dentro de un pluralismo jurídico anárquico, sino de un pluralismo jurídico armónico; esto es, pudiéndose contrarrestar los diferentes poderes sociales que conviven en la comunidad, pero dentro de una jerarquía y una autoridad.

Es por lo que resulta patente la unidad del Derecho, en el sistema que propugnamos, sin menoscabo de la libertad jurídica individual y social, que queda así de esta manera garantida y limitada. Los dos principios orientadores —personalidad, comunidad—, conjugándose en todas las normas jurídicas, acusarán al factor social o individual, según convenga a las necesidades del bien común. No hay peligro de que el carácter funcional de la norma, se desvirtúe poniéndolo al servicio de intereses particulares —sean individuales o estatales—, cuando dicha norma no emana de un poder arbitrario —se llame Estado o como se quiera—, sino que su elaboración es consecuencia de un pluralismo jurídico de carácter armónico.

Por consiguiente, el Derecho privado, como derecho de la libertad civil institucional, es una garantía de la expansión de la personalidad humana, que amenazaría perderse si la libertad se abandonara a sí misma o si todo el derecho institucional se convirtiere en público, el hombre en todos los instantes de su vida en un funcionario, y el hogar en una oficina, un cuartel o un falansterio.³²

Sin embargo —repetimos—, que no se piense que los derechos privados interesan exclusivamente al individuo. La norma positiva no mira nunca al individuo en una actividad vital independiente, si no en una actividad encaminada a la consecución del bien común.³³

De aquí, el que muchas instituciones puedan ser consideradas a la vez desde los dos ángulos visuales de la situación y de la relación. Así, v. gr.,

32 DE BUEN, *op. cit.*, p. 277.

33 JUAN IGLESIAS, *op. cit.*, p. 18.

la compraventa, en la que contemplado el contrato desde el punto de vista de la relación bilateral que surge entre los contratantes, adoptaremos una posición privatista; pero si consideramos este mismo negocio desde el carácter publicístico de la norma, en cuanto la ley impone a las partes unos ciertos efectos y límites, la figura adoptará inmediatamente la estructura de una pieza de un sistema de situaciones: los contratantes no hacen más, en este sentido, que colocarse en situación tal de que la norma surta sus efectos.³⁴

Este doble aspecto, privado y público, que presenta toda norma jurídica, ya decíamos que es consecuencia de estar integrada por los dos principios orientadores señalados. En nuestro estudio *Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo*,³⁵ ya recogimos ejemplos de estas dos facetas de las instituciones de Derecho privado, refiriéndonos a la propiedad y al usufructo.³⁶

Nos congratulamos de que el profesor Alvaro D'Ors adopte al respecto esta posición doctrinal; sólo nos extraña que no trate de obtener de la misma sus últimas consecuencias, ya que de este modo revestiría al término "situación" de una mayor amplitud de acción. No se reduciría a la que se crea por aplicación de la norma limitadora estatal, sino que se extendería a todas aquellas situaciones surgidas por una abdicación del individuo de su libertad personal, dentro de ciertos límites, para someterse a un orden regulado por la voluntad social, aunque generalmente sea por la ley.³⁷

En fin, enfocada la cuestión desde el ángulo comunitario, la "situación" deriva de toda posición de *status*, que es la relación que liga al individuo con un agregado social; en la cual no aparece aquél como ente independiente sino subordinado, sometido a las normas que emanan del poder del agregado social; es decir, que el *status* hace referencia a los derechos y deberes que corresponden a una persona individual como consecuencia de la posición que ocupa en una institución en virtud de su conciencia institucional. Dusi en su *Filiazione* ha dicho: "posición que corresponde a cada uno de nosotros por ingresar en determinadas colectividades organizadas de personas, de las cuales formamos parte en la mayoría de los casos,

34 D'ORS, *op. cit.*, p. 41.

35 En colaboración con don Ismael Peidró, en "Rev. Legisl. y Jurisp.", marzo 1948, y sep. Ed. Reus, con presentación de José Castán Tobeñas.

36 Páginas 292 y 301.

37 DE BUEN, *op. cit.*, p. 264.

natural y necesariamente". Cicu también constriñe este concepto, a la situación que ocupa una persona en las colectividades organizadas necesarias aun cuando amplíe el término a la posición que se tiene como miembro de una familia, aunque ésta no esté organizada como persona jurídica.³⁸

Nuestra posición proviene de la idea que tenemos de la institución, como "agregado o cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias del bien de la comunidad, y del que derivan para sus miembros situaciones objetivas jurídico-personales —*status*—, que les invisten de derechos y deberes estatutarios". En otro lugar explicamos detenidamente esta cuestión.

Luego, de esta guisa, el concepto "situación" no sólo se limita a la relación jurídica establecida entre el individuo y la norma estatal, sino que se extiende a todo nexo que surge entre la persona individual y un agregado o cuerpo social, con personalidad jurídica o no.

Así, v. gr., el trabajador respecto a la posición que ocupa en su empresa; el hijo en su familia; el propietario en su propiedad. Incluso a veces puede surgir como consecuencia de las relaciones que unen a dos ordenamientos jurídicos diversos; ejemplo, a los ordenamientos positivo y natural: la posición del deudor natural en la órbita del Derecho positivo.

Empero, este carácter público de la "situación", abarca tan sólo al aspecto externo de las relaciones que se establezcan entre las instituciones o como miembros de las mismas, quedando reservado al Derecho privado —con las cortapisas ya indicadas—, el regular los nexos que se establezcan libremente por los particulares.

Esto así, coincidimos con Cesarini Sforza, quien ha negado el carácter de Derecho privado al conjunto de normas estatales dirigidas a regular las relaciones individuales. Creemos con él, que el Derecho privado se caracteriza, por ser las relaciones jurídicas que establecen entre sí los individuos —en el seno de una institución o de la comunidad—, en el ámbito de libertad reservado a la persona individual, por lo que sus preceptos no emanan del Estado.³⁸

38 *El concepto de "status"*, trad. de Jorge Barrera, en Rev. "Jus", México, enero 1949, pp. 45 y 56.

39 *Il diritto dei privati*, "Rev. it. per le Scienze giuridiche", Roma, 1929, pp. 43 y ss.

En una palabra, que el Derecho privado sigue amparando la "autonomía contractual". Así lo ha entendido el Código italiano, disponiendo en su art. 1322, que "*le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

(Nota final). Para un estudio detallado de las distintas teorías referidas a estos derechos, véanse: ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 1906, I, 5. "Dicha distinción tiene una carácter esencialmente histórico sin que tenga un contenido científico", Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 630. "Dicha distinción, aunque señala una división o diferencia real, no puede originar una clasificación de las instituciones jurídicas". POSADA *Tratado de Derecho administrativo*, 1923 p. 116: "Dentro de la relatividad histórica y en el momento actual, se suele calificar de Derecho público al que regula las relaciones de los entes colectivos en cuanto tales, ya entre sí, ya hacia sus miembros; y de Derecho privado al que ordena las relaciones jurídicas en que se hallan los individuos en cuanto tales, no como miembros de los entes colectivos". Antonio DE ROBLES VINOLY, *Distinción del Derecho en público y privado*, "Rev. Crit. de D. inmov.", 1934, p. 748. "Se debe a los modernos escritores una moderna delimitación de las dos esferas del Derecho, puesto que una partición rigurosa no es posible si se tienen en cuenta las relaciones que unen entre sí aquellas dos ramas, según las cuales el Derecho público se presenta como medio de garantía del Derecho privado, y éste determina en un cierto modo la evolución de aquél, respondiendo así uno y otro a principios eminentemente político-sociales." Domenico GIURA *Introduzione allo studio della scienza dell'Amministrazione*, Bologna, 1895, p. 21: "Colocada la división en Derecho público y privado como base de todo el sistema jurídico, es natural que la doctrina se ocupe de ella y de encontrar un criterio exacto de división. El tiempo va mostrando la vanidad de estos esfuerzos y cada autor ensayará una nueva solución. Así, a principios de siglo se podrían contar diez y siete teorías y hoy se podría llegar sin dificultad al medio centenar". Federico DE CASTRO, *op. cit.*, p. 62.