

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Por el doctor Miguel VILLORO TORANZO

Profesor de la Universidad Iberoamericana

Es claro —sobre todo después de los estudios de Hans Kelsen— que todas las normas del Derecho aplicado en un país moderno forman un sistema unitario, que en el mismo están ordenadas jerárquicamente, que todas ellas son válidas por la promulgación (expresa o tácita, directa o delegada) que hace de ellas “aquel que tiene a su cuidado la comunidad” y que su cumplimiento depende en última instancia de la fuerza coactiva de la cual es detentador exclusivo el Estado.

Pero la distinción entre Derecho público y Derecho privado sigue conservando su utilidad no sólo desde el punto de vista teórico, gracias al cual podemos distinguir aspectos diferentes en las normas que forman el “sistema normativo unitario” que es el Derecho positivo de un país, sino también desde el punto de vista práctico, porque las distinciones teóricas nos permiten conocer la diferente forma de aplicación que tienen las normas de Derecho público y las de Derecho privado. Más aún, esta distinción es necesaria como una introducción al estudio de lo propio de cada una de las ramas del Derecho.

Falso criterio de distinción por esferas opuestas de intereses

Por consiguiente, la distinción entre Derecho público y Derecho privado no debe verse como un intento de constituir dos esferas jurídicas diferentes que se enfrentarían entre sí, al modo como algunos tratadistas racionalistas pretenden enfrentar el Derecho positivo al Derecho natural. Esta concepción tiene su origen en una equivocada interpretación del conocido pasaje de Ulpiano: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem pertinent; sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatim.*¹ Se ha querido ver aquí una dicotomía entre dos esferas de intereses: la del interés público como opuesta a la de los intereses de los particulares, como si el bien común pudiera divorciarse del bien de los individuos en las normas jurídicas. Ambos bienes son fines de todas las normas jurídicas, pues no sería Derecho una norma que no atendiera al bien común, ni se puede realizar el bien común

¹ *Digesto I, 1, § 2; Instituta I, 1, § 4.*

sin atender al bien de todos los miembros de la sociedad. Si el Estado protege intereses particulares, es porque tiene en dicha protección un interés público. Si los particulares acatan las normas de interés público, es porque tienen en dicho acatamiento un interés que hacen individual. Intereses público y privado se hallan presentes en toda norma jurídica, aunque sí se puede decir que en unas normas se acentúa más un interés que el otro.

El sentido de las distinción romana

El texto de Ulpiano debe ser interpretado en el marco de la evolución histórica del Derecho romano. Y lo que nos refiere la historia es que el concepto de *res publica romana* aparece cuando las antiguas tribus de los Ramnes, Tities y Luceres (cada una de ellas agrupando numerosas *gentes*) quedan confederadas políticamente bajo la presión de los conquistadores etruscos. "Antes de la conquista etrusca, que se sitúa a mediados del siglo VII antes de Cristo, así como no existe propiamente una ciudad de Roma, tampoco hay un Estado romano ni, en consecuencia, una constitución unitaria romana".² Los conquistadores no estaban interesados en suprimir el viejo Derecho consuetudinario bajo el cual vivían los conquistados, sino tan sólo de imponer limitaciones a la autonomía de los grupos familiares en lo que concerniera a las relaciones entre ellos y a la subordinación de los mismos a una autoridad mayor, la de la *civitas* o *urbs*.³ Es entonces cuando aparece la distinción entre *utilitas publica* o *utilitas communis* por una parte y *utilitas privatorum* por otra, a la que corresponde la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*. El primero es el Derecho que se refiere a la existencia, organización (*status*) y funcionamiento de la nueva unidad política, es decir, de Roma o, si se prefiere, de la *res publica romana* (frente a sus ciudadanos o súbditos, y frente a Estados extranjeros). En cambio el segundo regula las relaciones de los individuos entre sí.

Aparece así la diferenciación de dos esferas jurídicas, formando no una rigurosa dicotomía sino más bien abarcando las normas jurídicas al modo de dos círculos secantes en los que pueden multiplicarse los traslapes. Una esfera, la del *ius publicum*, se refiere a las *res publicas*, es decir, a los asuntos del pueblo romano. El adjetivo *publicus* parece ser una apócope del *populicus*, es decir, lo relativo al *populus* o la nueva unidad política. Cicerón lo explica así: ** est res publica... res populi; populus autem non*

² HOMO, León, *Les institutions politiques romaines. De la cité à l'état. L'évolution de l'humanité*, Albin Michel, Paris, 1950, p. 4.

³ Véase nuestro artículo *Aparición del iusnaturalismo en el pensamiento jurídico romano*, "Jurídica". No. 6 (1974) en especial pp. 723 a 726.

* *Des res publica*, I, 25, 39.

omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus; “los asuntos públicos son... los asuntos del pueblo; pues por pueblo no hay que entender cualquier reunión de hombres, unidos de cualquier manera, sino la reunión de una multitud por la común aceptación del Derecho y asociada por una comunidad de intereses”. Esta esfera “abarca la suma de derechos e intereses del pueblo romano, *populus romanus*, comprendido como un todo.”⁵ El *ius publicum* era el Derecho emanado de los órganos estatales, que se supone son los órganos de expresión de la voluntad del pueblo romano, y estaba destinado a “tutelar todo lo que afectara el interés supremo del Estado romano (*status rei publicae romanae*) y a regular todas las relaciones que se refieran al Estado como tal.”⁶ Se expresaba en el aforismo: *salus populi suprema lex esto*; “el bienestar del pueblo debe ser la suprema ley”. Por los altos bienes que defendía, sus normas eran impuestas por el *imperium* o suprema potestad de mando, “un poder originario y soberano al que ningún ciudadano puede sustraerse”. Entre los atributos del *imperium* figuran los siguientes: la suprema dirección del gobierno del Estado; el mando militar; el *ius edicendi* o derecho de dirigirse al pueblo y dictar ordenanzas; la *iurisdictio*, o facultad de administrar justicia civil o criminal; el *ius agendi cum patribus* y el *ius agendi cum populo*, o derecho de convocar y presidir, respectivamente, al senado y a los comicios; la *coercitio*, o poder disciplinario; el *ius auspiorum*, o facultad de consultar la voluntad de los dioses con precedencia a la celebración de ciertos actos.”⁷

El *ius privatum* toma su nombre de *privus*, es decir, el particular. Paulo Diácono explicaba así⁸ el sentido de esta palabra: *Privos privasque antiqui dicebant pro singulis. Ob quam causam et privata dicuntur quae uniuscuiusque sint; hinc et privilegium et privatus*; “los antiguos llamaban *privos* y *privas* a los individuos singulares. Por lo que se llaman *privata* los asuntos concernientes a cada particular; de lo que se siguen los nombres de *privilegium* y *privatus*”.

Como lo hemos explicado en otra parte,⁹ el Derecho romano en su fase primitiva era antes que nada un Derecho emanado de las agrupaciones familiares. Es verdad que la nueva unidad política impone limitaciones a dicho Derecho, pero ni los conquistadores etruscos pretendían extender éstas más allá de lo que no fuera estrictamente indispensable para el funcionamiento de la *civitas*, ni los particulares, extremadamente celosos de

⁵ BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman Law*, America Philosophical Society, Filadelfia, 1957, artículo “res publica”, p. 679.

⁶ ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino. *Horizonte actual del Derecho romano*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, p. 209.

⁷ IGLESIAS, Juan. *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*. Ariel, Barcelona, 1958, p. 16.

⁸ Citado por Juan Iglesias (ver nota precedente), p. 78, nota 20.

⁹ Véase el artículo citado en la nota 3.

su independencia, querían ceder sus viejos derechos que ellos mismos estaban dispuestos a proteger con sus lanzas. Por eso el *ius privatum* comprende todo el “sistema de justicia privada” (Von Jhering), “sistema de autotutela” (Antonio Guarino) o “sistema de autodefensa” (José Arias Ramos) que sigue funcionando durante mucho tiempo con gran autonomía respecto de las autoridades de la *civitas*. “En ningún terreno puede apreciarse mejor que en el de la administración de justicia, que empieza siendo en sus dos esferas penal y civil de competencia privada.”¹⁰ Las *legis actiones* simulan un combate entre las partes y, si interviene algún magistrado en el proceso, no es en cuanto investido del *imperium*, sino sólo al modo de un árbitro que precisa los términos de la controversia y que abre la posibilidad de una solución pacífica a un limitado número de casos. Más tarde, en el procedimiento formulario, en la primera fase *in iure* el pretor sigue actuando como árbitro y sólo al final de la misma hace valer su *imperium minus*¹¹ en la determinación de la fórmula de la *litis contestatio*,¹² limitándose a “dar acogida o denegar las alegaciones de las partes, permitiendo o no el planteamiento del proceso”;¹³ en la segunda fase *in iudice*, las partes comparecen ante el *iudex*, el cual es un simple particular elegido para el caso y que basa su función juzgadora en el *officium iudicis* (juramento por el que se comprometía a juzgar de acuerdo con la fórmula dictada por el pretor)¹⁴ y no en el *imperium*.

Como se ve, el *ius privatum* se mueve siempre en la esfera de derechos determinados por la voluntad de los particulares, en la que se entromete el magistrado para promover una solución pacífica de acuerdo con los principios jurídicos ofrecidos por los particulares. “En el procedimiento oficial romano, el papel estatal quedaba reducido a un mínimo, aunque muy importante.”¹⁵ No consistía éste en imponer soluciones elaboradas por la voluntad del Estado sino en buscar la mejor solución de acuerdo con los elementos aportados por las partes en conflicto. El *imperium minus* del pretor fundaba la intromisión del Estado, por tener éste interés en una solución pacífica en la esfera de la autonomía de los particulares; pero, como hemos visto, esta intromisión se reducía a lo mínimo: a presionar como árbitro a las partes. La expresión de Marciano de que el pretor

¹⁰ ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, p. 207.

¹¹ ARANCIO-RUIZ, Vicente. *Historia del Derecho romano*, trad. de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, Inst. Ed. Reus, Madrid, 2a. ed., 1963, p. 40) explica: “un *imperium* que es calificado de *minus*, en relación con el *imperium maius*, propio de los cónsules”.

¹² IGLESIAS, *op. cit.*, p. 177, nota 60: “Según la doctrina de Wlassak, hoy dominante, la *litis contestatio* es un contrato entre las partes, y la fórmula —el *iudicium*— el texto en que tal contrato se plasma”.

¹³ *Idem*, p. 174.

¹⁴ Véase A. BERGER, *op. cit.*, artículo “*officium iudicis*”, p. 607.

¹⁵ MARGADANT, Guillermo Floris. *El Derecho privado romano*, 4a. ed., Esfinge, México, 1970, p. 141.

era la *viva vox iuris civilis*,¹⁶ no debe ser interpretada nada más como un elogio a su competencia jurídica, sino también como el reconocimiento de los límites de su actuación, la que debía en todo tiempo respetar el Derecho elaborado por los ciudadanos romanos. "No tenía, pues, en principio, función alguna creadora."¹⁷ Pero, en el caso del pretor peregrino, el *imperium* desempeña un nuevo papel: fundamentar el derecho de buscar las soluciones fuera del *ius civile* de los particulares romanos. Esto era una infracción de la autonomía del sistema de autotutela, que se justificaba por el interés que podía tener la *civitas* en vigilar las relaciones de los ciudadanos romanos con extranjeros o las de estos entre sí. Las soluciones las seguían proponiendo las partes ante el pretor peregrino, pero este habilísimo funcionario supo aprovechar las controversias jurídicas planteadas ante él para hacer evolucionar al *ius honorarium* con soluciones tomadas de otros Derechos (*ius gentium*) o simplemente de la razón natural (*ius naturale*), con tal que surgieran dichas soluciones de los planteamientos de las partes. Se trataba, por lo tanto, de una intromisión del *ius publicum* en el *privatum*, pero muy moderada, puesto que el *imperium* sólo era usado para presionar a las partes —en un arbitraje— a obtener una solución pacífica y que se seguía dejando a los particulares el derecho de proponer soluciones; a lo más —en el caso del pretor peregrino— se les eximía de la obligación de atenerse a las soluciones del viejo *ius civile*.

La fuente formal por la que se manifiesta el *ius privatum* será lógicamente la jurisprudencia, entendida ésta en el moderno sentido de la palabra, es decir, en cuanto la labor de los tribunales, pero referida a los tribunales romanos. En efecto en ellos se actuaba la voluntad jurídica de los particulares, es verdad que orientada y sancionada por ese admirable árbitro que era el pretor. Además otras fuentes eran aquellas que expresaban directamente la misma voluntad de los particulares. Cicerón las enumeraba: ¹⁸ *tabulae, pactum conventum, stipulatio*.

De todo lo anterior se deduce que los criterios que nos ayudan a distinguir las normas del *ius publicum* de las del *ius privatum* son tres:

a) En cuanto al contenido o materia: el *ius publicum* trata de asuntos referentes a la existencia, organización y funcionamiento del Estado romano, en tanto que el *privatum* trata de asuntos propios de las gentes y de sus individuos.

b) En cuanto a lo que hoy llamamos fuentes formales: el *ius publicum*, puesto que emana de la voluntad del pueblo romano considerado como un todo, está integrado por las XII Tablas y otras *leges publicae* (tales como

¹⁶ *Digesto*, I, 1, § 8.

¹⁷ ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, p. 228.

¹⁸ CICERÓN, *De partibus orat.* (citado por G. Chevrier). *Tabulae* eran las tablas en las que se escribían los contratos; *pactum conventum* era el acuerdo celebrado por las partes en vista de una *lis*; *stipulatio* era el contrato oral solemne, bien conocido por los iusromanistas.

la *Lex Falcidia* y la *Lex Papiria*), por los *senatusconsulta*, por los tratados (*foedera*), por las decisiones de los *comitia* (*curiata*, *centuriata* y *tributa*), y, en la época del principado, por las *constituciones*; en cambio, el *ius privatum* se desarrolla y perfecciona a través de la jurisprudencia y de los convenios celebrados por los particulares.

c) En cuanto a la actuación de los magistrados: según se realice en virtud del *imperium* o no, será actuación de *ius publicum* o *privatum*.

Alcance de la distinción romana

Es bien sabido que los romanos eran un pueblo realista y pragmático, del que era proverbial la repugnancia a formular teorías. Si con el tiempo y por la influencia de la cultura griega aparecen algunas teorías en el Derecho romano, nunca alcanzan la importancia práctica que tienen en los sistemas actuales del Derecho. *Omnis definitio in iure civile periculosa est* —advierte Javoleno—;¹⁹ “toda definición en el Derecho civil, es peligrosa”. Los romanos observan realidades (personas, cosas, situaciones) y de allí, por un pensamiento tópico,²⁰ llegan a los conceptos teóricos; no proceden como los juristas de los sistemas de Derecho continental, que a partir de los conceptos clasificamos la realidad, sino más al modo del sistema anglosajón que, a partir de una situación concreta, busca los principios y teorías que le son aplicables. Así los romanos nos observan que hay un campo que, por ser propiedad del Estado (*ager publicus*), no puede ser tratado jurídicamente en la misma forma que los campos de los particulares (*ager privata*); que hay transacciones que sólo incumben a los particulares (*negotia privata*) y otras en que está en juego el bienestar del *populus romanus* (*negotia publica*); y lo mismo de muchas otras cosas, las que en algún momento pueden tener conexión con la existencia, organización o funcionamiento del Estado romano; por lo tanto podrán ser *res publicae* un lugar (*locus publicus*), un juicio (*iudicium publicum*), un cargo (*munus publicum*), ritos u objetos religiosos (*sacra publica*), esclavos (*servi publici*) y, en la época postclásica, determinados crímenes (*delicta publica*). De todas estas y otras semejantes observaciones es lógico que se induzca la existencia de lo que hoy llamaríamos “una materia” propia del *ius publicum*. Además se sigue observando que esa materia está regulada por leyes públicas, por tratados y por senado-consultos, y que se ordena por la actuación con *imperium* de los magistrados. Pues ya tenemos los criterios de distinción del *ius publicum*, distinción que es mucho más útil para nosotros —puesto que por ella podemos entender mejor al Derecho roma-

¹⁹ *Digesto*, 50, 17 § 202.

²⁰ Véase nuestro artículo citado en la nota 3, p. 721 y sig. La obra clásica sobre el pensamiento tópico es la *Tópica y Jurisprudencia de* VIEHWEG, Theodor (trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964).

no— que para los juristas romanos —que la aplicaban espontáneamente con muy poca reflexión explícita y sin preocuparse por aplicar una teoría—.

“Esta oposición entre las esferas del Derecho público y del Derecho privado no se perfiló sino después de una evolución lenta, que ha sido magistralmente investigada por Bonfante. . . En un comienzo, la oposición se perfiló de tal modo que el Estado se situaba siempre por encima y fuera del Derecho privado: el individuo no tenía derechos contra el Estado sino únicamente contra otras personas particulares. . .”²¹ pero, en cuanto miembro de una familia, conservaba la autonomía de su propio Derecho tradicional. Luego, poco a poco, el sistema de la autotutela se fue debilitando; primero al presionar la *civitas* para que se obtuvieran soluciones pacíficas; en 242 a. C., cuando fue instituida la pretura peregrina, al abrirse la posibilidad de soluciones diferentes de las tradicionales; entre 150 y 130 a. C. al permitirse a los ciudadanos romanos por la *Lex Aebutia* la opción entre el sistema formulario y el de las antiguas *legis actiones*; en el principado se multiplican las ingerencias del Estado por medio de las *constituciones imperiales*, hasta que en 284 d. C. Diocleciano implanta el régimen del absolutismo oriental: “Toda suerte de normas tiene ahora su entronque en el Estado.”²² Se constata, por lo tanto, una clara deriva del *ius privatum* —concebido como el sistema de autotutela que se dan los particulares— hacia el *ius publicum* —concebido como el sistema de normas que, por el bien de la *civitas*, establece el Estado—. “En ningún terreno puede apreciarse mejor que en el de la administración de justicia, que empieza siendo en sus dos esferas penal y civil de competencia privada, y que acaba por ser absorbida por el Estado en casi todas las manifestaciones del campo penal.”²³ Como vemos, esta deriva se debió al debilitamiento de las familias como instituciones políticas, a la preferencia de los particulares por las soluciones más humanas introducidas por órganos estatales y, sobre todo, a la creciente ingerencia del Estado.

No es exagerado decir que, cuando Ulpiano formula su famosa distinción, ésta ya ha perdido su alcance práctico. Sigue valiendo únicamente como un criterio teórico filosófico por el que se pueden distinguir normas destinadas principalmente a la protección del bienestar común (ese es el sentido de la *utilitas publica*, y no el de un juicio subjetivo que manifestaría un interés) y otras que atienden sobre todo al bien de los particulares. Esta oposición entre el bien común, representado por el Estado, y el bien individual, expresado en el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares, es la que acabará conservando la moderna teoría de la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Desde los tiempos de Roma se percibe que, si entraran en conflicto estos dos valores, debería predominar el primero: *salus populi suprema lex esto*, “el bien de todo

²¹ ÁLVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, p. 210.

²² IGLESIAS, *op. cit.*, p. 79.

²³ ÁLVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*, p. 207.

el pueblo debe ser la suprema ley". Por eso, *privatorum conventio iuri publico non derogat*, "el convenio entre particulares no puede derogar al Derecho público";²⁴ y también el aforismo: *ea quae communiter omnibus prosunt, iis quae specialite quibusdam utilia sunt, praepominus*; "se ha de preferir el bien común de todos al bien exclusivo de algunos individuos". Pero nunca olvidan los juristas romanos que "todo el Derecho, incluso el público, se construye en beneficio de las personas: *omne ius personarum causa constitutum est.*"²⁵

Al finalizar el Imperio Romano de Occidente, San Agustín (354-430) pensaba que "todo el Derecho está subordinado a la *communis utilitas* (o bien común): ésta regula tanto la *commoditas regni* (o bienestar de la comunidad política) como la *commoditas privata* (o bienestar de los particulares), puesto que rey y particulares deben obedecer los mandatos de ley cristiana, de la que la *utilitas* común no es más que una emanación."²⁶ Así, con un matiz cristiano, "lejos de servir de criterio de diferenciación entre el Derecho público y el privado, la *communis utilitas* enseñoorea y acerca estas dos ramas del Derecho: ha desaparecido el interés en distinguirlas."²⁷

Historia de la distinción, del siglo V al XVIII

Los antiguos juristas "se dedicaban más a hacer y hacer bien que a decir y a escribir (François de Guy Coquille)." ²⁸ Los más eruditos de entre ellos tomaban de la antigüedad romana algunas deficiones y reglas de clasificación que, "sacadas de su contexto histórico, se adaptan con dificultad a las instituciones medievales y modernas."²⁹ Tal es el caso de nuestra distinción.

Al principio de la Edad Media, en la época merovingia (448-751), *publicus* se hace sinónimo de "real". "Al interés común se substituye el del príncipe, de suerte que la división 'Derecho público-Derecho privado' se transforma en una división puramente concreta y más utilitaria: Derecho del príncipe-Derecho de los súbditos."³⁰ En la misma línea de pensamiento hay que colocar la definición de San Isidoro de Sevilla (560?- 636): *res publica regnum vocatur*; "la *res publica* se llama reino."³¹ Para el mismo

²⁴ ULPIANO, en el *Digesto*, 50, 17, 45, § 1.

²⁵ *Digesto*, 1, 5, 2.

²⁶ G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction 'ius privatum' et du 'ius publicum' dans les oeuvres des anciens juristes français*, en *Archives de philosophie du Droit*. Nueva serie. vol. I (1952), Sirey, París, pp. 20 y ss.

²⁷ *Idem*, p. 21.

²⁸ *Idem*, pág. 5.

²⁹ *Idem*, p. 6.

³⁰ *Idem*, p. 16.

³¹ *Idem*, 18, nota 2.

autor, *publici* son todos los magistrados y funcionarios, incluyendo a los dignatarios eclesiásticos, y "*privati* todos los que carecen de cargos públicos." ³² En la época carolingia (751-987), "*ius publicum, ius regium* y *iura regis* son otras tantas expresiones que designan en el lenguaje de los *Capitulares*, al fisco o al bien del rey." ³³

Del siglo XIII al XVIII se distingue del Derecho aplicado al Derecho natural, del que se afirma la permanencia y preeminencia sobre el primero, muy de acuerdo con el enfoque moral de la época. En cambio se titubea en dividir en sectores o ramas al Derecho aplicado. La distinción romana entre *ius publicum* y *ius privatum* no era ignorada pero no servía de principio clasificador uniformemente aceptado. A cada quien correspondía el repartir, según su óptica particular, los diferentes temas de un Derecho aplicado que se prestaba muy poco a rigurosas clasificaciones por materias. La única distinción que tiene éxito se refiere a las fuentes formales; y así se distingue al Derecho consuetudinario de aquel otro Derecho, emanado de las leyes, decretos y ordenanzas del soberano y de las autoridades legislativas, que acaba siendo llamado "Derecho escrito". Pero aun esta clasificación no parece muy segura, pues entre el soberano y sus súbditos existen numerosos cuerpos intermedios. Así, entre el "Derecho de la realeza" y el "Derecho de los súbditos", se intercalan las zonas mixtas de los "Derechos de señoría" y la muy amplia de los "Fueros". Sin embargo, en los siglos XVII y XVIII, bajo la égida de la Escuela Racionalista del Derecho natural, se multiplican los intentos de clasificación, de los que se deduce una clara distinción entre el Derecho público, que "se concentra en las manifestaciones de una soberanía, encarnada en la persona del monarca aunque independiente de ella", ³⁴ y el Derecho privado que, "desmembrado y tiroteado entre el Derecho provincial y el Derecho nacional, dividido a lo más en Derecho consuetudinario y Derecho escrito", ³⁵ no acaba de adquirir conciencia de su objeto propio, de su método y de sus divisiones internas.

El abate Claude Fleury (1640-1723), en una obra compuesta al final del siglo XVII, su *Institución au Droit français*, parece ser quien presenta "el ejemplo más antiguo de la aplicación razonada al antiguo Derecho francés de la división formulada por los romanistas." ³⁶ El hecho es que los seguidores de la Escuela Racionalista del Derecho natural van preparando el fondo filosófico-jurídico de la doctrina sobre la distinción que llegará a dominar en el siglo XIX. Y esto lo realizan desde dos temáticas complementarias: primero, por el desarrollo de los estudios sobre la soberanía, y después, sobre todo en la segunda mitad del siglo XVIII, por la reflexión filosófica sobre los derechos individuales e inalienables de los ciudadanos.

³² *Idem*, p. 18, nota 3.

³³ *Idem*, p. 21.

³⁴ *Idem*, p. 53.

³⁵ *Idem*, p. 56.

³⁶ *Idem*, p. 57.

El siglo xvii fue una época de tendencias hacia la centralización política. La anarquía y la sangre derramada en guerras civiles por el poder y en las más sangrientas guerras de religión provocaron una exigencia general de un gobierno fuerte, capaz de imponer por la fuerza el orden y la paz que casi todos anhelaban. En Inglaterra, esto se tradujo en la consagración de los postulados de la teoría del Derecho divino de los reyes,³⁷ expuesta y defendida anteriormente por Jacobo I (1566-1625), en la obra filosófico-política de Thomas Hobbes (1588-1679) y de Robert Filmer (1590-1653): se debe obediencia o por lo menos no resistencia a todo gobierno establecido; el Estado es un hecho necesario y sólo reconociendo su soberanía se podrán alcanzar el orden y la paz. En Francia, en la que Juan Bodino (1530-1596) había elaborado la doctrina de la soberanía y sobre ella levantado la defensa de la monarquía absoluta, el asesinato de Enrique IV por Ravailac en 1610 desencadenó una época de turbulencias, debidas al espíritu levantisco de los nobles y al celo de independencia de la minoría hugonote. No será sino hasta finales de 1626 cuando Richelieu logre domar a los primeros y suprimir la autonomía de los últimos. A la muerte del ilustre cardenal (1642), los nobles volvieron a levantar cabeza, esta vez con el apoyo del Parlamento y de la población de París; se siguieron los acontecimientos de la Fronda, última rebelión realizada en Francia a nombre de las libertades políticas medievales. La derrota de este movimiento (1653) significó la entronización del absolutismo monárquico, que tuvo su apogeo en el gobierno de Luis xiv (desde la muerte de Mazarino en 1661 hasta 1715). Entretanto Alemania había sufrido numerosas guerras políticas y de religión, que culminaron en la Guerra de los Treinta Años (1618-1648). El Tratado de Westfalia consagró una doble victoria de los príncipes alemanes del norte: frente a las pretensiones unificadoras del Imperio austriaco, obtenían el reconocimiento de su soberanía, y, frente a los propios súbditos, la admisión que en adelante podrían promover, en los estrechos límites de sus Estados, un absolutismo patriarcal que incluía la imposición de una religión y que ya no estaba limitado por una política nacional.

¿Qué impacto en las doctrinas jurídicas tuvo este movimiento hacia el absolutismo? Un más amplio desarrollo del *ius publicum*. Una idea central anima a todas las doctrinas defensoras del absolutismo: el único modo de obtener el orden y la paz es reconocer al monarca la soberanía de la cual había hablado Bodino, esa *summa potestas* (o derecho supremo) por la cual el monarca tiene la última palabra y está eximido de dar cuenta a sus súbditos. Es que los mismos derechos de los particulares dependen en último término de la protección y de la preservación

³⁷ "En su aspecto político, el Derecho divino de los reyes fue algo así como la expresión popular de la teoría de la soberanía" NEVILLE FIGGIS, John. *El Derecho divino de los reyes*, trad. de Edmundo O'Gorman, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 183). En el mismo sentido: J. FRIEDRICH, Carl. *The age of the baroque*, Harper & Row, Nueva York, 1962, p. 21.

que les pueda extender un Estado firme y poderoso. Por consiguiente, el *ius publicum* abarcará en primerísimo lugar el estudio de la soberanía, en cuanto poder supremo que no debe tolerar otros poderes autónomos, sean de nobles, de parlamentos provinciales, de estamentos, o de grupos religiosos, incluyendo en Francia la misma Iglesia Católica, y en Inglaterra la Iglesia anglicana. El Derecho público es el Derecho de las prerrogativas reales y, puesto que se identifica al príncipe con el Estado,³⁸ de todo el aparato del gobierno. Así Enrique Francisco de Aguesseau (1668-1751) distinguirá las leyes del Derecho público en cuanto han sido hechas “para regular el orden y la administración del gobierno” de las de Derecho privado “que tienen por objeto regular los diferentes compromisos que contratan los hombres entre sí, el orden de las sucesiones, en una palabra todo lo que concierne al interés de los particulares.”³⁹ Un Derecho público así concebido tenía ambiciones muy concretas. Ya hemos mencionado la supresión de las autonomías. Otra es la concentración del control de todas las decisiones jurídicas —incluso las del Derecho privado— en la autoridad política; de allí las intromisiones en el Derecho privado y los primeros esfuerzos de codificación, que, comenzando en 1665,⁴⁰ desembocan en las grandes ordenanzas de Luis XV: donaciones (1731), testamentos (1735) y substituciones (1747). La idea contemporánea de que la autonomía de la voluntad de los particulares no puede ejercerse sino en los límites y bajo el control establecidos por el poder público es una idea que tiene sus antecedentes en la época del absolutismo. Claro, éste iba más lejos aún, pues para él “no existe poder sobre la tierra, cualquiera que sea, espiritual o temporal, que tenga algún derecho sobre la soberana cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia y de XV en 1766: “Es en mi persona únicamente donde radica la autoridad soberana cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia y de razón... Es a mí únicamente a quien pertenece el poder legislativo sin dependencia ni participación... El orden público todo emana de mí.”⁴² En esta línea de pensamiento, el Derecho público, a partir del estudio

³⁸ Boussuet dijo, refiriéndose al rey: “todo el Estado está en él; en él está el poder en él está la voluntad de todo el pueblo” (cita en OURLIAC, Paul. *Historia del Derecho*, trad. de Arturo Fernández Aguirre, Cajica, Puebla, 1952, t. II, p. 153).

³⁹ CHEVRIER, *op. cit.*, p. 53, nota 2.

⁴⁰ “A partir de 1665, el Rey (Luis XIV) decidió codificar las leyes, en una gran ordenanza consagrada a cada materia... Esto desembocó en 1667 en una ordenanza para la reforma de la Justicia, verdadero código de procedimientos notables por su claridad. Después vino la ordenanza criminal de 1670... en 1673, la ordenanza de comercio; en 1681, la ordenanza de marina...” ELLUL, Jacques, *Histoire des institutions*, t. II, vol. 1, Presses Universitaires de France, París, 1956, p. 426). Nótese que todas estas son materias que tradicionalmente eran de Derecho privado.

⁴¹ Principio defendido en los Estados Generales de 1496, que Richelieu hizo propio (FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 201).

⁴² Cita de OURLIAC, *op. cit.*, p. 153.

del gobierno, se extiende e invade materias que tradicionalmente eran consideradas de Derecho privado. Loyseau hace descender al Derecho público "de los que tienen el mando o poder público a los que obedecen, pasando por todos los grados intermediarios."⁴³ Y otro tanto acontece en la obra del ya mencionado abate Fleury.

Ante estos excesos, desde el siglo xvii se va preparando una reacción,⁴⁴ que pronto triunfó en Inglaterra (en 1640 se ejecuta a Carlos I), que tardó en incubarse en Francia y que, tal vez por su prolongada represión, fue allí mucho más exagerada. Para nuestro tema, es la reacción en Francia la que nos interesa. Esta va a ser el resultado de la confluencia de una nueva filosofía —la de la Ilustración— y de la subida social y económica de una clase —la burguesía—. La vertiente histórica en que la reacción triunfa es la Revolución Francesa. Al sepultar ésta tanto la filosofía absolutista como las estructuras políticas y económicas del antiguo régimen, queda liberado el Derecho privado de sus indecisiones y es posible fundarlo en el principio de la autonomía de la voluntad de los individuos. Sólo faltarán algunas precisiones para llegar a la actual bipartición del Derecho en público y privado.

El individualismo de la Revolución Francesa

"En el siglo xviii, Francia era el Estado más fuertemente organizado y el más unificado de Europa... Hasta el siglo xviii los franceses tuvieron a orgullo sus instituciones nacionales; su monarquía les parecía a la vez fuerte y paternal, tan lejos de la tiranía como de la licencia."⁴⁵ Pero era un Estado rigurosamente estructurado en estamentos, donde la movilidad social estaba reducida al mínimo. El orden y la prosperidad generales, favorecieron el desarrollo y el aumento de la burguesía. Esta clase había comenzado a prosperar bajo Luis XIV y Colbert; se había enriquecido con el comercio de las colonias y con las guerras, pues éstas exigían nuevos empréstitos, que la burguesía estaba dispuesta a cubrir mediante atractivos intereses; creció en dinero y en poder al progresar la industria, la técnica, el comercio y las finanzas; su fuerza económica se apoyaba en su género de vida y en una mentalidad que exaltaban los valores individuales, la frugalidad y el trabajo, que no entendía los privilegios debidos al mero nacimiento y que anhelaba la igualdad ante la ley. "La causa esencial de la Revolución fue la disparidad entre la realidad económica y las estructuras políticas, entre la importancia real de la burguesía en la posesión y producción de la riqueza y su exclusión del poder gubernamental... La esencia de la Revolución Francesa, fue el derrocamiento

⁴³ CHEVRIER, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴ HAZARD, Paul. La ha estudiado magistralmente en su obra *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, trad. de Julián Marías, Pegaso, Madrid, 1941.

⁴⁵ OURLIAC, *op. cit.*, p. 336.

de la nobleza y del clero por una burguesía que supo usar del descontento de los campesinos para destruir al feudalismo y del descontento de las masas urbanas para neutralizar los ejércitos del rey.⁴⁶ Esta clase activa y emprendedora contó como aliadas a las ideas de los filósofos de la Ilustración, las que —por demás está el mencionado— correspondían en gran parte a su propia mentalidad. La burguesía componía el Tercer Estado o Estado Llano (casi la mitad de sus diputados eran abogados, un cinco por ciento de otras profesiones, trece por ciento hombres de negocios, sólo un ocho por ciento representaba a los campesinos⁴⁷ y, como se sabe, fue éste el que acabó imponiendo sus puntos de vista a los otros Estados (nobleza y clero) en los Estados Generales de 1789. Si alguna palabra sirve para resumir las ideas y las aspiraciones políticas que entonces triunfaron es la de “individualismo”.

La nueva filosofía tardó en incubarse. Se puede decir que se inició con una crítica a la doctrina absolutista de la soberanía: ¿por qué identificar al Estado con el monarca?, ¿por qué no contemplar más bien como titular de la soberanía al pueblo o a su representante el Parlamento? Así el principio de la soberanía popular, expuesto por Richard Hooker (1554-1600) en Inglaterra, sirvió allí de argumento legitimador primero de la revolución encabezada por Cromwell, que hizo parecer a Carlos I en el cadalso (1649), y luego de la “gloriosa revolución” de 1688, por la que la clase media aliada con la aristocracia logró establecer un régimen de monarquía constitucional. Quien mejor logró formular los nuevos matices de la moderna filosofía política de carácter liberal, en oposición a la filosofía del absolutismo, fue John Locke (1632-1704). Para él como para su antecesor Thomas Hobbes, el Estado deja de ser un hecho natural y orgánico resultante de la naturaleza social del hombre y se convierte en un hecho artificial obtenido por un contrato celebrado por la decisión libre y el mutuo consentimiento de los individuos. Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) bordará sobre esta idea en *El contrato social* (publicado en 1762) y, por su influencia, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, y la Constitución de 1791 declararán que “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación.”⁴⁸ La Constitución jacobina de 1793 será todavía más rusioniana, pues afirma que “la soberanía reside en el pueblo.”⁴⁹ Así se consagra la visión individualista de la burguesía: son los individuos los que se enfrentan al despo-

⁴⁶ DURANT, Will y Ariel. *Rousseau and revolution*, Simon and Schuster, Nueva York, 1967, p. 937.

⁴⁷ *Ídem*, p. 956. Datos tomados de la *Cambridge Modern History*, t. VIII, p. 133.

⁴⁸ Artículo 3 de la *Declaración*; la misma idea en el artículo primero del título III de la Constitución de 1791.

⁴⁹ Constitución de 1793, artículo 25. Así se consagra la tesis de Sieyès: “¿Qué es la voluntad de una nación? Es el resultado de las voluntades individuales, al igual que la nación es la reunión de los individuos” (*¿Qué es el Estado Llano?*, trad. de José Rico Godoy, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, pp. 184 y ss.).

tismo y los que en todo momento tienen el derecho de limitar y de transformar la forma del gobierno,⁵⁰ al punto que, "cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es, para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes."⁵¹ Sea cual fuere la forma de gobierno, ésta nunca podrá violar "los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre";⁵² más aún el fin del gobierno es precisamente conservar y garantizar esos derechos naturales e imprescriptibles.⁵³ ¿Cuáles son esos derechos? La *Declaración* los enumera: "la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión."⁵⁴ Y de nuevo aparece la filosofía de la burguesía: la igualdad que se pedía era frente a los miembros privilegiados de la nobleza y, en cuanto al derecho a la propiedad, es claro que éste era una de las preocupaciones más auténticas de una clase que repudiaba toda ingerencia del Estado en materia económica. Locke había sido muy explícito: "La finalidad máxima y principal de los hombres que se unen en comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la salvaguarda de su propiedad."⁵⁵ En Francia, en la segunda mitad del siglo XVIII, la defensa de la propiedad era entendida de acuerdo con las doctrinas económicas de los fisiócratas; las había preparado Francisco de Boisguillebert (1646-1714), quien desde 1697 ya había pregonado la libertad de comercio y criticado el sistema fiscal; Francisco Quesnay (1694-1774) dio forma científica a los anhelos de libertad económica, al concebir la economía como un sistema de leyes de la naturaleza, entre las cuales la más importante, "el fundamento esencial del orden económico de la sociedad",⁵⁶ es la garantía absoluta de la propiedad privada; sus discípulos, ortodoxos o heterodoxos,⁵⁷ moldearon el pensamiento económico individualista de la Revolución Francesa. Las medidas prácticas que propugnaban eran la libertad de comercio, la supresión de las corporaciones, la abolición de los privilegios fiscales de los nobles y en general de los impuestos personales, "el derecho de luchar en términos iguales por la posesión de los bienes como garantía de la armonía social",⁵⁸ medidas todas de gran aceptación sobre todo

⁵⁰ *Idem*, artículo 28.

⁵¹ *Idem*, artículo 35.

⁵² *Declaración*, preámbulo.

⁵³ *Idem*, artículo 2; Constitución de 1793, artículo primero.

⁵⁴ *Declaración*, artículo 2.

⁵⁵ *Segundo Tratado del Gobierno*, sección 124.

⁵⁶ F. QUESNAY, citado por Xavier Scheiffler Amézaga (*Historia del pensamiento económico*, t. I, Trillas, México, 1968, p. 182).

⁵⁷ Mencionaremos algunos de estos discípulos: Víctor Riqueti, Marqués de Mirabeau (1715-1789; es el padre del célebre revolucionario); Pedro Samuel Dupont de Nemours, miembro de la Asamblea Constituyente); Dionisio Diderot (1713-1784; editor de la *Enciclopedia*); Roberto Turgot (1727-1781; ministro de Luis XVI, realizó medidas económicas en el sentido fisiocrático); Duclos, Buffon, Condillac, Helvetius, que formaban el grupo reunido en torno de Mme. Pompadour y allí escuchaban a Quesnay.

⁵⁸ MARTÍN, Kingsley. *French liberal thought in the eighteenth century*. Harper and Row, Nueva York, 1963, p. 221.

ante la crisis económica y la bancarrota del tesoro estatal en la década anterior a la Revolución Francesa.

La censura había tratado de suprimir las nuevas ideas filosóficas y políticas, pero los libros más audaces se imprimían en el extranjero, sobre todo en Holanda, y la represión sólo lograba revestir con la aureola de la persecución a sus autores y atraer sobre sus obras el interés por lo prohibido. El individualismo reprimido se hizo más belicoso; lo azuzaban la sátira de Voltaire y el romanticismo de Rousseau. Este último, mejor que cualquier otro autor, logró formular el individualismo de la Revolución Francesa. El hombre nace bueno e inocente —decía—; es la sociedad la que lo corrompe. Puesto que no es posible vivir fuera de la sociedad, “el problema consiste en encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, en la que cada individuo, uniéndose con todos, pueda seguir obedeciéndose sólo a sí mismo y permanecer libre como antes.”⁵⁹ Así el individualismo de la Revolución Francesa invierte el planteamiento de las doctrinas absolutas. El Derecho ya no baja desde las alturas de la soberanía del monarca, sino que sube desde la libertad de los individuos. Son éstos los que, por un contrato social, deciden sobre la formación del Estado: “la sociedad política encuentra su origen en el abandono de su libertad por cada individuo; pero este abandono está motivado, en el espíritu de cada uno de los contratantes, por la esperanza de un bien mayor para sí mismo. Es por un impulso puramente egoísta por el que los hombres han celebrado el contrato social; es porque esperan encontrar, por el abandono de su libertad, ventajas mucho más grandes gracias a la vida en sociedad.”⁶⁰ Pero la renuncia de la libertad debe ser limitada, ya que —como explicó el abate Emmanuel— Joseph Sièyes,⁶¹ cuyas ideas siguieron primero los Estados Generales y luego las Asambleas Constituyentes de 1791 y 1793— “la libertad es anterior a toda sociedad, a todo legislador, y que los hombres no se han asociado más que para poner sus derechos a cubierto de los atentados de los malos y para entregarse, al abrigo de esta seguridad, a un desarrollo más amplio, más enérgico y más fecundo en el goce de sus facultades morales y físicas. El legislador ha sido establecido no para conceder, sino para proteger nuestros derechos. Si a veces limita nuestra libertad, lo hace en virtud de aquellos de nuestros actos que resulten perjudiciales a la sociedad, y, por tanto, la libertad civil se extiende a todo aquello que la ley no prohíbe.” *La Declaración*, en su artículo cuarto, repetirá lo mismo: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que asegu-

⁵⁹ J. J. ROSSEAU. *El contrato social*.

⁶⁰ WALINE, Marcel, resumiendo a Rousseau, en *L'individualisme et le Droit*, Domat, Montchrestien, 2a. ed., 1949, p. 42.

⁶¹ SIÈYES, ¿*Qué es el Estado llano?*, p. 23.

ran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismo derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley." Es este individualismo el que va a fundamentar en su origen al principio de la autonomía de la voluntad, que tanto influjo tuvo en el Estado liberal del siglo XIX.

Primero vino la explosión de la libertad, como "un vendaval de tempestad que desenraiza robles centenarios."⁶² Se derrumbaron las estructuras feudales con todo su sistema de estamentos y privilegios. Se acabaron los fueros y las costumbres jurídicas regionales. Se declaró al "espíritu de corporación" "el más grande enemigo del espíritu público";⁶³ y tras esa declaración vino la Ley Chapelier, de 14-17 de junio de 1791, que prohibió "lo que hoy llamaríamos la libertad sindical y el derecho de huelga."⁶⁴ Y, por tanto preocuparse por defender la libertad individual y por poner trabas al despotismo, las Constituciones de 1791 y de 1793 construyen un poder ejecutivo tan débil que queda desarmado frente a la anarquía de los súbditos y a la demagogia de la asamblea legislatora.⁶⁵ La libertad desencadenada y transformada en anarquía provocó dos dictaduras: la de Robespierre (abril a julio de 1794) y la Bonaparte (golpe de Estado del 9 de noviembre de 1799). Así estos y otros hechos enseñaron una gran lección que tardó en ser formulada doctrinalmente: las voluntades individuales no son las únicas creadoras de Derecho. En el orden público, hay que reconocer que el Estado tiene sus propias exigencias; por ejemplo, la necesidad de un ejecutivo lo suficientemente vigoroso para evitar la anarquía. En el orden de las relaciones entre particulares, se hizo evidente que la voluntad de los individuos abandonada a sí misma puede producir las peores injusticias. "Se hacía confianza al beneficio de la libertad. La propiedad individual libre y sagrada, el convenio libremente formado y ocupando el lugar de la ley, son las dos bases que permitirán la creación de un orden nuevo... El régimen que ha sido, si no creado, por lo menos hecho posible, será llamado más tarde el régimen capitalista. La Revolución permitió su advenimiento al dejarle el campo libre."⁶⁶ "En vez de realizar 'una dulce igualdad de condiciones en el seno de una virtuosa medianía', sólo ha llegado a sustituir la antigua división de privilegiados y plebeyos por la de ricos y pobres; a la aristocracia de la sangre por la de la fortuna."⁶⁷

⁶² WALINE, *op. cit.*, p. 395.

⁶³ CHEVALIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France moderne (1789-1958)*, 3a. ed., Dalloz, París, 1967, p. 31.

⁶⁴ WALINE, *op. cit.*, p. 391. Allí puede verse la redacción del artículo cuarto de la Ley Chapelier, que prohibía la huelga.

⁶⁵ Véase sobre este punto a GAXOTTE Pierre. *La Révolution Française*, Arthème Fayard, París, 1965, pp. 212 a 220.

⁶⁶ RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, p. 12.

⁶⁷ ROUGIER, Louis. *La mística democrática*, trad. de Benito Menacho Ulibarri, Antigua Librería Robredo, México, 1943, p. 153.

La doctrina jurídica contemporánea, reconociendo los excesos a que pueda llegar una visión individualista de la voluntad como creadora de Derecho, sin embargo sigue considerando que ésta sí tiene un papel importante, aunque limitado, en el orden jurídico. El resultado es el principio de la autonomía de la voluntad, que campea en el Derecho privado.

El principio de la autonomía de la voluntad

Pedro Rocamora Valls lo explica así: "El concepto de la autonomía equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad, es reconocida en la técnica filosófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. Tras esta idea se ha venido significando en el campo del Derecho privado que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que éstas no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma y naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rijan dichas relaciones."⁶⁸ Hans Kelsen prefiere hablar de "autonomía privada", a la que explica en la forma siguiente: "Esta (la transacción) es un acto por el cual los individuos facultados por el orden jurídico regulan, desde el punto de vista legal, determinada relación. Trátase de un acto creador de Derecho, ya que produce deberes jurídicos y derechos subjetivos de las partes que en ella intervienen... Al otorgar a los individuos la posibilidad de regular sus relaciones mutuas por medio de transacciones, el orden jurídico les garantiza cierta autonomía. La llamada 'autonomía privada' de las partes, manifiéstase a sí misma en esta función creadora de Derecho de las citadas transacciones. Por medio de una transacción jurídica son creadas normas individuales y, algunas veces, incluso generales, que regulan la conducta recíproca de las partes."⁶⁹

El principio de la autonomía de la voluntad implica, por lo tanto: 1) una actividad libre e intencional del individuo; 2) que esté facultada y protegida por el orden jurídico; 3) que sea en materias diferentes de las reguladas coactivamente por mandatos y prohibiciones del orden jurídico; y 4) que sea creadora tanto de la existencia como de los límites, forma, naturaleza y contenido de relaciones jurídicas.

Así formulado, el principio de la autonomía de la voluntad se aparta bastante de la filosofía individualista que le dio origen. En primer lugar tenemos una voluntad individual que ya no es omnipotente, que reconoce al orden jurídico como un hecho previo ante el cual se subordina. Ya

⁶⁸ ROCAMORA VALLS, Pedro. *Libertad y voluntad en el Derecho*, Madrid, 1947, pp. 23 y ss.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3a. ed., UNAM, México, 1969, p. 162.

no es aquella voluntad individual capaz de construir al mismo Estado por un pacto social, sino una voluntad que sólo puede operar en los límites y por delegación del orden jurídico estatal. En la doctrina de las fuentes formales del Derecho, aunque se reconoce entre ellas a la voluntad de los particulares, expresándose en forma unilateral o en forma de acuerdo entre dos o más voluntades (convenio), se subraya que es una fuente secundaria y subordinada a la ley.⁷⁰

En segundo lugar —y esto es consecuencia de lo anterior—, si por autonomía de la voluntad se entiende una fuente del Derecho, capaz de crear normas (que serían las del Derecho privado) fuera de toda legitimización legal, esto es falso tanto doctrinalmente como en el Derecho positivo. El Derecho privado está compuesto de normas establecidas por códigos y leyes, los cuales son producto del proceso legislativo y, por tanto, de una actividad de Derecho público. El Derecho privado no es “privado” por su origen último ni por la fundamentación legal en que descansa; es “privado” porque deja un amplio margen de actuación, es decir, una autonomía, a los particulares para poder crear Derecho.

En tercer lugar, es claro que la voluntad de los particulares sólo tiene alcance jurídico en la medida que así lo predetermina el sistema de Derecho. Por eso decimos que es una voluntad “facultada y protegida por el orden jurídico.” Los límites de esta protección son a veces muy estrechos.⁷¹

En cuarto lugar, desde el punto de vista filosófico, vemos que la formulación contemporánea del principio de la autonomía de la voluntad describe más realistamente la situación del individuo en la sociedad: no nace, vive ni se desarrolla sino formando con otros individuos una sociedad, a la cual se halla subordinado, pero esa misma sociedad debe proteger su independencia hasta cierto punto y promover “las posibilidades de libertad en el hombre.”⁷²

Antes de precisar las características del Derecho privado, volveremos la mirada, una vez más, al Derecho público.

Soberanía, Estado y Derecho público

Hoy se construye la noción de Derecho público sobre el concepto de soberanía.⁷³ En él influyeron en forma definitiva las ideas de la Revolución

⁷⁰ VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al estudio del Derecho*, 2a. ed. Porrúa. México, 1974, p. 182.

⁷¹ Al respecto, para la legislación francesa, puede verse a WALINE, *op. cit.*, pp. 179 a 195; para el sistema mexicano, a DE BUEN LOZANO, Néstor. *La decadencia del contrato*, Textos Universitarios, México, 1965, *passim*.

⁷² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*, 2a. ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 485.

⁷³ Para un estudio más detallado de la soberanía puede verse: VILLORO, Miguel. *Los tres sentidos de la palabra soberanía*, “*Revista de la Facultad de Derecho de México*”, t. XII, Núm. 48 (octubre-diciembre, 1962), pp. 681-716.

Francesa. Ya no se hace titular de la soberanía al monarca, ni siquiera al gobierno, sino a la nación, es decir, al pueblo pero no en cuanto mero conjunto de individuos sino en cuanto unidad orgánica organizada políticamente. Es, pues, la nación la que tiene la última decisión sobre la forma de gobierno, la cual queda determinada en la Constitución.

El Estado es mucho más que el gobierno establecido en la Constitución; es "una realidad humana en perpetuo devenir",⁷⁴ cuyos elementos son: "1) una sociedad humana, 2) establecida permanentemente en un territorio, 3) regida por un poder supremo, 4) bajo un orden jurídico, 5) y que tiende a la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana."⁷⁵ El Estado es, según terminología de Maurice Hauriou, una institución —persona, en cuanto las ideas y los ideales que unen a sus miembros se interiorizan en una corporación, compuesta de poder, estructura y miembros.⁷⁶ Concebida en esta forma, la noción de Estado más rica que la noción de nación, porque incluye la idea de organización política y jurídica, así como el que la nación esté establecida en un territorio. Se puede rigurosamente pensar en una nación que carezca de organización jurídica y política y también de territorio propio. Por lo tanto y hablando con mayor exactitud, es el Estado (así concebido) el pleno titular de la soberanía. En efecto, para no pocos autores, hay que reservar el término de nación a aquellas agrupaciones humanas unidas por ideales culturales (de lengua, religión y tradición) que no forzosamente están unidas política y jurídicamente. La existencia de un Estado requiere el poder de mando supremo (es decir, de la soberanía) y eso no puede decirse de la nación, a no ser que a ésta se le dé el sentido de Estado.

La soberanía es el poder de mando supremo que tiene el Estado para lograr el bien común. Aunque en nuestros tiempos no faltan autores que siguen defendiendo interpretaciones individualistas⁷⁷ o estatistas⁷⁸ de la soberanía, se puede hablar de una doctrina contemporánea que supera tales exageraciones. Según ésta, la soberanía del Estado significa varias

⁷⁴ GONZÁLEZ URIBE, Héctor. *Teoría política*, Porrúa, México, 1972, p. 61.

⁷⁵ *Idem*, 162.

⁷⁶ *Idem*, p. 184.

⁷⁷ Cfr. GONZÁLEZ URIBE, *op. cit.*, p. 331: "... en Inglaterra... se presentó asimismo el movimiento más intenso de ataque contra la soberanía del Estado, por parte de los partidarios del pluralismo político, como Figgis y Cole, y de los defensores de los derechos del individuo, como Laski y Russell. Los efectos fueron demolidores y el concepto tradicional de la soberanía quedó duramente quebrantado".

⁷⁸ Cfr. *idem* pp. 331 y ss.: "En Alemania, la filosofía política y jurídica se inclinó, sobre todo, por el concepto de la soberanía del Estado, considerando a éste como una unidad orgánica y una personalidad propia. Krause, Abrens y sus discípulos propugnadores de esta doctrina, que más tarde fue perfeccionada por la corriente del formalismo jurídico, representada por Gerber, Laband y Jellinek... La línea del formalismo jurídico alcanza su culminación en la obra de Hans Kelsen, en la cual se intensifica el carácter estrictamente jurídico y formal del Estado. La soberanía deja de ser la cualidad del Estado, como poder, para convertirse en el atributo de un orden jurídico, y precisamente aquel en virtud del cual ese orden es válido".

cosas: 1) que, por encima de los intereses individuales y de grupos, se da el bien común del pueblo organizado políticamente; 2) que corresponde a éste el determinar su forma de gobierno, la cual quedará institucionalizada en la Constitución; 3) que, por medio de la Constitución, se establecen limitaciones al ejercicio del poder por parte de los diversos órganos estatales; y 4) que la Constitución, precisamente por ser la forma jurídica en que se expresa la soberanía, es el fundamento de toda futura legalidad, o —según las expresiones de Kelsen⁷⁹ es “la norma básica”, “la norma fundamental”, “el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico”. De lo anterior se desprende que el Estado contemporáneo es concebido —en los sistemas occidentales de Derecho— como un Estado sometido al Derecho y que la Constitución es por una parte la forma en que se manifiesta la soberanía nacional y por otra el fundamento jurídico de todas las actividades de los órganos estatales así como de las actividades facultadas y protegidas de los particulares.

En torno de estas especificaciones, se ha redefinido al Derecho público, aunque en la nueva noción se perciben los ecos de la doctrina romana.

a) En cuanto a su contenido o materia, el Derecho público abarca todas las normas que se refieren a la constitución, organización, funcionamiento, facultades y deberes de todos los órganos estatales y las relaciones de estos con los particulares.

b) En cuanto a las relaciones reguladas, serán públicas todas aquellas en que intervenga —como sujeto activo o como sujeto pasivo— el Estado (claro está, por medio de algún órgano) y en su calidad de Estado. Entonces el órgano estatal actúa en cuanto portador de la soberanía nacional. Cuando un órgano estatal actúa sin la representación de la soberanía nacional, entonces sus relaciones con los particulares ya no están reguladas por el Derecho público sino por el privado. Por ejemplo, una Secretaría compra máquinas de escribir, o un gobernante puede realizar actividades de índole personal como comprar una casa o divorciarse.

c) En cuanto al criterio filosófico aplicable, el Derecho público está regido por la justicia de subordinación y por la justicia institucional. La justicia de subordinación es aquella especie de justicia que tiene como fin inmediato el bien de la comunidad y como límite la dignidad de los individuos. Estos no se subordinan a otros individuos, aunque sean gobernantes; se subordinan a la nación y el derecho que tiene ésta de exigir tal subordinación es la soberanía. La justicia de subordinación se funda en el hecho natural que todo individuo necesita de la comunidad tanto para hacer posible su existencia con necesidades humanas como para su pleno desarrollo; por lo mismo, debe subordinarse en algunas formas a la comunidad.⁸⁰

⁷⁹ Kelsen, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁰ Véase VILLORO TORANZO, *Introducción al estudio del Derecho*, 2a. ed., Porrúa, México, 1974, p. 217; y LEGAZ y LAGAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 2a. ed., Bosch, Barcelona, 1961, pp. 478 y ss.

Además, el Derecho público está también regido por la justicia institucional, que tiene por fin regular los derechos y deberes de las diversas instituciones estatales entre sí y con vistas a que sirvan al bien común y al bien individual de todos los miembros de la sociedad.⁸¹

d) En cuanto a las características de las actuaciones jurídicas, serán públicas todas aquellas que se realicen a nombre del Estado y en ejercicio de la soberanía. Ejemplos: el uso de la fuerza pública, las expropiaciones por causa de utilidad pública, el otorgamiento de concesiones, los actos jurisdiccionales y los administrativos.

e) En cuanto al modo de operar, puesto que en el Derecho público está presente el Estado en cuanto Estado, es claro que su presencia imprime a su actuación una imperiosidad que se manifiesta en dos formas: en la posibilidad de usar la fuerza (coactividad) para imponer su solución; y en la ausencia de consulta de la otra parte, cuando ésta es una persona (física o moral) particular.

Como se ve, todo se reduce a que en el Derecho público aparece el Estado ejercitando la soberanía, por ser el defensor apropiado del bien común nacional.

El Derecho privado

Se podría decir, en una fórmula negativa, que el Derecho privado abarca todas aquellas normas que regulan relaciones en las que no aparece el Estado en su calidad de Estado. Esto es cierto, pero en el fondo no es más que una tautología, por la cual se recuerda que las normas que no son de Derecho público, son de Derecho privado. Tal es la realidad en nuestro sistema, pero no en todos los sistemas. En efecto, algunos sistemas admiten la posibilidad de un tercer término de clasificación: el Derecho eclesiástico o, para los fieles de la religión católica, el Derecho canónico. En esos sistemas se está reconociendo que, además de las normas originadas por el ejercicio de la soberanía por parte del Estado (normas de Derecho público) y de las normas nacidas por el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad por parte de los particulares (normas de Derecho privado), hay otras normas jurídicas: las dimanadas de la o las autoridades eclesiásticas. Esto sólo será posible cuando tanto el Estado como los particulares convengan en admitir un tercer foco creador de normas jurídicas, que —como lo hemos dicho— serían las autoridades eclesiásticas. Las decisiones de éstas (por ejemplo, en asuntos de matrimonio) tendrán entonces pleno valor jurídico en los sistemas que así lo reconocen. Pero —lo repetimos— este no es el caso en nuestro sistema y en la mayor parte de los sistemas modernos, los cuales, por el pluralismo religioso y por el aumento del número de individuos que no

⁸¹ VILLORO TORANZO, *op. cit.*, p. 221.

pertenecen a alguna religión, prefieren considerar la validez de las decisiones eclesiásticas como subordinada a la aceptación de las mismas por parte de los particulares; lo cual equivale a declararlas de Derecho privado, puesto que se las subordina al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad por parte de los particulares. El hecho es que conviene explicar al Derecho privado en forma positiva y no como una mera negación del Derecho público.

En efecto, al insistir que el Derecho privado se construye sobre el concepto del principio de la autonomía de la voluntad, se está subrayando un aspecto esencial y de gran trascendencia en los sistemas de Derecho que admiten tal principio: la facultad que tienen los particulares de ejercitar su responsabilidad por medio de la creación de normas jurídicas.

Ya hemos dicho que esta facultad no es omnímoda y que está limitada y protegida por el orden jurídico. Pero, aun así, es muy amplio el campo en el que pueden actuar los particulares, comprometiéndose responsablemente a cumplir la palabra dada. Porque a eso equivale el principio de la autonomía de la voluntad a reconocer a los particulares como seres responsables, capaces de medir el alcance de sus compromisos y de atenerse a los mismos, una vez que dieron su palabra. Los límites que señala el orden jurídico a la autonomía de los particulares tienen dos claros objetivos: por una parte vigilar que no se ejercite en contra del bien común y por otra comprobar que el compromiso nazca de un acto plenamente responsable. Y es que, sin esta responsabilidad de los individuos, no hay orden jurídico que pueda funcionar. Más aún, esta responsabilidad **debe** ser el fundamento de las relaciones sociales, pues el crecimiento y desarrollo de los individuos depende en último término de su capacidad de actuar como seres responsables y no de la vigilancia o supervisión del Estado. Esta responsabilidad no podrá ejercitarse si no se reconoce a los particulares un campo autónomo donde puedan comprometerse. Ese campo es la esfera del Derecho privado.

Así, a las características que señalábamos como propias del Derecho público, podremos oponer las siguientes especificaciones del Derecho privado.

a) En cuanto a su contenido o materia, el Derecho privado abarca las normas por las que se ejercita la responsabilidad de los particulares en los límites creadores que les reconoce el Estado por medio del principio de la autonomía de la voluntad. Esta autonomía de creación está implicando la posibilidad de crear, no sólo la existencia de una nueva relación jurídica, sino también los límites, forma y contenido de la misma. Por lo tanto, no es materia de Derecho privado la solicitud de una concesión minera, porque, aunque sí es un acto en que se ejercita la responsabilidad, es la voluntad estatal la que señala los límites, forma y contenido de la concesión. Tiene que haber algo de autonomía en manos de los particulares para que la materia sea de Derecho privado.

En los contratos de adhesión o por adhesión la autonomía la ejercita el particular oferente del contrato. El que algunos autores, principalmente especialistas en Derecho público, nieguen a este negocio jurídico la categoría de contrato se debe precisamente a que contemplan la actitud un tanto pasiva de la parte aceptante. Así arguye León Duguit:⁸² "Para que haya voluntad, para que ésta quiera algo, es preciso que el entendimiento primero lo conozca. Esos contratos ni siquiera se leen. No hay tal contrato, la fuente de la obligación es extracontractual." A eso contestan los civilistas que "existe contrato porque hay acuerdo de voluntades."⁸³ Es verdad que es la parte oferente la única que "pre-redacta cuidadosamente un contrato, lo estudia, analiza, etcétera, y establece un reglamento general para celebrar contratos";⁸⁴ es ella la que está ejercitando principalmente la autonomía de la voluntad, pero también la ejercita la parte aceptante cuando se decide a aceptar una oferta, que rigurosamente no está obligada a aceptar. Claro está: cuando las cláusulas de la oferta ya no sean decididas por el particular oferente sino impuestas por el Estado, entonces se abandona el Derecho privado, y tenemos un contrato administrativo, que será de Derecho público porque el foco creador ya no es la voluntad de particulares sino la voluntad del Estado; entonces la parte oferente, si es una persona particular, es un concesionario de un servicio público.

b) En cuanto a las relaciones reguladas, serán privadas todas aquellas en que tanto el sujeto activo como el pasivo son particulares, actuando como tales. En el momento que un particular actúa por concesión del Estado, la relación es de Derecho público, pues en ella está presente el Estado en cuanto Estado, aunque sea una presencia delegada.

c) En cuanto al criterio filosófico aplicable, el Derecho privado está regido por la justicia de subordinación, que es aquella especie de justicia que tiene como fin inmediato el bien de los individuos y como límite el bien común. El fundamento de la justicia de coordinación es la naturaleza racional y libre del hombre que exige una esfera de acción libre para cada individuo en la que el Estado sólo podrá intervenir como protector y coordinador. A veces, para coordinar correctamente las libertades individuales, es necesario proteger a la parte más débil. Entonces aparece la justicia social como una subespecie de la justicia de coordinación,⁸⁵ pero el fin de la justicia social no es proteger indefinidamente a los más débiles sino sólo en la medida que éstos necesitan tal protección para igualarse con los más fuertes; la coordinación consiste en igualar a la parte débil con la parte fuerte y, ya igualadas, en tratarlas igualmente respetando sus esferas de au-

⁸² Citado por LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. *Cuarto curso de Derecho civil. Contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970. p. 68.

⁸³ *Idem*, p. 69.

⁸⁴ *Idem*, p. 68.

⁸⁵ Véase VILLORO TORANZO, *op. cit.*, p. 219.

tonomía de la voluntad. Por consiguiente, en la justicia social, se aplica primeramente el criterio proporcional y luego el igualitario.⁸⁶

d) En cuanto a las características de las actuaciones jurídicas, serán privadas las que realicen los particulares en el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad.

e) En cuanto al modo de operar, puesto que el Derecho privado tiene su fundamento en la libertad responsable de los individuos, es lógico que sus obligaciones nazcan por actos de esa misma libertad, sin coacción estatal y, si se trata de actos de dos o más voluntades, después que éstas hayan sido consultadas y llegado a un acuerdo.

El Derecho privado reconoce, por lo tanto, en una sociedad en cuyas relaciones interviene cada vez más el Estado, que los individuos deben seguir conservando una esfera de acción —limitada y protegida— en la que pueden ejercitar su libertad responsable para desarrollarse como seres humanos. En fin de cuenta el desarrollo integral de los individuos es la razón de ser del Estado.

⁸⁶ Para los criterios proporcional e igualitario, véase *id.*, p. 214.