

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

**DERECHO PÚBLICO**  
*MÁS*  
**DERECHO PRIVADO**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2014

respecto del imperio o, más recientemente, la culminación política de la Unión Europea) deparan diversas formas de entender la *summa divisio* y la posición relativa del Derecho público y el Derecho privado en su seno.

A partir de estas premisas metodológicas estructuralistas, en el libro se intenta identificar las notas distintivas más relevantes de un contexto jurídico concreto (el del Derecho español actual) en el que puede tomar sentido explicativo la oposición público-privado. Sostengo, en este sentido, que la constitucionalización del Derecho ha despojado al Derecho público y, sobre todo, al Derecho privado, de toda singularidad axiológica. Prima la idea del Derecho privado como instrumento normativo — junto al Derecho público— de realización de los principios y valores constitucionales. También se apunta la tendencia natural del Derecho español, en buena medida por influjo de la Unión Europea, a regular conductas con independencia de sus destinatarios concretos, atendiendo más al tipo de situación o problema que busca solución jurídica que a la distinción apriorística entre sujetos públicos y sujetos privados. También se apunta en el estudio, y esta nota es capital para la teoría propuesta, que la eficacia de las normas es una cuestión central incluso para la comprensión contemporánea de la *summa divisio*, y que desde esta perspectiva de la eficacia es determinante analizar qué organización pública, si el poder judicial o la Administración pública, está en mayor o menor medida encargada de asegurar el cumplimiento de la regulación sustantiva. Esta distinción es capital precisamente porque alude a dos organizaciones con un estatuto constitucional y legal bien distinto, tanto en lo que hace a sus fuentes de legitimidad como en lo que se refiere a las formas de actuación. Por fin, en el estudio se apunta también la distribución territorial del poder en España como un parámetro de sentido para la oposición público-privado: porque una buena parte de las competencias autonómicas son «administrativas» o de ejecución y, por tanto, quedarían vacías de contenido si las leyes optaran por marginar a la Administración de las tareas de cumplimiento de las normas (a favor del poder judicial).

Finalmente, para falsar la tesis expuesta se proponen tres ámbitos jurídicos tradicionalmente inasequibles para el afán explicativo de la *summa divisio*: el Derecho de vecindad, la actuación de los particulares en régimen «de Derecho público» y, por fin, la actividad de la Administración en régimen de Derecho privado. Con más o menos complejidad argumental, la tesis de este estudio tiene capacidad explicativa sobre todos estos fenómenos.

## CAPÍTULO I

### BASES PARA UNA PROPUESTA TEÓRICA SOBRE LA *SUMMA DIVISIO*

#### I. CULTURA JURÍDICA Y DIVISIÓN DERECHO PÚBLICO VERSUS DERECHO PRIVADO

1. La distinción entre Derecho público y Derecho privado está presente, de forma inmemorial, en la cultura jurídica occidental. Es, se ha dicho, «una distinción instintivamente asumida por los juristas»<sup>1</sup>. Por eso, repetidos han sido los intentos de ordenar el conjunto del Derecho a través de la *summa divisio*. En ese intento, a cada uno de los dos compartimentos conceptuales (*ius publicum* o *ius privatum*) se han adscrito, a lo largo de la historia, las distintas materias, leyes o instituciones que componen el Derecho. Así, y como luego se explicará con más detalle, en el siglo XVII DOMAT adscribía al Derecho público ciertas *materias* o *leyes*: «Las del orden público del gobierno; las que regulan los medios de ser llamados los príncipes soberanos a la soberanía; las distinciones y funciones de los empleos públicos para la administración de la justicia, para la milicia, para la Real Hacienda; las leyes llamadas municipales; las que reglan los derechos del príncipe, su dominio, sus rentas, la policía de las ciudades, y las que establecen todos los demás reglamentos públicos» (*infra* § 1.49). Y calificaba como Derecho privado otras tantas *leyes*: «Las que reglan los contratos entre los particulares, cualquier género de convenciones, las tutelas, las prescripciones, las hipotecas, los testamentos y otras semejantes». Algo después, entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, ensayará nuestro DOU I DE BASSOLS una adscripción de las distintas *materias* jurídicas, poniendo en el lado del Derecho público los nu-

<sup>1</sup> A. CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho civil*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 21.

merosos sectores de la acción económica del Estado (comercio, obras públicas, etc.) y en el lado del Derecho privado las tradicionales materias de contratos, daños, etc. (*infra* § II.56). Otras veces, la división entre Derecho público y Derecho privado ha clasificado *instituciones*. Esta opción arranca, seguramente, de SAVIGNY. Como es sabido, la llamada «Escuela Histórica del Derecho» y luego la Pandectística identifican o conforman *instituciones*, conceptos y categorías que van más allá del Derecho positivo vigente en cada momento histórico<sup>2</sup>. Las instituciones así identificadas engrosan el Derecho privado o el Derecho público. De manera que el Derecho público y el Derecho privado se expresan a través de las instituciones que agrupan. Esta senda clasificatoria de instituciones tiene numerosos continuadores. Así, se hablará del Derecho público como la agregación de instituciones donde está presente la idea de *imperium* (expropiación, coacción, privilegio) y de Derecho privado como la suma de instituciones patrimoniales, de familia y sucesorias<sup>3</sup>.

2. El afán ordenador del Derecho, encarnado en la *summa divisio*, llega hasta nuestros días. Aún hoy los juristas adscriben las distintas leyes, materias, instituciones o sectores de regulación al Derecho público o al Derecho privado. Del Derecho constitucional se dice que es Derecho público. Del Derecho civil, mercantil o laboral se predica con frecuencia que son Derecho privado<sup>4</sup>. Baste con lo dicho para reiterar que la *summa divisio* es una expresión continuada de la cultura jurídica occidental. Pero, ¿dice algo relevante para nuestro tiempo? Pues bien, pudiera ser que la *summa divisio* no expresara nada relevante sobre el Derecho contemporáneo; que fuera un simple tópico o lugar común, mantenido en la retórica jurídica como simple veneración de la tradición, pero sin mayor utilidad teórica o práctica. O pudiera ser también que la *summa divisio* expresase una convención intuitiva del Derecho, imprecisa en su contenido pero aceptada como tal convención por la comunidad jurídica. Esto es, que la simple referencia al Derecho público o al Derecho privado nos llevase a diferentes ámbitos de cultura jurídica, donde están más o menos presentes ciertas técnicas, principios o formas argumentales específicas y, por supuesto, mitos propios. Según esto, podríamos tomar la *summa divisio* como una realidad cultural del Derecho, aun desconociendo su sentido y alcance preciso.

3. En este estudio se acepta, como punto de partida, la *realidad cultural* de la oposición Derecho público *versus* Derecho privado. Pero, al tiempo, se plantea como hipótesis que esa distinción elemental *dice algo* relevante sobre el Derecho contemporáneo. Que la *summa divisio* no es sólo una referencia cultural heredada y aceptada acríticamente o como convención apócrifa. Planteo, como hipótesis, que a través de la oposición Derecho público *versus* Derecho privado se puede profundizar en el entendimiento del Derecho contemporáneo. Esto es, que la distinción entre Derecho público y Derecho privado tiene *valor explicativo* sobre el Derecho actual. Aunque

<sup>2</sup> F. C. VON SAVIGNY, «Entstehung des Positiven Rechts», en *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, reproducido por E. WOLF, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1950, p. 323.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en España *vid.* D. DE BUEN LOZANO, *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 26-28.

<sup>4</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 21.

ese valor explicativo no resulta de ordenar el Derecho en torno a sus dos categorías primarias —público o privado—, sino de predicar de los distintos sectores o ámbitos jurídicos su mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad*. Por supuesto que para llegar a esta conclusión antes habrá que explicar en qué consisten la *iuspublicidad* y la *iusprivacidad*. Más adelante se explicará que esa distinción se puede encontrar en la «forma de regulación». En concreto, en si la garantía de cumplimiento de las normas se atribuye a la Administración o a los jueces (*infra* § III.1). A partir de ahí, la *summa divisio* se toma como un binomio de *cualidades*, no de entidades. Esto es, no se pretende la clasificación de las normas o sectores jurídicos (patrimonial, de familia, de la energía, de la competencia, etc.) como Derecho público o como Derecho privado, sino analizar en cada sector normativo si su *cumplimiento* está en mayor o menor medida confiado a la Administración pública o a los jueces. A este resultado se llegará después de un largo camino. Ese camino empieza avisando de que la división público-privado ha sobrevivido a numerosos intentos de superación y de que los numerosos esfuerzos explicativos han tenido éxitos transitorios (quizá, precisamente, por su afán clasificador, más que predicativo).

4. Aún diré algo más sobre el significado *cultural* de la oposición Derecho público *versus* Derecho privado. Es innegable que uno de los ejes que recorre la cultura occidental está en la distinción entre lo público y lo privado. Pero como categorías culturales primarias, lo público y lo privado no guardan simetría con las categorías Derecho público y Derecho privado. En esencia, lo privado —la privacidad— es lo propio de cada sujeto, lo que queda al margen de la comunidad social<sup>5</sup>. En cambio, lo público —la publicidad— es lo que trasciende de cada individuo, aquello que caracteriza a la comunidad. Pues bien, si ésta es la aproximación cultural primaria a las categorías de lo privado y lo público, hay que notar que tanto el Derecho público como el Derecho privado se refieren, en realidad, a la *dimensión social de los individuos*. El Derecho, a diferencia de la moral, no dice nada de los individuos en sí mismos considerados. El Derecho no impone conductas a los individuos sino en razón de su dimensión social o relacional. En consecuencia, la estricta individualidad está al margen del Derecho. Las normas que protegen a los individuos —normalmente mediante derechos subjetivos— y las normas que gobiernan las relaciones entre individuos sólo son Derecho en la medida en que existe un interés social o comunitario en garantizar ciertos aspectos de individualidad o privacidad, o en reglar las relaciones (los derechos y deberes) entre individuos concretos. De esta manera, si el Derecho protege y garantiza la *privacidad* de cada individuo o la propiedad privada de cada cual, lo está haciendo porque la privacidad o la propiedad pueden ponerse en riesgo por otros. Esto es, lo que regula el Derecho en ningún caso es la esencia privada de cada individuo, sino aquellos aspectos de la individualidad que trascienden al ámbito de lo público. En este sentido, todo Derecho —incluso el que tradicionalmente llamamos privado— contiene elementos de publicidad: de vida social o de relación. Por épocas, grandes esferas de lo privado han entrado en la preocupación pública, y por ello en el campo de acción del Derecho (tanto público como privado). Así, las relaciones patriarcales de dominación en el seno de

<sup>5</sup> Por todos, H. ARENDT, *The human condition*, Chicago, Chicago University Press, 1958, p. 52.

la familia, por largo tiempo consideradas un asunto estrictamente privado y, por tanto, al margen del Derecho, han salido a la luz jurídica gracias al empuje del movimiento político feminista<sup>6</sup>. Las situaciones personales de necesidad también han sido, por épocas, asunto de cada cual, indiferentes a la comunidad, pero hoy son un asunto colectivo y, por tanto, jurídico: unas veces del Derecho público y otras del Derecho privado<sup>7</sup>. En consecuencia, y vuelvo a donde empecé, la división entre Derecho público y Derecho privado no corre paralela a la distinción cultural entre lo privado y lo público. El Derecho privado y el Derecho público siempre se refieren a la dimensión social (pública) de los individuos.

5. En la cultura jurídica contemporánea se contienen múltiples referencias a la *colaboración público-privada*, tanto en la financiación de tareas públicas con recursos privados como en la realización de tareas públicas con la asistencia o por medio de particulares<sup>8</sup>. Un ejemplo de lo último es el contrato de colaboración público-privado expresamente regulado en el art. 11 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF). Ahora bien, las distintas formas de colaboración público-privada no guardan relación directa con la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Más bien, las formas de colaboración público-privada hacen referencia a la apertura de la Administración a la participación, de muy diversas formas, de los sujetos privados<sup>9</sup>. Así ocurre en el urbanismo, tradicionalmente abierto a la colaboración de los particulares tanto en la planificación como en la ejecución y gestión urbanísticas<sup>10</sup>. Pero esa apertura de la Administración a los sujetos privados (a su capital o a su colaboración técnica) se produce normalmente en el seno del Derecho público. No amplía los confines del Derecho privado. Porque una Administración más abierta a los particulares no activa un mayor número de relaciones *entre* particulares, sino un mayor número y distinta cualidad en los vínculos entre el poder público y la sociedad. De ahí que, aunque pueda parecer paradójico, los fenómenos de colaboración público-privada producen transformaciones y adaptaciones en el Derecho público, no una nueva delimitación de linderos entre el Derecho público y el Derecho privado.

6. Algo similar se puede decir en relación con las transformaciones en el seno del Derecho privado, que no necesariamente suponen una nueva delimitación res-

<sup>6</sup> M. WARNER, *Público, públicos, contrapúblicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 35 (traducción del original *Publics and counterpublics*, Urzone, 2002).

<sup>7</sup> G. LÓPEZ CASANOVAS, «Buscando los términos justos del interfaz público-privado en la reforma del Estado de Bienestar. ¿Qué debería cubrir la protección social?», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 71 (2013), pp. 43 y ss.

<sup>8</sup> Una visión amplia de este fenómeno, que también incluye la producción de normas para la Administración, en CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes. Rapport public 2008*, París, La Documentation Française, 2008.

<sup>9</sup> Este sentido fundamental de la colaboración público-privada en J. A. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 46.

<sup>10</sup> Por todos, J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 48 y 143, y para Francia, con notas comparadas europeas, J.-B. AUBY, «Colaboración público-privada y transformación urbanística», en *Anuario de Derecho Municipal 2011*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 242 y ss.

pecto del Derecho público. A mediados del siglo xx se señaló en la doctrina que en el Derecho privado había perdido fuerza, como matriz estructural, la autonomía de la voluntad, y que se habían expandido las leyes imperativas sobre las relaciones entre particulares. Pero un aumento de las leyes imperativas *no era propiamente una publicación* del Derecho privado, sino una transformación de ese Derecho, adaptado a la nueva realidad social y axiológica de la mitad del siglo xx<sup>11</sup>. Hoy, en el contexto político del neoconservadurismo y de la «Gran Sociedad», asistimos a un proceso de *regresión del Estado* y de la Administración, así como a una progresiva *deslegalización* de las relaciones entre particulares<sup>12</sup>. Estos dos fenómenos, estrechamente unidos ideológicamente, no tienen por qué manifestarse en nuevos linderos entre el Derecho público y el Derecho privado. Más bien, hay transformaciones profundas en cada uno de ellos. El Derecho público se reconstruye a la medida de una nueva Administración: más reducida y selectiva o estratégica en su actuación. Y el Derecho privado reordena el equilibrio preexistente entre autonomía negocial y normas imperativas (a favor del pacto o el acuerdo, frente a la legalidad imperativa). Según esto en la «Gran Sociedad» podríamos no asistir a una redefinición de la vecindad entre el Derecho público y el Derecho privado, sino sólo ante un cambio profundo en los contenidos de cada una de estas dos esferas del Derecho.

## II. RELATIVIZACIÓN Y PERMANENCIA DE LA SUMMA DIVISIO

7. Como ya se ha dicho, la realidad jurídica actual se sirve, como aparentemente hace dos mil años, de la oposición «Derecho público *versus* Derecho privado». Y ello pese a que muchos —y por razones bien diversas— han sido los intentos de dar por *superada* la *summa divisio*. Esos intentos se pueden exponer sistemáticamente de la siguiente forma.

a) Está, en primer lugar, el dogma de la *unidad del Derecho*, que algunos autores han considerado como estructuralmente opuesto a la *summa divisio*<sup>13</sup>. En ello, quizá, los autores han partido de una sobreestimación de la división misma<sup>14</sup>. Pues, de suyo, la *summa divisio* no cuestiona la unidad del ordenamiento. No sólo es perfectamente compatible con el concepto de unidad, sino que incluso la unidad es requisito previo

<sup>11</sup> L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho público y privado*, traducción de A. G. Posada y R. Jaén, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 193 y ss.

<sup>12</sup> A. SUPLOT, «The public-private relation in the context of today's refeudalization», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 1 (2013), pp. 129-145, esp. p. 135.

<sup>13</sup> Desde luego, H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, 2.ª ed., México, UNAM, 1958, pp. 105 y ss.

<sup>14</sup> Ese sentido tienen, en mi opinión, las palabras de DE CASTRO: «Entre todas las divisiones hechas del Derecho positivo, ninguna ha logrado admisión tan general en la doctrina ni tanta repercusión práctica como la que distingue el Derecho público del privado». Ahora bien, también destacó el ilustre civilista que: «Este éxito ha tenido una contrapartida poco grata. La antigua unidad del Derecho parece romperse; se habla de dos sistemas autónomos de normas, radicalmente separados, y los cultivadores de la ciencia se apartan en grupos cerrados de especialistas que pretenden crear para sus disciplinas métodos y conceptos independientes y que mutuamente se ignoran» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, 2.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, pp. 73 y 74).

a la sistematización posterior. Como variación personal del dogma de la unidad, DE CASTRO propuso la existencia de — más que dos bloques del Derecho — dos principios informantes, con distinta intensidad, de todo el ordenamiento: los *principios de personalidad y comunidad*<sup>15</sup>.

b) Una segunda opinión crítica está en la *insuficiencia de la dicotomía* para captar la esencia del Derecho<sup>16</sup>. Las formulaciones más acabadas en este sentido las podemos encontrar en el *Genossenschaftsrecht (Derecho de comunidades)* de Otto VON GIERKE, propuesta teórica con apoyo positivo inmediato en el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794<sup>17</sup>. Los postulados elementales del *Derecho de comunidades* han sido seguidos en parte hasta hoy<sup>18</sup>. La idea básica del *Genossenschaftsrecht* está en la necesaria identificación de estadios intermedios («comunidades») entre el Estado y los individuos. Y, consecuentemente, en la existencia de un *tertium genus* entre el Derecho público y el Derecho privado: el Derecho «social» o de las «comunidades». En mi opinión, el *Derecho general de comunidades* bien pudiera expresar la *sublimación romántico-nacionalista* del Derecho germánico como Derecho comunitario (frente al Derecho «individual» latino), idea que aflora precisamente a mediados del siglo XIX, cuando Alemania busca en el pasado remoto las señas identificadoras (así, el Derecho) de una nación emergente. Al mismo tiempo, detrás de ese Derecho «comunitario» general pudiera estar una *resistencia conservadora frente al concepto de sociedad civil (política)* que se imponía en Europa tras la revolución burguesa<sup>19</sup>. Lo sesgado y local del *Genossenschaftsrecht*, muy apegado a las singularidades históricas y políticas de Alemania, aconseja relativizar la relevancia del *Derecho de comunidades* frente a la vigencia contemporánea de la *summa divisio*. Pero, al mismo tiempo, es necesario reconocer que la oposición entre Derecho público y Derecho privado presenta dificultades explicativas en relación con algunas organizaciones sociales características del siglo XX, como los sindicatos o las asociaciones políticas<sup>20</sup>, y con las crecientes organizaciones, corporaciones o agrupaciones propias del Estado social<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>16</sup> K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., München, C. F. Beck, 1989, p. 5.

<sup>17</sup> Parte I, Título I, § 2: «La sociedad civil consiste en muchas pequeñas sociedades y estamentos unidos mediante la naturaleza o la Ley, o las dos cosas a la vez».

<sup>18</sup> Por ejemplo, por M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, traducción de E. Drake, Madrid, 1972, pp. 102 y ss.; H.-M. PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB*, 3.ª ed., München, C. F. Müller, 1987, pp. 2 y ss., y 17 y ss., y entre nosotros, en la propuesta de un «Derecho económico» como *tertium genus* heredero del Derecho social de GIERKE, vid. J. L. DE LOS MOZOS, en J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. 1, 12.ª ed., Madrid, Reus, 1988, p. 120.

<sup>19</sup> En el mismo sentido, pero para otros fines, C. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 49-50.

<sup>20</sup> Rastros de la teorización de estas entidades intermedias se pueden encontrar también entre nosotros. Así, PAREJO hace referencia, para explicar las Cámaras de Comercio, a que entre las Administraciones públicas y las asociaciones privadas hay otros «entes sociales» y «entes corporativos públicos» (L. PAREJO ALFONSO, «Prólogo» al libro de S. DEL SAZ, *Cámaras Oficiales, Cámaras de Comercio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 12). También la jurisprudencia constitucional se ha referido en alguna ocasión a los estatutos de las sociedades como «entidades intermedias» (STC 218/1988).

<sup>21</sup> «Los cometidos de un Estado que intensifica y multiplica sus prestaciones, de un Estado social y económicamente cada día más activo, son desempeñados menos que nunca por una burocracia única y

c) La *relativización de la oposición entre Estado y sociedad* ha explicado también la imbricación, cuando no indistinción, entre Derecho público y privado. Se ha dicho, en este sentido, que «la consideración existencial del individuo en la sociedad industrial contemporánea se relaciona con el orden general político más íntimamente aún que, por ejemplo, en el siglo XIX, lo que hace que apenas pueda ya sostenerse el valor epistemológico [de la *summa divisio*]»<sup>22</sup>. Entre nosotros también se insiste en esta idea<sup>23</sup>. Incluso el Tribunal Constitucional ha acogido esta opinión cuando en la STC 18/1984 declara que: «La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad que difumina la dicotomía Derecho público-privado» (FJ 2). Una variedad de este planteamiento se encuentra en la aceptación de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, precisamente porque aquí habría perdido relevancia la distinción entre Derecho público y Derecho privado<sup>24</sup>. Con una perspectiva actual se podría decir que, aun con importantes mutaciones internas, la distinción Estado-sociedad mantiene cierto vigor explicativo. Y de ahí resulta la presencia, también actual, de la *summa divisio*. La cuestión está, entonces, en entender cuál es la composición actual entre Estado y sociedad, y de ahí deducir un posible sentido para la distinción entre Derecho público y Derecho privado. Si, según parece, asistimos a un repliegue del Estado y una expansión de la sociedad (o de algunos de sus componentes, los más poderosos)<sup>25</sup> habremos de convenir en que también se está dando una recomposición de la *summa divisio*. Ya veremos más adelante que la retirada estratégica del Estado puede estar determinando una mayor aproximación material entre el Derecho público y el Derecho privado, quedando el sentido de la distinción en la mayor o menor presencia de la Administración en el cumplimiento de los mandatos normativos (*infra* § III.1).

d) Hay también un *rechazo cultural-nacional* a la distinción entre Derecho público y privado. Se parte de la base de que la actual versión de la *summa divisio* es una construcción exclusivamente alemana<sup>26</sup>. Lógicamente, este rechazo debe venir del De-

más que nunca por numerosas organizaciones y agrupaciones, más o menos independientes, que van desde las corporaciones dotadas de autoadministración a las instituciones y fundaciones de Derecho público, pasando por las sociedades jurídico-privadas en mano pública o con participación pública, hasta empresas y agrupaciones privadas» (M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado. op. cit.*, p. 117).

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>23</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Ceura, 1988, p. 56. Con acierto rechaza PAREJO tanto una asimilación del dualismo Estado-sociedad con el de Derecho público-Derecho privado, como que la relativización de la distinción Estado-sociedad ponga en entredicho la distinción primaria entre Derecho público y Derecho privado [L. PAREJO ALFONSO, «Público y privado en la Administración Pública», en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, Madrid, Civitas, 1996, pp. 4667-4716, esp. p. 4682].

<sup>24</sup> J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, CEC, 1997, pp. 108 y 254.

<sup>25</sup> Recientemente, J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 24.

<sup>26</sup> H. RABAUULT, «La notion de droit public en droit administratif allemand», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm. 1 (1997), pp. 111-142.

recho francés, el Derecho continental tradicionalmente menos influido por el alemán. Claro que quien formula esa crítica se encuentra con que un problema muy similar se da en la distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado; distinción ésta que sí está en la estructura del pensamiento jurídico francés heredero de su revolución. De distinto orden es el rechazo de la distinción en el Derecho anglosajón, orientado a la práctica judicial y reluctantante a las sistematizaciones académicas<sup>27</sup>.

e) Gran relevancia tiene la desvaloración de la *summa divisio* a partir de una *visión sectorializada del Derecho*. Se argumenta, en este sentido, que las divisiones sistémicas (así, público-privado) deben pasar a un segundo plano y debe cobrar importancia el análisis de «contextos concretos». Esto es, sectores materiales donde se demuestra una unidad de soluciones o regulaciones por debajo de la clasificación como Derecho público o Derecho privado<sup>28</sup>. En mi opinión, y como luego se desarrollará (*infra* § I.84), la comprensión sectorial del Derecho es de gran utilidad epistemológica, pero no por ello hace inútil la *summa divisio*. Luego se dirá que los distintos sectores normativos se pueden explicar, precisamente, por su mayor o menor orientación jurídico-pública o jurídico-privada. Normalmente, un sector o ámbito jurídico difícilmente se puede adscribir de lleno al Derecho público o al Derecho privado, pero sí se podrá explicar por el mayor grado de publicación o privatización de su contenido, en el sentido que más adelante se explicará (*infra* § III.1).

8. Es innegable, según se ve, el cuestionamiento y relativización de la *summa divisio*. Y, sin embargo, la oposición entre Derecho público y Derecho privado aún sigue siendo una referencia ineludible de la retórica y la semiótica jurídicas<sup>29</sup>. En España, las leyes hablan de «deudas de Derecho público» [art. 109 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)] o de la aplicación del «Derecho privado» a ciertos organismos públicos [art. 53.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)]. También la jurisprudencia se sirve de las categorías Derecho público y Derecho priva-

<sup>27</sup> G. ALPA, «Derecho público "y" Derecho privado. Una discusión abierta», *Revista de Derecho Privado*, núm. 83-1 (1999), pp. 3 y ss., esp. p. 9.

<sup>28</sup> BULLINGER identifica hasta diez «contextos» donde, dice, se plantean cuestiones comunes, al margen de la sistematización público-privado. Estos contextos son: controles externos, tanto inspecciones administrativas externas (de cuentas, entre otras) como auditorías a empresas; prestaciones al público, contexto común para la contratación privada conforme a cláusulas generales y las prestaciones de establecimientos públicos; prestaciones donativas o a bajo precio, como subvenciones públicas y viviendas a bajo precio de cooperativas privadas; vigencia de derechos fundamentales, cuyo alcance viene determinado por el contexto material concreto, no de que se trate de relaciones de particulares entre sí o con el Estado; formas societarias, que sirven tanto para el Estado como para los particulares; responsabilidad extracontractual, tanto del Estado como de los particulares; los derechos subjetivos, cuya esencia es independiente de su catalogación (derechos subjetivos privados o públicos); todos los derechos subjetivos son irrevocables y valen frente a todos (sujetos públicos o privados); las relaciones de vecindad, que rigen la vida de todos los vecinos, aunque uno sea público; relaciones de empleo; actividades económicas: todas las empresas, públicas o privadas, tienen un régimen jurídico común, impuesto por el mercado en que actúan (régimen común de competencia) (M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, op. cit., pp. 125 y ss.).

<sup>29</sup> En términos comparados *vid.* M. RUFFERT, «The transformation of Administrative Law», en M. RUFFERT (ed.), *The transformation of Administrative Law in Europe/La mutation du droit administrative en Europe*, München, Sellier, 2007, pp. 3 y ss., esp. p. 10.

do<sup>30</sup>. Y ya por último, la *summa divisio* está ininterrumpidamente presente en la doctrina académica. Son temas centrales de la teoría jurídica actual la «privatización del Derecho público»<sup>31</sup>, la «huida al Derecho privado» o la «publicación del Derecho privado»<sup>32</sup>. Y hay cierta desorientación sobre cómo insertar en la *summa divisio* ciertos sectores jurídicos emergentes, como el Derecho de los consumidores, de la competencia, de la asistencia social o de la información. Visto que el binomio «Derecho público versus Derecho privado» es un *hecho contemporáneo*, en este estudio se pretende ofrecer una explicación verosímil sobre cuál es el sentido de la *summa divisio* en nuestros días. La posible explicación deberá referirse no sólo a sectores jurídicos consolidados, sino también — y especialmente — a sectores donde están cambiando las pautas de relación entre el Estado y los sujetos privados; en especial, donde los particulares llevan a cabo servicios o actividades de interés público bajo el control o posición de garante de la Administración (*Gewährleistungsverwaltung*).

9. Por distintas razones y perspectivas, la *summa divisio* está presente en el *debate académico comparado*. Unas veces, para mostrar la decadencia de la *divisio* en el nuevo contexto jurídico global<sup>33</sup>. Otras veces, por su posible utilidad en el marco de la nueva ciencia del Derecho administrativo (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*), que presta más atención a la eficacia del Derecho como forma de dirección de conductas que a sus concretos contenidos<sup>34</sup>. Y también, en el caso del Reino Unido, por la recepción tardía de estructuras jurídicas tradicionales del continente: jurisdicciones específicas para la Administración y parámetros «constitucionales» de actuación para los poderes públicos (sobre todo, los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos)<sup>35</sup>. Con carácter general, y con la excepción del Reino Unido,

<sup>30</sup> Entre otras muchas, SSTC 37/1981, FJ 3; 88/1986, FJ 6, y 207/1999, FJ 5, y STS de 24 de junio de 2003 (Ar. 4589).

<sup>31</sup> J. CAILLOISSE, «Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique», *L'actualité juridique. Droit administratif (AJDA)*, 1996, pp. 955 y ss. En España, entre otros, E. MALARET I GARCÍA, «El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales», en VVAA, *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 9 y ss., esp. p. 17.

<sup>32</sup> J. J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, «El Derecho civil del siglo XXI», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 143 (1989), pp. 7 y ss. Recientemente, desde otra perspectiva, J. ESTEVE PARDO, «La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 189 (2012), pp. 11 y ss.

<sup>33</sup> J.-B. AUBY, *La globalización del Derecho y el Estado*, traducción de E. Guichot, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 222, y M. ROSENFELD, «Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century: An introduction», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 1 (2013), pp. 125-128.

<sup>34</sup> Por todos, E. SCHMIDT-ASSMAN, «Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze», en W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMAN, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1996, pp. 7 y ss., y más recientemente, M. BURGI, «Rechtsregime», en W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMAN y A. VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. 1, München, C. H. Verlag, 2006, pp. 1177 y ss.

<sup>35</sup> D. OLIVER, «What, if Any, Public-Private Divides Exist in English Law?», en M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 1 y ss., esp. p. 3.

los debates académicos no giran ya tanto en torno al sentido ontológico de la *summa divisio* como en relación a su *utilidad y eficacia* contemporáneas. Muy significativamente, las propuestas teóricas que hacen hincapié en la «mutua receptividad» (*wechselseitige Auffangordnungen*) o en la «complementariedad» (*Verbund*) de ambos subordenamientos<sup>36</sup> apenas sí prestan atención a dónde está la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, y se dirigen directamente a optimizar su *utilización compatible y complementaria*. El presente estudio toma nota, desde luego, de la visión del Derecho público y del Derecho privado como opciones instrumentales compatibles. Pero también pretende explicar *dónde puede estar hoy la distinción* y, por tanto, el sentido de la *summa divisio*.

10. Para este fin, primero voy a identificar los límites y premisas metodológicos que condicionan y encauzan cualquier intento explicativo de la *summa divisio*; luego voy a formular una *hipótesis verificable*, esto es, consistente (sin incoherencias valorativas y sin excepciones carentes de justificación), con eficacia explicativa real y no falsada (no contradicha por el ordenamiento jurídico)<sup>37</sup>. Para la falsación voy a proyectar la hipótesis explicativa sobre algunos fenómenos controvertidos de la realidad jurídica (la actuación de particulares en régimen de Derecho público y la actividad de la Administración conforme al Derecho privado). Por último, ya aviso de antemano que la propuesta explicativa tiene, como es propio de toda teoría hermenéutica, una cierta *trascendencia heurística*<sup>38</sup>. Pretende no sólo explicar de forma plausible (convinciente) el Derecho actual, sino también influir sobre la formación del Derecho y ofrecer orientación en la búsqueda de soluciones jurídicas<sup>39</sup>. En este sentido, ya avanzo que la propuesta teórica de este estudio pretende contribuir a *normalizar* dos fenómenos que enfrentan resistencias de distinto signo: la existencia de sujetos privados que ejercen tareas de gran relevancia pública y la presencia del Estado (o mejor, de la Administración) en las relaciones entre particulares, en sus relaciones económicas y en sus mercados.

### III. TEORÍAS EXPLICATIVAS

11. Desde fines del siglo XIX y hasta hoy se ha intentado reiteradas veces formular un criterio que ordene el conjunto del Derecho en público o privado<sup>40</sup>. La mayoría de las aportaciones doctrinales giran en torno a dos ejes: uno objetivo y otro subjetivo.

<sup>36</sup> Por ejemplo, J.-P. SCHNEIDER, «The Public-Private Law Divide in Germany», en M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 85 y ss., esp. p. 89.

<sup>37</sup> C.-W. CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, traducción de J. L. De Castro, Madrid, Civitas, 1995, pp. 71 y ss.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>39</sup> Similar, para Italia, G. ALPA, «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», *op. cit.*, p. 24. Para Chile, A. VERGARA BLANCO, *El Derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como «Derecho común»*, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot Legal Publishing, 2010, p. 99.

<sup>40</sup> Ya a principios de siglo intentaba HOLLIGER una enumeración acabada de todas las teorías hasta entonces formuladas (J. HOLLIGER, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht un*

El primer grupo de teorías, llamadas *objetivas*, hacen descansar la dicotomía público-privado sobre una nota sustantiva, esto es, sobre el contenido o sentido de la norma o normas consideradas. Al otro lado, frente a estas teorías objetivas o materiales estarían las teorías subjetivas, que identifican como criterio distintivo el *sujeto al que se dirigen las normas*, si el Estado o si los particulares. Veamos.

## 1. Teorías objetivas

12. Según lo anunciado, las teorías objetivas apoyan la división sobre la sustancia misma de las normas, sobre el *contenido prescriptivo* para sus destinatarios. Esta nota o criterio distintivo varía según cada teoría objetiva. Unas veces es el diferente interés (general o particular) al que sirve cada norma concreta<sup>41</sup>; otras veces es la relación de las normas con la autonomía de la voluntad o la estructura de las relaciones (de igualdad o subordinación) que disponen las normas; por último, otras veces el criterio relevante es la mayor o menor orientación de las normas hacia las personas o individuos o hacia la comunidad. En seguida se exponen brevemente todas estas teorías explicativas.

### 1.1. Interés general versus interés particular

13. Las llamadas «teorías del interés» califican como Derecho público aquel que sirve al interés general. Por contra, sería Derecho privado el que sirve a la utilidad particular. Así se explicaba con claridad en el Derecho civil anterior a la codificación: «[Derecho público es] el conjunto de las leyes que tienen por objeto la utilidad común de la nación española», y es Derecho privado «el que se dirige a procurar la utilidad de cada uno de sus individuos en particular»<sup>42</sup>. El mismo criterio está presente en la literatura del siglo XX<sup>43</sup> e incluso en nuestros días<sup>44</sup>. Con acierto se ha opuesto a esta teoría que todo el Derecho, no sólo el público, sirve al interés general<sup>45</sup> (el Derecho de familia, aun Derecho privado, sirve a un modelo de orden social). Y que lo que convencionalmente se tiene por Derecho público protege y sirve al interés particular: una bonificación tributaria sirve, antes que nada, a cada concreto contribuyente<sup>46</sup>; los permisos

*dem Privatrecht dargestellt im Prinzip und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, Buchdruckerei J. Weiss, 1904).

<sup>41</sup> G. ALPA, «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», *op. cit.*, p. 7.

<sup>42</sup> S. DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. I, Valencia, 1868, p. 9.

<sup>43</sup> Entre los iuspublicistas, por ejemplo, A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, Librería Santarén, 1955, p. 37.

<sup>44</sup> Por ejemplo, aunque ya con una posición relativista, J.-B. AUBY, «Le rôle de la distinction du droit public et droit privé dans le droit française», en M. FREEDLAND y J.-B. AUBY, *The Public Law/Private Law Divide*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 11 y ss., esp. p. 13.

<sup>45</sup> J. L. DE LOS MOZOS, en J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>46</sup> K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 2. Entre nosotros, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 40.

de los empleados públicos [hoy en el art. 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)] sirven, primera y fundamentalmente, a sus beneficiarios. En nuestros días, al amparo de la Constitución ha rebrotado en España la teoría del interés, aunque de forma indirecta. Así, se parte del art. 103.1 CE («la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales») y se afirma que el Derecho administrativo (y, por extensión, el Derecho público) se caracteriza precisamente por su servicialidad al interés general<sup>47</sup>. Pero, en mi opinión, la idea de interés general —tal y como figura en el art. 103.1 CE— sólo sirve para excluir el interés particular (no «general») en el funcionamiento de la Administración pública, pero ni sirve para distinguir *per se* el Derecho público del Derecho privado ni permite la conclusión de que el Derecho privado no sirve al «interés general». Pues lo cierto es que todo el Derecho, no sólo el público, sirve al interés general<sup>48</sup>: el Derecho de familia, aun Derecho privado, sirve a un modelo de orden social; la libertad de comercio no es sólo beneficio individual, sino también progreso de una sociedad; el Derecho de la edificación, inicialmente dirigido a proteger el interés de los terceros adquirentes de edificaciones, se dirige hoy a «garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente» (art. 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). Y por otro lado, el interés particular no está ausente en sectores que tradicionalmente denominamos como Derecho público: las normas urbanísticas (incluso los planes) protegen y dotan de contenido a la propiedad de los particulares; las normas de calidad de las aguas protegen los intereses de los titulares de derechos de aprovechamiento. En suma, todo el Derecho, se califique tradicionalmente como público o privado, sirve en mayor o menor medida al interés general.

## 1.2. Autonomía de la voluntad

14. Una opinión históricamente relevante sitúa la diferencia entre Derecho público y Derecho privado en la autonomía de la voluntad<sup>49</sup>. Esta idea de autonomía sigue aún latente en buena parte de la doctrina académica<sup>50</sup>. Se ha dicho, en este sentido, que el Derecho privado constituye un «marco normativo» (*Rahmenordnung*) en el que juega la autonomía de la voluntad de los particulares, mientras que el Derecho público contiene «programas normativos» (*Programmsteuerung*) para el Estado<sup>51</sup>. A mi juicio, esta distinción dista de explicar convenientemente la realidad. Ninguna duda hay de

<sup>47</sup> L. PAREJO ALFONSO, «Público y privado en la Administración Pública», *op. cit.*, p. 4678.

<sup>48</sup> También *vid.* M. BURGI, «Rechtsregime», *op. cit.*, p. 1185, nota 54.

<sup>49</sup> Contra una opinión muy arraigada *vid.* J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. 1, 12.ª ed., Madrid, Reus, p. 116. En Derecho alemán *vid.* H. M. PAWŁOWSKI, *Jüngerer Teil des BGB*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>50</sup> Por ejemplo, K. HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, traducción de I. Gutiérrez, Madrid, Civitas, 1995, p. 75; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen...», *op. cit.*, p. 16, y A. SUPLOT, «The public-private relation in the context of today's refeudalization», *op. cit.*, p. 132.

<sup>51</sup> E. SCHMIDT-ASSMAN, «Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen...», *op. cit.*, p. 21.

que el Derecho privado contemporáneo se construye, en buena medida, sobre la idea central de la «autonomía de la voluntad» plasmada en «declaraciones de voluntad» que dan vida a «negocios jurídicos»<sup>52</sup>. Es innegable que en la imagen social compartida sobre el Derecho privado está presente la autonomía de la voluntad como categoría jurídica central. Pero, en mi opinión, la autonomía de la voluntad no se puede tener hoy como criterio *identificativo* del Derecho privado. A riesgo de crear un concepto artificial de Derecho privado que deje fuera de la categoría amplias esferas del Derecho laboral, mercantil y civil. Como sigue:

a) En primer lugar, la autonomía negocial presenta en la actualidad un *campo de juego menor* que hace casi dos siglos, cuando se teorizaba el negocio jurídico y la declaración de voluntad. Así, por ejemplo, el Derecho español de sociedades no es ya —como dice desde su origen el art. 121 del Código de Comercio de 1829— el conjunto de normas subsidiarias o disponibles por los estatutos societarios (fruto de la autonomía de la voluntad), sino fundamentalmente *ius cogens* para los estatutos y la actividad negocial de la sociedad. De otro lado, no hay autonomía de la voluntad, ni poca ni mucha, donde las normas imponen *obligaciones a los particulares*: por ejemplo, obligaciones de alimentos entre cónyuges y ascendientes y descendientes que no se fundan en la voluntad, sino en la ley (art. 143 CC). No hablo ya sólo de límites imperativos que encuadran la autonomía de la voluntad, sino incluso de puros derechos y deberes de conducta impuestos por la ley a los particulares (entre sí).

b) Ciertamente que la idea de autonomía está presente en gran parte de lo que convencional y tradicionalmente se entiende como Derecho privado, fundamentalmente en el Derecho patrimonial y de obligaciones. Pero esa autonomía no es ni uniforme ni privativa del Derecho privado. No es uniforme, porque la autonomía del administrador de una sociedad mercantil, por ejemplo, está considerablemente constreñida por los propios estatutos de la sociedad, límite éste que no tiene quien gestiona su propio patrimonio. Y tampoco el poder jurídico que expresa la autonomía de la voluntad es privativo del Derecho privado. Si la autonomía de la voluntad es el «poder de autodeterminación de la persona»<sup>53</sup>, hay que entender que esa autonomía está presente —con mayor o menor intensidad— en todo el Derecho, y, por tanto, en cualquier comprensión que se tenga del Derecho público. Porque también en cualquier comprensión asumible del Derecho público los particulares disfrutan de autonomía. No sólo de la autonomía que garantizan los derechos fundamentales frente al Estado, sino —incluso— de una estricta autonomía negocial: en el régimen español de los contratos de colaboración público-privada, por ejemplo, el contratista disfruta de amplia autonomía negocial respecto de la organización pública contratante [por ejemplo, para la definición del objeto mismo del contrato (art. 134 TRLCSP)]<sup>54</sup>.

c) Por último, la propia autonomía de la voluntad no es tan intensa ni, en consecuencia, tan diferente de otros poderes de libre configuración que encontramos fuera del Derecho privado. En España, ya antes de la Constitución la ley había limitado la

<sup>52</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 11 y ss. (reimpresión del original editado en Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971).

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>54</sup> Coincide A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 22.

autonomía de la voluntad: moral, orden público, interdicción del abuso del derecho y buena fe (art. 7 CC). De forma que había y hay parámetros, siquiera negativos, dentro de los cuales se mueve la autonomía de los particulares. Parámetros que no son muy distintos de los que se imponen a menudo a los órganos del Estado<sup>55</sup>; así, al Gobierno en ejecución de su función de dirección política o de las relaciones internacionales<sup>56</sup>, o a los órganos de la Administración en ejercicio de la llamada «administración de libre conformación» (*Gestaltungsverwaltung*) o «administración no vinculada legalmente» (*Gesetzesfreie Verwaltung*)<sup>57</sup>. En estos ámbitos de actividad administrativa, escasamente programados en las normas o incluso entregados por entero a la Administración en el caso concreto, difícilmente podemos decir que la norma no es un simple «marco jurídico» (*Rahmenordnung*) donde juega el poder de opción de la Administración.

15. Tenemos, en suma, que la autonomía de la voluntad es hoy una opción normativa constitucionalizada, expandida por todo el Derecho y, al mismo tiempo, *debidada en su idoneidad* para explicar una parte del Derecho, el privado. Por un lado, la autonomía no es patrimonio del particular en sus relaciones con otros particulares; la autonomía (la libertad) acompaña al individuo también en sus relaciones con el poder público. Por otro lado, la autonomía del particular no incluye en todo caso la arbitrariedad (como también ocurre con los poderes públicos). Y por último, la autonomía limitada, entendida como posibilidad de opción dentro de los límites de la ley, tiene su correspondencia simétrica en la distribución del poder público entre los distintos órganos del Estado: autonomía de los órganos administrativos respecto de la ley y frente a los jueces.

### 13. Igualdad de partes

16. Éste es el corolario, se ha dicho, del principio de autonomía y, por tanto, señala distintiva del Derecho privado<sup>58</sup>. Frente a la igualdad, lo propio del Derecho público sería la *subordinación*<sup>59</sup> o la existencia de potestades de autoridad<sup>60</sup>. Aquí aparece, de nuevo, la identificación tópico-liberal entre igualdad de sujetos, autonomía de la voluntad y contrato privado. En consecuencia, podemos extender las críticas realizadas en torno a la autonomía como factor diferenciador entre Derecho público y Derecho privado. De un lado, la igualdad no caracteriza todo lo que comúnmente entendemos como Derecho privado<sup>61</sup>: las relaciones paternofiliales parten, precisamente, de la

<sup>55</sup> Coincide en el resultado J. JORDANO BAREA, «Derecho civil, Derecho privado y Derecho público», *Revista de Derecho Privado*, t. XLVII (1963), pp. 868 y ss., esp. p. 874.

<sup>56</sup> Cfr. J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *El gobierno en acción*, Madrid, CEC, 1995, pp. 129 y 191.

<sup>57</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en A. GALLEGU ANABITARTE *et al.*, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 102 y ss.

<sup>58</sup> H. RABAULT, «La notion de droit public en droit administratif allemand», *op. cit.*, p. 123. En España, A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>59</sup> Así en G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, traducción al español de F. De los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1981, p. 288.

<sup>60</sup> A. VERGARA BLANCO, *El Derecho administrativo como sistema autónomo...*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>61</sup> J. C. VENEZIA, «Puissance publique, puissance privée», *Recueil d'études en hommage à Charles*

desigualdad; el miembro de una asociación no está en posición de igualdad respecto de los órganos de gobierno de la asociación. De otro lado, también hay igualdad en Derecho público: son conocidos *los convenios de cooperación* o colaboración entre entidades públicas en los que dos organizaciones públicas se encuentran en posición de igualdad<sup>62</sup> (y es comúnmente aceptado que la regulación de estos convenios de cooperación es Derecho público)<sup>63</sup>. En suma, aunque es innegable que la igualdad de partes recorre amplias esferas del Derecho privado, esta nota ni es privativa ni es caracterizadora de la oposición entre Derecho público y Derecho privado.

17. Recientemente se puede observar una cierta recuperación teórica del criterio de la igualdad como criterio distintivo entre el Derecho público y el Derecho privado. Esta reviviscencia se ha producido con ocasión de las crecientes tareas de interés general desarrolladas por particulares (servicios de interés económico general desarrollados por sujetos privados en régimen de libre empresa; controles e inspecciones desarrolladas por entidades privadas colaboradoras de la Administración). En todos estos casos se observa que un sujeto privado ocupa, respecto del común de los ciudadanos, tareas y posiciones que hasta ahora eran propios de la Administración. En el ejercicio de funciones de interés general ciertos particulares se sitúan en posiciones de poder o supremacía respecto de otros particulares. Y precisamente para encauzar estas nuevas situaciones de supremacía (ahora entre particulares) se propone la «extensión objetiva» del Derecho público a esas relaciones de poder entre particulares. En esta propuesta se parte implícitamente de una comprensión objetiva del Derecho público y del Derecho privado. El Derecho privado sería el campo de la libertad (entendida como autonomía de la voluntad) y la desigualdad entre particulares, por oposición al Derecho público, entendido como el Derecho de los límites del poder, de la proporcionalidad y de la igualdad.

18. En mi opinión, y frente a la comprensión objetiva de la *summa divisio* basada en la existencia de igualdad (Derecho privado) o subordinación (Derecho público), insisto en que el Derecho privado *no es ontológicamente distinto* del Derecho público. Como luego se verá con más detalle (*infra* § II.6), el Derecho privado sirve a los mismos principios y valores (constitucionales) que el resto del Derecho. No son ajenos al Derecho privado ni la proporcionalidad, ni los límites a la libertad. En cada contexto de intereses, el Derecho que regula las relaciones entre privados puede dar más o menos juego a la libertad. Así, el Derecho laboral español prohíbe toda discriminación en la selección de los trabajadores [art. 4.2.c) LET]. Se podría decir, quizá, que estamos ante una «publicación» del Derecho privado. Sin embargo, esto exige aceptar que el Derecho privado es *per se* opuesto a la igualdad. Y que si incluye prohibiciones de discriminación es como consecuencia de su «publicación». Pero este resultado es difícilmente coherente con la integridad axiológica y principal de todo el Derecho bajo

Eisenmann, Paris, Cujas, 1975, pp. 363-378, y K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>62</sup> Cierto es que JELLINEK salvaba este supuesto diciendo que eran relaciones entre dos sujetos en posición de supremacía (*Herrschaftsobjekten*) (G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, *op. cit.*, p. 289).

<sup>63</sup> Por todos, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 95 y ss.

la Constitución. A mi juicio, un *Derecho privado inclusivo* no es un *Derecho privado* publicado, sino un *Derecho privado contemporáneo*, simplemente distinto del *Derecho privado tradicional*.

#### 1.4. Personalidad versus comunidad

19. Después de relativizar el alcance explicativo de todas las teorías hasta entonces conocidas, DE CASTRO identifica, en el conjunto unitario del Derecho, dos principios informadores: el de personalidad y el de comunidad. Y propone que en torno al principio de *personalidad* se puede identificar, aunque sólo indiciariamente, el Derecho privado<sup>64</sup>, y en torno al principio de *comunidad* se puede identificar, también indiciariamente, el Derecho público. Esta explicación tiene su mayor valor en su *relatividad*, en la conciencia de no poder explicar acabadamente, sino sólo como tendencia, la oposición entre Derecho público y Derecho privado.

20. Pero más allá de esta utilidad, varias son las objeciones que se pueden proyectar sobre la presentación de la *summa divisio* como tendencial oposición entre un principio de personalidad y un principio de comunidad. En primer lugar, en la imagen comúnmente compartida del Derecho privado se incluye con naturalidad el elemento de comunidad no como excepción, sino como fenómeno natural. En este sentido son «comunidades» tanto las asociaciones civiles como las tradicionales sociedades mercantiles (ya no, obviamente, las actuales sociedades unipersonales). Pues, al menos entre nosotros, no ha arraigado un «Derecho de comunidades» (*Genossenschaftsrecht*) como *tertium genus* frente al Derecho público y el Derecho privado.

21. De otro lado, también la persona física (y, por tanto, el llamado principio de personalidad) está en el centro del Derecho público contemporáneo: la expansión y generalización de los Derechos públicos subjetivos desde principios del siglo xx son claro exponente del valor central de la persona en el Derecho público. Además, la realidad tradicional y convencional del Derecho público no siempre se refleja mediante la idea de comunidad. Y ello porque en Derecho público, junto a la idea de comunidad, corren los conceptos de soberanía y de Estado, no siempre reconducibles a la idea de comunidad. Nada tienen que ver con la idea de comunidad las regalías reales, por ejemplo, y, sin embargo, forman parte ineludible del Derecho público. La explicación está en que el poder político, el Estado, no siempre se legitima desde la comunidad. Ya desde el Derecho romano imperial, y como consecuencia de las inmigraciones masivas a Roma, el Estado se desvincula del *populus* y se convierte en un aparato de poder para ese *populus*; de forma que el *ius publicum* imperial no es Derecho del *populus* (de la

<sup>64</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, op. cit., p. 91. Se sigue aún este criterio en L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., p. 43. En la propuesta de DE CASTRO se percibe, en mi opinión, la influencia de GIERKE en su intento de explicación de la realidad social (y con ella del Derecho) como una serie de comunidades o agrupaciones concéntricas que irían de la más sencilla (el matrimonio) a la más compleja (el Estado). Vid. O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954, p. 2.

comunidad, podríamos decir), sino Derecho de la organización de poder, del Estado como organización institucional<sup>65</sup>. A partir de ahí no se puede negar una realidad histórica de identificación del Derecho público con el Estado, responda o no este Estado a la idea elemental de comunidad. En suma, ni siquiera tendencialmente se puede concluir que en la imagen colectiva de la *summa divisio* el Derecho privado gire en torno a la personalidad y el Derecho público alrededor de la comunidad.

#### 1.5. Valoración de los criterios objetivos

22. Hasta aquí se han expuesto varios criterios objetivos, más o menos presentes en cada lugar y momento histórico, con pretensión explicativa de la distinción tradicional entre Derecho público y privado. Según se ha ido argumentado, todos estos criterios presentan algún *déficit explicativo*. Y por déficit explicativo entiendo la incapacidad o insuficiencia de cada criterio para encuadrar u ordenar *el conjunto* del Derecho en una de sus dos ramas, la pública y la privada. Pero entiéndase bien, la objeción de insuficiencia no significa que las notas objetivas o sustantivas descritas no estén presentes en lo que en cada caso se entienda por Derecho privado o Derecho público, pues una cosa es que en cada uno de los dos ámbitos primarios del Derecho puedan estar muy presentes unas u otras características objetivas (como la igualdad, la autonomía de la voluntad o la autoridad) y otra bien distinta que esos criterios permitan una ordenación sistemática, tendencialmente completa y convincente, del Derecho existente. Como sigue.

23. Por supuesto que en lo que convencionalmente llamamos Derecho privado hay notas sustantivas. Y lo mismo ocurre con lo que —también de forma convencional— denominamos Derecho público. La autonomía de la voluntad está sin duda presente en buena parte del Derecho privado. También es perfectamente admisible afirmar que en lo que tradicional y convencionalmente entendemos como Derecho privado está presente el interés particular (en mayor medida, incluso, que el interés general). En consecuencia, no se puede negar que en el Derecho privado están presentes ciertas notas sustantivas (la autonomía de la voluntad, la igualdad o el interés individual). Pero también es verdad que estas notas sustantivas no siempre están presentes —o no de forma relevante— en todos los sectores que convencionalmente encuadramos en el Derecho privado. Existen importantes sectores del Derecho privado, como el Derecho de los consumidores, con fuertes contracciones imperativas a la autonomía de la voluntad, donde se parte de la desigualdad estructural entre los sujetos negociales y donde a la ley le importa no sólo la composición de intereses entre las partes, sino también la consecución de concretos objetivos de interés público (la protección de los consumidores, mandato que en España está expresamente incorporado al art. 51 CE).

24. De forma paralela, en lo que convencionalmente calificamos como Derecho público (y esta convención es importante para medir la eficacia persuasiva de cual-

<sup>65</sup> G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 178.

quier propuesta teórica) también están presentes ciertas notas sustantivas: el interés público, la imperatividad o la posición de subordinación de los ciudadanos frente al poder. Pero tampoco estas notas, ciertamente existentes, están presentes y en la misma medida en todos los sectores normativos. El Derecho urbanístico persigue, ciertamente, el interés público, pero en ese objetivo incorpora una fuerte protección e incluso enriquecimiento exponencial de cada concreto propietario cuando las leyes urbanísticas permiten al propietario patrimonializar las plusvalías de la acción urbanizadora. Tampoco falta autonomía de la voluntad en sectores con fuerte regulación normativa y que convencionalmente calificamos de Derecho público: el Derecho de los contratos públicos incorpora importantes elementos de voluntad libre destinadas a producir efectos jurídicos). Es más, en algunos tipos contractuales públicos, como el contrato de colaboración público-privada, hay un amplio juego para la negociación y fijación del objeto contractual, con lo que la declaración de voluntad del contratante es expresiva de autonomía negocial. Todo lo dicho sirve como reconocimiento de que lo que comúnmente entendemos como Derecho público o Derecho privado presenta notas características. Esto es innegable. Pero como también es innegable que esas notas son de presencia irregular y no exclusivas del Derecho público o del Derecho privado. Se podría afirmar, ciertamente, que allí donde el Derecho sea algo distinto y más allá de un simple marco referencial de la autonomía de la voluntad estaremos fuera del Derecho privado. Esta opinión puede ser asumida. Pero la consecuencia sería una comprensión muy restrictiva de lo que se considera como Derecho privado y la asimétrica aceptación de que todo el Derecho no basado en la autonomía de la voluntad es público. Esta propuesta es asumible en términos lógicos, pero insostenible como teoría explicativa de la realidad porque se enfrenta a una convención social —que aquí se toma como parámetro de plausibilidad— de que el Derecho privado integra naturalmente ámbitos sectoriales de regulación (como el comercio, la familia o los seguros) donde la autonomía de la voluntad está restringida u orientada a la consecución de fines no sólo individuales, sino también colectivos.

## 2. Teorías subjetivas: el destinatario de las normas como criterio

### 2.1. Formulación teórica

25. Sin duda que la caracterización más arraigada de la *summa divisio* es la que distingue entre normas que tienen por destinatario al Estado o a los particulares junto al Estado (normas de Derecho público), y normas cuyos destinatarios son los particulares (normas de Derecho privado)<sup>66</sup>. Una variante de esta caracterización, pero sin ma-

<sup>66</sup> Como simples ejemplos de una opinión tradicional ampliamente compartida en Europa vid. M. HAURIU, *Principios de Derecho público y constitucional*, reimp. de la traducción de C. Ruiz del Castillo (1927), Granada, Comares, 2003, p. 1. En nuestro tiempo, K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, op. cit., p. 3. En Estados Unidos, M. ROSENFELD, «Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century...», op. cit., p. 126.

yores consecuencias, utiliza el concepto de «poderes públicos» en lugar de la referencia al Estado<sup>67</sup>. Ésta es la formulación más simple de la «teoría del sujeto» que, como he dicho, goza de amplia aceptación, aunque también de críticos (tanto iusprivatistas<sup>68</sup> como iuspublicistas<sup>69</sup>). En realidad, la formulación de esa teoría no supone gran esfuerzo intelectual, pues no es infrecuente que las disciplinas jurídicas emergentes se presenten con forma *estatutaria*, esto es, como Derecho especial de un sujeto. Por las teorías estatutarias han pasado, en uno u otro momento, el Derecho canónico, el mercantil, el internacional privado o el administrativo.

26. La teoría subjetiva sobre la *summa divisio* es de fácil arraigo allí donde hay consenso sobre la *identidad unitaria del Estado*. No es una cuestión cerrada, pero el signo de nuestro tiempo es la integración del poder público, en sus diversas manifestaciones, en la noción de Estado. Y ello frente a una idea atomizada del poder que sobrevalora la separación de poderes y de órganos frente a la idea de integración del poder en un sujeto jurídico único (el Estado). No se puede desconocer que las concepciones unitaria o atomizada del poder (y del Estado) responden a contextos culturales y políticos bien distintos. Así, poco calado tiene la concepción unitaria del Estado, de origen alemán, en el Derecho francés; en cambio, parece estar bien aceptada en el sistema jurídico español<sup>70</sup>. Dicho esto, la concepción unitaria del Estado permite partir de un sujeto único y característico sobre el que fundar una teoría jurídica estatutaria (Derecho público como Derecho del Estado). Así ocurre, desde luego, en Derecho alemán<sup>71</sup>. Pero la idea del Derecho público como Derecho propio del Estado presenta también algunas dificultades conceptuales, a saber:

a) En última instancia, *todo el Derecho se dirige al Estado*. También el Derecho privado, en la medida en que ofrece a los jueces y tribunales parámetros imperativos para la resolución de litigios. Esto es, la integración del poder judicial en la noción unitaria de Estado trae como consecuencia que todo el Derecho tiene por destinatario al Estado (como poder ejecutivo, como poder judicial o incluso como poder legislativo).

<sup>67</sup> Así, entre nosotros, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 26 (2011), p. 11.

<sup>68</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, op. cit., p. 111. En Italia, G. ALPA, «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», op. cit., pp. 32-33.

<sup>69</sup> F. GINER DE LOS RÍOS y A. CALDERÓN, *Principios de Derecho Natural*, Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, 1916, p. 120. Por razones distintas (furibundo antisocialismo), también GIL ROBLES criticó la teoría del sujeto: el Derecho público (o político) es más que Derecho del Estado, pues al Derecho político corresponde también otra serie de relaciones (de familia, en el ámbito local, regional, individual) que son políticas y no están regidas por el «Derecho del Estado» [tomo la cita de A. GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y Derecho administrativo: el destino del Derecho público español», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), pp. 724 y ss., esp. p. 776].

<sup>70</sup> Para todo ello A. GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992, *in toto*. En mi opinión, la crítica de GARCÍA DE ENTERRÍA al libro de GALLEGO reside, en gran medida, en la aceptación o no de un concepto unitario, orgánico e integral de Estado [E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público», *Revista de Administración Pública*, núm. 129 (1992), pp. 195 y ss.].

<sup>71</sup> Por todos, K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1987, p. 109.

Se podría replicar, quizá, que en Derecho privado los jueces no tienen más que una función adjetiva, secundaria, para asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas (que serían tales normas *per se*, con independencia del poder coactivo estatal)<sup>72</sup>. Esta visión incide en una imagen tópica —y no real— del Derecho privado como Derecho naturalmente eficaz por su simple legitimidad. Donde la eficacia vendría simplemente reforzada —aunque no constituida— por la existencia de la coerción estatal. Pero, a mi juicio, esta aproximación al Derecho privado como natural, racional o ético, que considera la eficacia como un añadido externo y secundario a la esencia de la norma jurídica (y no un elemento directamente constitutivo de la propia norma jurídico-privada), simplemente no se corresponde con el Derecho privado contemporáneo como suma de opciones políticas de una comunidad, interiorizadas como pautas de conducta por los individuos no sólo por su posible racionalidad o moralidad, sino —fundamentalmente— por la existencia de un poder coactivo estatal que incentiva positivamente el cumplimiento (*infra* § III.5).

b) Por otro lado, la conformación del Derecho público como Derecho estatutario, esto es, como Derecho dirigido al Estado (y constitutivo de un estatuto jurídico singular para ese mismo Estado), también plantea la dificultad de explicar la actuación del sujeto «estatutario» estatal *bajo otras normas distintas de las suyas especiales*. Esto es, el Estado sometido al Derecho privado (así, un municipio como socio de una sociedad anónima o el Estado como titular de un bien patrimonial)<sup>73</sup>. Para salvar esta última objeción se han propuesto varias correcciones a la teoría subjetiva pura. Como sigue.

## 2.2. Correcciones a la teoría del sujeto: el Derecho privado como Derecho común

27. La insuficiencia de la teoría del sujeto, en su versión más tradicionalmente estatutaria, dio lugar a la aceptadísima corrección formulada en Alemania por H. J. WOLFF: «teoría subjetiva modificada» o «teoría del Derecho especial». Según esta explicación, al Derecho privado corresponden las normas que tienen por destinatarios a todos los sujetos (por tanto, también al Estado), y serían de Derecho público las normas que tienen por *destinatario especial o único* al Estado. De esta forma, el Estado es destinatario tanto del Derecho privado (Derecho común) como del Derecho público (Derecho especial del Estado)<sup>74</sup>. Esto es, el Estado actúa en dos órdenes jurídicos distintos: el suyo propio y específico (Derecho público), y el que es común a

<sup>72</sup> Así, ya F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, Veit und Comp., 1840 (2.ª reimp., 1981), p. 23; también M. HAURIOU, *Principios de Derecho público y constitucional*, *op. cit.*, p. 1. En Estados Unidos *vid.* M. ROSENFELD, «Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century...», *op. cit.*, p. 126. Entre nosotros, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 13.

<sup>73</sup> En este sentido H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., München, C. H. Beck, 1988, cap. 3, párr. 14.

<sup>74</sup> H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, 10.ª ed., München, C. H. Beck, 1994, apdo. 22, §§ 27 y ss. Luego también D. EHLERS, «Die Unterscheidung von privatem und öffentlichen Rechts», *Die Verwaltung*, núm. 20 (1987), pp. 373 y ss., esp. p. 379.

todos los demás sujetos del Derecho (Derecho privado = Derecho común)<sup>75</sup>. Veamos a continuación el sentido actual y la explicación histórica de esta dualidad de ordenamientos para el Estado y, con ello, del natural sometimiento del Estado (en especial de la Administración) al Derecho privado.

28. Cualquier teoría explicativa de la *summa divisio* en Alemania debía partir de una nota tradicional incuestionable: la idea del Estado como sujeto económico (*fisco*) sometido, como cualquier particular, al Derecho privado (económico)<sup>76</sup>. Ciertamente en estudios retrospectivos se ha cuestionado que el concepto de fisco haya sido la verdadera justificación del Estado en régimen de Derecho privado<sup>77</sup>. Pero no es menos verdad que la mención del Estado-fisco es recurrente (sola o complementada con la idea de un Derecho patrimonial *común*) en la literatura alemana. El fisco, como concepto de origen romano (y, por tanto, formalmente vigente en el Sacro Imperio Romano-Germánico hasta 1805), tiene en el Antiguo Régimen alemán una función innegable de *control del poder*: el príncipe, cuando actúa como sujeto patrimonial (como fisco), está sometido al mismo Derecho de los demás sujetos patrimoniales (Derecho privado)<sup>78</sup>. La idea del fisco, entonces, sólo será abiertamente cuestionada cuando se divulgue por Europa una nueva forma de control del poder: la separación de poderes. Es significativo en este punto que Otto MAYER (moderadamente afrancesado) abrogara expresamente de la teoría del fisco como inadecuada al Derecho público de su tiempo<sup>79</sup>.

29. Según lo dicho, el fisco —y la consecuencia aneja de que en la esfera patrimonial o económica el Estado se rige naturalmente por el Derecho privado— es una idea útil en la historia jurídico-pública alemana. Sirve para controlar parte del poder (el príncipe como propietario). Mas esta idea no cuajó en el Antiguo Régimen español no sólo por su mayor alejamiento respecto del Derecho público romano, sino también, probablemente, porque nuestro Antiguo Régimen había desarrollado como técnica de limitación del poder la distinción elemental entre *gubernaculum* y *jurisdictio*<sup>80</sup>. De manera que no es la idea de actuación patrimonial, sino la idea de agravio a particulares, lo que determina el control de la actuación «estatal».

30. Avatares de la historia determinan la permanencia de la concepción bifronte del Estado en Derecho alemán. Y con ello la permanencia de dos órdenes jurídicos distintos para el Estado: el de la *policía* o intervención (Derecho público) y el de la *ac-*

<sup>75</sup> *Vid.* aún la descripción de esta tesis en H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, *op. cit.*, cap. 22, párrs. 25 y ss., pp. 200 y ss. Si bien en la edición preparada por STÖBER se contienen también nuevas aportaciones que intentan superar algunas insuficiencias de la teoría inicial de WOLFF.

<sup>76</sup> *Vid.*, en su formulación decimonónica, E. LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1884, p. 15.

<sup>77</sup> M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, *op. cit.*, p. 75, nota 174.

<sup>78</sup> S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996, p. 40.

<sup>79</sup> O. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, traducción del original francés de 1923, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 181 y ss.

<sup>80</sup> A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971, pp. 35 y 107.

42 *tividad económico-patrimonial* (Derecho privado)<sup>81</sup>. La moderna *actividad prestacional* del Estado se reconduce con frecuencia al orden jurídico-privado. Este fenómeno se ha explicado por la inadecuación del Derecho administrativo del siglo XIX (Derecho de intervención) a la nueva realidad de las prestaciones estatales. De manera que, no habiendo un régimen jurídico-público adecuado, el régimen de las emergentes prestaciones estatales se construyó a través del Derecho privado (ya utilizado tradicionalmente para la gestión patrimonial del propio Estado)<sup>82</sup>, mientras que el control de la actuación de policía o intervención se centró en la categoría «acto administrativo» y en su sometimiento a la reserva de ley parlamentaria. En suma, la limitación y control de la actuación patrimonial y contractual pública se aseguró mediante el Derecho privado (aplicado, y esto es relevante, por los jueces civiles). De esta forma se llega, en la actualidad, a que los contratos de la Administración (excepto los «convenios» del § 54 del *Verwaltungsverfahrensgesetz*) sigan siendo regulados por el Código Civil (BGB) o por leyes civiles y mercantiles especiales. Así se explica también que ciertas cuestiones patrimoniales (por ejemplo, las indemnizaciones por expropiación) sigan siendo competencia de la jurisdicción civil (art. 14.III GG). Como se ve, el dualismo normativo de la Administración — y, por tanto, que el Derecho privado sea también Derecho propio para la Administración — es un tributo histórico del Derecho alemán. Su disfuncionalidad ha sido destacada por quienes proponen la vinculación de toda actividad pública a los derechos fundamentales, tanto la fiscal (gestión económico-patrimonial)<sup>83</sup> como la propiamente pública, de prestaciones y dirección social (*Verwaltungsprivatrecht*)<sup>84</sup>, si bien aún no se plantea una ruptura frontal con la tradición, sino, simplemente, una adecuación del dualismo normativo de la Administración a las exigencias constitucionales contemporáneas (fundamentalmente a los derechos fundamentales)<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo...* op. cit., p. 201.

<sup>82</sup> F. OSSENBÜHL, «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 15-16 (1971), p. 515. Vid. también H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, op. cit., cap. 23, párr. 29, p. 238. En español, J. C. LAGUNA DE PAZ, «La renuncia de la Administración Pública al Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 136 (1995), pp. 201 y ss., esp. pp. 208 y 209.

<sup>83</sup> Así, tempranamente, F. OSSENBÜHL, «Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht», op. cit., pp. 513 y ss. Vid. M. RONELLENFITSCH, «Wirtschaftliche Betätigung des Staates», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, Heidelberg, C. H. Müller, 1988, pp. 1171-1204, cap. 84, párr. 30.

<sup>84</sup> Por todos, H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I*, op. cit., cap. 23, párr. 32, p. 240. Vid. una exposición general sobre el estado de la cuestión en Alemania en S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Madrid, Montecorvo, 1996, p. 101.

<sup>85</sup> Una excepción es en este contexto KEMPEN, quien niega con carácter general la capacidad del Estado para gestionar sus funciones públicas en régimen de Derecho privado [si bien aún admite que la actuación logística (contratación administrativa) y la actividad puramente empresarial del Estado se gestionen en régimen jurídico-privado] (vid. B. KEMPEN, *Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung: die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht*, München, F. Vahlen, 1989, pp. 123 y ss.). Entre nosotros, PAREJO ALFONSO ha propuesto seguir la tesis de KEMPEN, pero con ello prescinde del dato de que la aplicación del Derecho privado al Estado no tiene un mismo origen y alcance en España y Alemania (L. PAREJO ALFONSO, «Público y privado en la Administración Pública», op. cit., p. 4710).

31. Esta formulación teórica alemana (la modulación o adaptación constitucional del Derecho privado cuando se aplica a la actividad económico-patrimonial del Estado) ha sido también acogida en Derecho español partiendo de la — más que discutible — identidad del fenómeno (la Administración en régimen jurídico-privado) en Alemania y España<sup>86</sup>. La modulación del Derecho privado según el patrón alemán, cuando se proyecta sobre la actuación económica o patrimonial pública, tiene como resultado un verdadero *Derecho singular* para el sector público económico y patrimonial. Este resultado no es muy distinto al que se alcanza cuando, de forma similar a lo que ocurre en Francia<sup>87</sup>, la ley establece un régimen específico para la actividad económica y patrimonial pública. Tenemos entonces que en España la actividad económico-patrimonial de la Administración siempre es en mayor o menor medida singular, bien por la existencia de un Derecho público o administrativo específico, bien por la aplicación *modalizada* o adaptada del Derecho privado (para hacerlo compatible con exigencias constitucionales y con la propia realidad institucional de la Administración), según el modelo del *Verwaltungsprivatrecht* alemán.

32. Hasta aquí llega el intento de comprensión histórica del Derecho privado como Derecho propio de la Administración. Y, por tanto, de la explicación de la *summa divisio* en clave subjetiva, como oposición entre Derecho público como Derecho propio del Estado (o la Administración) y Derecho privado como Derecho común a todos los sujetos jurídicos (incluido el Estado). Varias son las objeciones contemporáneas que se pueden formular a esta «teoría subjetiva modificada», al menos para su posible aceptación en Derecho español.

a) Como ya se ha señalado, la teoría del Derecho privado como Derecho común (y en esa medida aplicable naturalmente a la Administración) y el Derecho público como Derecho especial (sólo para la Administración) está estrechamente ligada a la *singular formación histórica del Derecho público alemán*. Al largo mantenimiento de la ficción del fisco como forma de sometimiento del Estado (en su dimensión patrimonial) al Derecho (común). En Alemania, quizá por el fracaso de la revolución liberal, el Derecho público o administrativo del siglo XIX no acabó de desplazar al Derecho privado como Derecho propio de la Administración. A diferencia de Francia (*infra* § 1.77) y también de España. En nuestro país, dando continuidad a leyes dictadas aún en el Antiguo Régimen, el siglo XIX impulsa la especialización del Derecho de la Administración respecto del Derecho común<sup>88</sup>. Lo que tiene, como segunda derivación, una identificación progresiva entre Derecho común y Derecho privado, hasta entonces injustificable. De esta forma, el Derecho privado deja de ser Derecho propio (como Derecho común) de la Administración. Más bien, el Derecho privado se aplica a la Administración *por expresa llamada* o decisión de las leyes administrativas. Así, ya en nuestros días es incuestionable que nuestros contratos del sector público (ora administrativos,

<sup>86</sup> F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, INAP, 1987, p. 348. En extenso vid. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, op. cit., p. 140.

<sup>87</sup> H. RABAULT, «La notion de droit public en droit administratif allemand», op. cit., p. 137.

<sup>88</sup> S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo...* op. cit., p. 200, y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, op. cit., pp. 95-98.

ora privados) se rigen por el Derecho privado sólo por remisión expresa de los arts. 19 y 20 TRLCSP. También la posible aplicación del «Derecho común» (léase «Derecho privado») a la actividad económico-financiera del sector público estatal sólo es posible, y de forma supletoria, por expresa llamada del art. 4.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Y, por último, para los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas sólo son aplicables las normas privadas en los términos precisos que establece el art. 7.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En suma, el Derecho privado se aplica a los bienes, actividades económicas y contratos públicos *por expresa decisión o remisión de las leyes administrativas*, no por un natural sometimiento de las relaciones patrimoniales o económicas al Derecho privado.

b) En segundo lugar, la «teoría subjetiva modificada» parte de una *visión tópicca del Derecho privado como Derecho común*. Porque también hay Derecho privado especial o estatutario para sujetos concretos (como las sociedades mercantiles). En consecuencia, aunque se reconozca la posibilidad de que el Derecho privado se aplique a la Administración (por ejemplo, cuando crea sociedades mercantiles instrumentales), ese Derecho no es propiamente común, sino especial para un concreto tipo o clase de sujetos (las sociedades mercantiles, sea quien sea su accionista). De otro lado, también hay normas que comúnmente calificamos como Derecho privado aunque estén singular y específicamente dirigidas al Estado. Es el caso, en Derecho español, de ciertas normas patrimoniales o de normas sobre contratos (privados) específicas para cuando el contratante es un sujeto público. También es especial el art. 17 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) que establece normas específicas para las sociedades unipersonales cuando el socio único es, precisamente, una Administración pública. Para salvar este tipo de objeciones (formuladas también en Alemania a partir de normas similares de las mencionadas para España) se ha propuesto en aquel país una corrección adicional a la teoría del «Derecho especial»: el Derecho público sería, más específicamente, el Derecho especial del Estado en tanto que sujeto *dotado de poder público*<sup>89</sup>. Con esta corrección se pretendía atraer hacia el Derecho privado a aquellas normas que, teniendo por único destinatario al Estado, regulan a éste con criterios iusprivados comunes. Por ejemplo, el art. 928.II BGB, que se ocupa de la adquisición de la propiedad por la Federación alemana previa renuncia formal al derecho por su propietario (*Aneignung*). Aquí el Estado no es considerado como sujeto público (*Hoheitsträger*), sino como simple sujeto patrimonial (fisco). El ejemplo paralelo se daría en España (a falta de certeza sobre la vigencia de la Ley de Mostrencos) con los arts. 913 y 956 CC: sucesión *ab intestato* del Estado. Con el criterio teórico recién expuesto se pasa, en realidad, a distinguir entre el Derecho público y el Derecho privado no tanto por el destinatario de las normas, sino por el *tipo de actividad* de los sujetos (con o sin poder público). Y entonces se abre la nueva cuestión de saber en qué consiste el «poder público».

<sup>89</sup> K. A. BETTERMANN, «Vom Rechtsschutz und Rechtsweg des Bürgers gegen Rundfunk-Rufmord», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 715 y ss., y F. KOPP, W. R. SCHENKE y R. P. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 18.ª ed., München, C. H. Beck, 2012, p. 137, § 11.

c) Por último, la teoría del sujeto no es adecuada para explicar el *ejercicio de funciones públicas por sujetos privados*<sup>90</sup>, pues la regulación de esas tareas públicas, en la medida en que fueran realizadas por particulares, sería necesariamente Derecho privado. En ningún caso Derecho público. Según esto, la reglamentación de ciertas inspecciones, certificaciones y controles sobre instalaciones y artefactos [como la Inspección Técnica de Vehículos (ITV)] sería Derecho privado. Porque las inspecciones y certificaciones técnicas de conformidad están confiadas por las leyes a sujetos privados («entidades colaboradoras»). Y ello pese a que el sometimiento al control por esos sujetos o «entidades colaboradoras» privadas sea obligatorio para los propietarios de las instalaciones, e incluso que las certificaciones de aquellas «entidades colaboradoras» desplieguen los efectos propios de un acto administrativo<sup>91</sup>. Todo ese sector normativo sería Derecho privado, conforme a las teorías subjetivas, simplemente porque tanto los obligados a las inspecciones como los sujetos inspectores y certificantes son sujetos privados. Pero repárese en que calificar a este sector normativo como Derecho privado resulta sencillamente extravagante y priva a la categoría «Derecho privado» de toda capacidad explicativa real.

### 3. Crítica metodológica

33. Ninguna de las teorías explicativas expuestas ha logrado imponerse. Las nuevas propuestas destacan las deficiencias de las anteriores y coetáneas pretendiendo avanzar en la fijación del criterio definitivo de distinción. Pero ningún criterio acaba por imponerse sobre los anteriores. Cada nueva teoría pasa a engrosar el acervo, ya casi inabarcable, de explicaciones y opiniones. El desorden del debate se debe, en mi opinión, a insuficiencias metodológicas, a saber:

a) Falta claridad, en primer lugar, en cuanto a *qué es lo que se pretende calificar* como público o privado. Pues si bien todos los autores se refieren al Derecho (ordenamiento), algunos se deslizan hacia la calificación de los *actos* o las *relaciones* jurídicas que toman vida en ese Derecho<sup>92</sup>, y otros, en fin, se refieren únicamente al Derecho público y privado como posiciones o *perspectivas* de análisis<sup>93</sup>.

b) En la doctrina académica tampoco está claro *cuál es el sentido* de la *summa divisio*. Así, unas veces se plantea como una construcción lógico-abstracta, con vocación de universalidad y que no necesita de confirmación empírica alguna; otras veces

<sup>90</sup> D. EHLERS, en VON MÜNCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., Berlin-New York, 1992, pp. 23-24.

<sup>91</sup> STS de 17 de noviembre de 2000 (Ar. 9136). Y con detalle *vid.* D. CANALS AMETLLER, «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Barcelona, Huygens, pp. 21-52, esp. p. 34.

<sup>92</sup> Así resulta, por ejemplo, en J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, num. 1 (1942), pp. 7 y ss. (p. 26). También G. ALPA, «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», *op. cit.*, p. 2.

<sup>93</sup> *Id.* J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», *op. cit.*, pp. 10-11, en relación con la manualística del siglo XIX. También *vid.* G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, *op. cit.*, p. 171.

se utiliza como una explicación sistemática de la realidad jurídica, y otras veces, incluso, se concibe como una opción constitucional (que impondría la existencia de dos ordenamientos diferenciados, el público y el privado)<sup>94</sup>.

c) Además, las distintas teorías explicativas luchan por la *universalidad*. Como si la distinción entre Derecho público y Derecho privado debiera responder, necesariamente, a un solo criterio<sup>95</sup>.

d) La última (y quizá más grave) carencia metodológica se refiere a la *falta de conciencia histórica* en el planteamiento de la distinción. Carecen así de eficacia explicativa todas aquellas clasificaciones que establecen un criterio abstracto absoluto, desligado de cada tiempo del Derecho.

34. En este estudio pretendo formular un enunciado explicativo verosímil sobre el sentido actual de la oposición entre Derecho público y Derecho privado. Para llegar a esta formulación parto de tres premisas metodológicas elementales que intentan superar las insuficiencias recién enunciadas. Estas tres premisas son: primero, la comprensión de la *summa divisio* como una explicación del Derecho objetivo; en segundo lugar, la necesidad de una aproximación «estructuralista» en la formulación de la hipótesis explicativa; y, por último, la imposible utilización de la *summa divisio* para formar un «sistema conceptual» en sentido estricto. En seguida explico estas premisas metodológicas, que *a priori* pudieran parecer algo crípticas.

#### IV. OBJETO Y SENTIDO DE LA PROPUESTA EXPLICATIVA

35. Este estudio tiene como objeto la *distinción* misma entre Derecho público y Derecho privado. No pretendo explicar el Derecho a través de la *summa divisio*, sino aclarar qué dice la *summa divisio* del Derecho actual, que acepto como una realidad dada. Esto es, el objeto de estudio no está en el Derecho, sino en una categoría tradicional del pensamiento jurídico como es la *summa divisio*. Y tomo el binomio público-privado no en sentido sustantivo, sino *adjetivo*. Esto es, la *summa divisio* no se analiza como un par de conceptos sustantivos con los que clasificar el conjunto del Derecho, sino como dos *cualidades* diferenciadas (*iuspublicidad* e *iusprivacidad*) predicables en mayor o menor medida de cada ámbito concreto de regulación (*infra* § 86). Obviamente, para poder hablar de mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad* en cada sector normativo concreto hay que partir por identificar el posible sentido de la distinción público-privado en cada ordenamiento. Pero en este estudio esa indagación no tiene un

<sup>94</sup> Éste sería el sentido de la llamada «reserva constitucional de Derecho público» con la que se ha pretendido combatir la denominada «huida al Derecho privado». Así, S. DEL SAZ CORDERO, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ CORDERO, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 172 y ss.; R. PARADA, *Derecho administrativo I. Parte General*, 19.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 43; M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Cizur Menor, Civitas, 2008, p. 49, y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 5.

<sup>95</sup> Esta crítica también en G. ALPA, «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», *op. cit.*, p. 4.

fin sistemático o clasificador. No se pretende ordenar el Derecho a través de dos conceptos (Derecho público y Derecho privado), sino analizar el mayor o menor grado de publicidad o privacidad de sectores concretos del ordenamiento. Según lo dicho, frente al planteamiento general —enfocado a la clasificación de normas concretas como *ius publicum* o *ius privatum*— aquí se propone la proyección de la *summa divisio* sobre conjuntos normativos o bloques *sectoriales* de regulación<sup>96</sup>. Pues lo que importa ahora, más que la calificación de cada norma, es determinar el mayor o menor grado de *publicación* o *privatización* de sectores concretos o materias del ordenamiento jurídico.

36. La perspectiva metodológica anunciada parte de una opción lógica inmanente. Con carácter general, la *summa divisio* se ha tomado como ordenadora de la realidad por medio de la «oposición» entre dos conceptos (Derecho público y Derecho privado), en el más estricto sentido aristotélico. Y yo propongo la consideración de la *summa divisio* no como «oposición», sino como «cualidad», esto es, como característica que se predica en distinto grado sobre un hecho de la realidad. Como es sabido, Aristóteles, en su enumeración de las «categorías» lógicas, se refería a los «opuestos» (bueno *versus* malo; ceguera *versus* vista; posesión *versus* privación) como «cosas que se dicen de las cosas», que no admiten grados y que no pueden estar simultáneamente presentes<sup>97</sup>. La «oposición», en tanto que categoría (esto es, etimológicamente, «acusación» sobre algo), ciertamente puede decir mucho de la realidad, pero presenta siempre un sentido adversativo: o se es una cosa o se es otra. Ahora bien, la «oposición» no es la única categoría con la que analizar la realidad. De la realidad también se pueden predicar —entre otras categorías— lo que Aristóteles denominaba «cualidades» (curvatura, calor, justicia), esto es, categorías que, aunque admitan contrarios lógicos (recto *versus* curvo; calor *versus* frío; justicia *versus* injusticia), se pueden predicar de forma no adversativa sobre la realidad<sup>98</sup>. Pues bien, nótese que en este estudio utilizo la *summa divisio* no como una «oposición», sino como una «cualidad» con la que observar el Derecho. Así que, en este estudio, la *summa divisio* no es la oposición de dos sectores del Derecho en tensión lógica, sino una cualidad: indica en qué medida cada sector o ámbito jurídico es más o menos público o más o menos privado.

37. Como ya he señalado anteriormente, para poder predicar la *iuspublicidad* o *iusprivacidad* sobre un sector o ámbito normativo es necesario partir de una diferenciación plausible sobre qué sea el Derecho público y qué el Derecho privado. El reto teórico de la segunda parte de este estudio está, precisamente, en determinar *con un enunciado asequible y tendencialmente sencillo* el posible sentido actual de una categoría biminaria del pensamiento jurídico. Esta opción metodológica se aleja, sin duda, de otras opciones académicas contemporáneas (sobre todo, a mi juicio, de la *neue Verwaltungswissenschaft*), que renuncian a la formulación de «enunciados determinantes» y se centran en señalar las características sobresalientes, los fundamentos sociológicos o políticos, las líneas evolutivas y las conexiones de sentido en sectores emergentes de la realidad jurídica contemplada. En este estudio comparto la necesidad de entender, en to-

<sup>96</sup> Similar, M. BURGI, «Rechtsregime», *op. cit.*, p. 1185.

<sup>97</sup> ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (Órganon)*, vol. 1, Madrid, Gredos, 1982 (reimp., 1994), p. 64.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 56.

das sus claves, las evoluciones y fenómenos jurídicos emergentes. Pero también sostengo que la labor académica no debe limitarse a sacar a la luz esas claves, sino, a partir de esa comprensión analítica de la realidad, formular teorías explicativas con cierta vocación sistemática y de generalidad. Y entiendo por «explicar» *no ya descubrir* el fundamento último o «motor inmóvil» de la realidad jurídica contemporánea, sino  *sintetizar* en una proposición lingüística convincente una realidad jurídica compleja. Según esta opción metodológica, el enunciado explicativo que se propone en este estudio *no es el único posible*, aunque sí es —creo— uno de los posibles.

38. Ya he dicho que en este estudio no tomo el binomio Derecho público-Derecho privado como una clasificación del Derecho, sino como un par de cualidades (*ius-publicidad e iusprivacidad*) que se predicán en mayor o menor medida de cada sector normativo. Dicho esto, es obvio que esas dos cualidades de las que hablo (*iuspublicidad e iusprivacidad*) no pueden enunciarse como categorías simplemente lógicas, sino que su sentido ha de formarse a partir del Derecho positivo. Esto es, hay que dirigir la atención al Derecho positivo para, a partir de ahí, inducir qué podemos entender por Derecho público y qué por Derecho privado. Y reitero que no para ordenar todo el Derecho en esas dos clases, sino para poder predicar que un sector normativo es más o menos público o más o menos privado. Pues bien, para proponer la diferenciación sustantiva entre el Derecho público y el Derecho privado hay que dirigir la atención al *Derecho positivo*. No necesariamente a todo el Derecho positivo, pero sí a una selección de ámbitos normativos lo *suficientemente amplia* como para que la propuesta explicativa tenga algún valor o utilidad. Por supuesto que para cada ámbito concreto o sector normativo podría formularse —sin dificultad— una teoría *ad hoc* sobre el sentido de la *summa divisio*. Pero el reto académico es explicar el sentido del binomio público-privado a partir de muy diversos sectores normativos y con un único enunciado propositivo, y que ese enunciado no contenga demasiados matices y excepciones. Esto obliga, necesariamente, a un cierto nivel de abstracción, justamente para integrar supuestos difíciles en un solo enunciado, pero sin que la abstracción sea tan marcada que, a la postre, no consiga decir nada relevante del objeto de explicación. Atendiendo a estas limitaciones, en este estudio he prestado atención a muy diversos sectores del Derecho vigente y, señaladamente, a algunos fenómenos contemporáneos señalados en la doctrina como complejos: la actuación de la Administración en régimen de «Derecho privado» y la actividad de los particulares conforme a «Derecho público». Partiendo de la realidad normativa, propongo una comprensión de la *summa divisio* al tiempo categórica y coherente con la realidad jurídica. Una propuesta que integre y explique, *al tiempo*, fenómenos tradicionales o consolidados y fenómenos emergentes como los ya señalados. Es oportuno subrayar, en este punto, que buena parte de las propuestas académicas de los últimos años —en buena medida las de la *neue Verwaltungswissenschaft*— se han formulado mirando sólo a los fenómenos de la privatización de tareas públicas (o de la nueva posición de garante de la Administración en los ámbitos trasladados a los particulares)<sup>99</sup>. Y por lo mismo, estas propuestas aca-

<sup>99</sup> Para España, esta reorientación doctrinal del conjunto del Derecho administrativo a partir de la privatización y de la nueva dimensión «garante» del Estado en S. MUÑOZ MACHADO, «Hacia un nuevo Dere-

démicas tienen dificultades para explicar la mayor parte del Derecho público, el que no es «emergente» (el de intervención o policía, de servicios públicos *sensu stricto*, etc.)<sup>100</sup>. En este estudio, en la medida en que se abarca de forma global el Derecho público —en su contraposición al Derecho privado—, es necesario formular hipótesis explicativas amplias, necesariamente atentas a los fenómenos emergentes de «privatización», pero también capaces de explicar otras partes del Derecho quizá más rancias, pero tan vigentes y reales como las emergentes.

39. Aclarada cuál es la perspectiva explicativa adoptada en este estudio aún quedaría abierta una pregunta: ¿y para qué sirve este esfuerzo teórico?<sup>101</sup> En realidad, el problema está más en la pregunta que en la respuesta. En la falta de distinción entre el *sentido* y la *utilidad* del pensamiento. Por lo demás, la pregunta es bimilenaria. En el principio del tiempo histórico, la educación o pedagogía de los jóvenes estaba enfocada únicamente a la *politeia* (que sabemos para qué sirve) y sólo a partir de Platón se inicia la formación en *theoria*, esto es, en la explicación de las cosas mismas<sup>102</sup>. Desde entonces, siempre cargamos con la misma duda: para qué sirve la teoría respecto de la *praxis*. Y esta pregunta nunca ha tenido una respuesta definitiva. En realidad, no la puede tener: porque a la teoría se le pregunta por una cualidad propia de la *praxis* (la utilidad concreta). De forma simplemente aproximativa, y en el espacio acotado de este estudio, creo que la propuesta de un «enunciado teórico» sobre el sentido contemporáneo de la *summa divisio* sirve: para  *sintetizar* una realidad normativa compleja en unidades de información manejables y transmisibles; para señalar *hacia dónde debe dirigirse la atención* cuando se observa una realidad compleja, y, finalmente, para *normalizar* fenómenos cuya aceptación jurídica (incluso en términos de validez) está en duda (de este modo, proponer una explicación para ciertos fenómenos jurídicos emergentes y controvertidos es, en sí misma, una forma de admisión en el orden jurídico de una comunidad).

## V. APROXIMACIÓN ESTRUCTURALISTA

40. En mi opinión, la *summa divisio* no se puede entender ni utilizar al margen de concretos contextos políticos, históricos e ideológicos<sup>103</sup>. A esto me refiero, de forma algo pomposa, con la expresión «aproximación estructuralista», con la que quiero señalar la relevancia que para la formulación de las teorías científicas tienen los acuerdos y paradigmas imperantes en cada comunidad científica<sup>104</sup>.

cho administrativo», en *Actas y ponencias del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, p. 199.

<sup>100</sup> Vid. en este sentido las críticas de R. WAHL, *Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter Recht, 2006, pp. 87 y ss.

<sup>101</sup> Esta pregunta (y objeción) fue formulada por DOMÉNECH PASCUAL en el I Seminario de Teoría y Método del Derecho Público (Valencia, 31 de mayo de 2013).

<sup>102</sup> H. G. GADAMER, *Elogio de la teoría*, Barcelona, RBA, 2013, pp. 33 y ss.

<sup>103</sup> También en relación con la *summa divisio* vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *op. cit.*, p. 3.

<sup>104</sup> A. RUIZ MIGUEL, «La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2003, pp. 5649 y ss., esp. p. 5651.

## 1. Contextos históricos

41. Es frecuente, entre nosotros, admitir la existencia actual de la *summa divisio* simplemente por haber existido siempre. De esta forma se utiliza la historia para suplir dificultades explicativas actuales. Sobre este falso método histórico ya se ha advertido en la doctrina<sup>105</sup>. En el tema que nos ocupa es indudable que los conceptos *ius publicum* e *ius privatum* están en los inicios de la edad histórica. Pero ni estos conceptos han permanecido inmutables a lo largo de la historia<sup>106</sup>, ni en todos los tiempos y todos los Estados han tenido la misma importancia relativa<sup>107</sup>.

### 1.1. Origen de la distinción

42. La distinción elemental entre Derecho público y Derecho privado está, remotamente, en el Derecho griego: oposición entre *politeia* y *nomos*<sup>108</sup>, así como en la base de la cultura jurídica romanista desde las XII Tablas<sup>109</sup>. La más difundida (aunque no la única) de las distinciones romanas es la sentencia de ULPIANO (170-228 d. C.):

«Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publicae utilia, quaedam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; colectum poetelis est, ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus» (Digesto, 1,1,1,2)<sup>110</sup>.

43. Pero, según ha destacado la doctrina moderna, alejada ya de la glosa y la posglosa, el párrafo de Domitius ULPIANUS no expresa una clasificación relevante para su tiempo<sup>111</sup>. Tampoco expresa una clasificación precisa. En primer lugar, porque en el mismo párrafo se habla, por un lado, de la utilidad pública o privada, y por otro, de

<sup>105</sup> A. NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986, p. 118, y A. ESPANHA, *Poder e instituições no antigo regime*, Lisboa, Cosmos, 1992, p. 13.

<sup>106</sup> A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 127.

<sup>107</sup> D. GRIMM, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 3.

<sup>108</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, op. cit., p. 68 (en tono escéptico).

<sup>109</sup> Cfr. K. KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, traducción de J. Miquel, 9.ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 33.

<sup>110</sup> Vid. la interpretación de esta sentencia en F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, op. cit., pp. 69-70, y J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», op. cit., p. 15.

<sup>111</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1948, p. 1088. Aquí DE FRANCISCI contesta la tesis de P. BONFANTE, «La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato», en *Scritti Giuridici*, t. IV, Roma, 1925, p. 28, según la cual la originaria unidad de Derecho público y Derecho privado comienza a divergir en la época republicana. Vid. también M. KASER, «Der privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre», en O. BEHRENDIS et al. (eds.), *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1978, pp. 90 y ss.

la república o del individuo<sup>112</sup>. En segundo lugar, porque la sentencia de ULPIANO presenta una versión parcialmente distinta en las Instituciones de JUSTINIANO (obra casi coetánea a la elaboración del Digesto): «sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim»<sup>113</sup>. A todo lo cual hay que añadir que en otro pasaje del Digesto (2,14,38) ULPIANO habla del *ius publicum* como Derecho imperativo («*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*»)<sup>114</sup>.

Parece que el Digesto expresa una distinción tendencial entre Derecho público (el de la ciudad, de las magistraturas, de la utilidad común o las cosas comunes) y un Derecho privado (el de los *cives*, de las cosas privadas o de la utilidad singular). Sin embargo, ULPIANO no marca la línea divisoria entre esos dos Derechos. Hoy parece admitido, con carácter general, que el texto de ULPIANO se refiere a distintas *posiciones de estudio*, más que a distintas ramas del Derecho<sup>115</sup>. Y, desde luego, el *Corpus Iuris Civilis* no se estructura sobre el criterio *ius publicum versus ius privatum*.

### 1.2. Permanencia de la summa divisio: recepción y Derecho de la monarquía absoluta

44. La distinción entre Derecho público y Derecho privado ha permanecido en los Derechos nacionales que entroncan con el Derecho romano. En el caso de España, el binomio público-privado está presente en el Derecho de la recepción, en el Derecho del Antiguo Régimen y en el Derecho del Estado constitucional. Ahora bien, la permanencia de los nombres (*ius publicum* e *ius privatum*) dice muy poco de su significado en cada momento histórico<sup>116</sup>, pues sabido es que las distintas épocas históricas mantienen los nombres de los conceptos, pero no necesariamente su contenido. Y, por otro lado, el binomio paradigmático de cada momento no siempre es el que distingue entre Derecho público y Derecho privado, sino otros a los que se asimila o superpone el público-privado.

45. Empecemos por el Derecho de la recepción. Desde el siglo XII se recibe en Castilla el *ius commune*, esto es, Derecho romano con aditamentos de Derecho feudal y canónico. Ese *ius commune* contiene instituciones tanto de lo que hoy comúnmente conocemos como Derecho público, como de lo que tradicionalmente calificamos como Derecho privado<sup>117</sup>. Por ejemplo, es de Derecho común el poder omnímodo del

<sup>112</sup> J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», op. cit., p. 15, y F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, op. cit., p. 70.

<sup>113</sup> Vid. G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, op. cit., p. 174.

<sup>114</sup> Sobre la identificación del *ius privatum* con el Derecho dispositivo, la referencia clásica es W. BURKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft: Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts*, t. I, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1927.

<sup>115</sup> Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, op. cit., p. 69, refutando la crítica de las interpolaciones en torno a la primera frase del texto de ULPIANO, y G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, op. cit., p. 171.

<sup>116</sup> J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Memoria de cátedra de Derecho civil*, vol. 1, inédita, Madrid, 1980, p. 361.

<sup>117</sup> La misma constatación, para Derecho alemán, en M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, op. cit., p. 36. El *ius publicum* de Antonio PÉREZ (Frankfurt, 1688) se basaba, según BULLINGER, en

príncipe (*princeps legibus solutus est*), que tiene su origen en el Derecho romano<sup>118</sup>. Se recibe, es de suponer, la distinción pandectística de ULPIANO<sup>119</sup>. Pero la distinción *ius publicum-ius privatum* es, a lo más, una referencia secundaria, no el paradigma de la época. Desde luego, la *summa divisio* no merece glosa alguna de Gregorio LÓPEZ en 1555<sup>120</sup>. Si hay que definir un paradigma para la época, éste es la oposición entre Derecho real, de un lado, y Derechos de los reinos y de las corporaciones, del otro. O quizá, leyes «de las almas» frente a leyes «de los cuerpos», según la distinción de Las Partidas (Ley III, Partida I). Lo dicho en términos de Derecho describe una fase de formación del Estado moderno donde el príncipe se enfrenta a la atomización social, al poder territorial-señorial y al poder corporativo. Por esta razón, las corporaciones (gremios, colegios, universidades) y señores jurisdiccionales serán los más acérrimos defensores del Derecho tradicional frente al emergente Derecho real.

### 1.3. Imperio y reforma

46. La *summa divisio* toma sentido con la construcción del Estado moderno, cuando se diluyen los lazos de sometimiento personal y se intensifican los de sometimiento territorial al Estado<sup>121</sup>. La más acabada expresión de este fenómeno es, probablemente, el Imperio español del siglo XVI (sobre todo en Indias). Es claro que el Estado moderno lleva consigo la expansión de la «gobernación», y con ella la del *ius publicum* o *ad publicam utilitatem*<sup>122</sup>. Es éste un nuevo Derecho que aparece en lucha con el Derecho tradicional (fundamentalmente romano), único Derecho hasta entonces existente. Es el Derecho necesario para la organización de un Imperio y para la realización del iusnaturalismo de la segunda escolástica española<sup>123</sup>. La nueva situación histórica

el *corpus iuris civilis*, interpretado a la manera del Derecho común. Para mi sorpresa, esta obra no consta en el catálogo de la Biblioteca Nacional.

<sup>118</sup> BULLINGER lo ha descrito así para Alemania: «Diferencia entre el *ius publicum* como Derecho político inmutable (*sic*) e históricamente peculiar, y el *ius privatum* como ámbito jurídico de escasas referencias nacionales, que podía dar acogida a reglas jurídicas extrañas, tales como las del *Corpus Iuris* [...]. En la medida en que se creía detectar en el Derecho romano la expresión de la razón natural, o en la medida, por lo menos, en que aquél no entraba en contradicción con la situación constitucional alemana, no había inconveniente en tolerar que su ámbito de aplicación se extendiese también a la materia del *ius publicum*» (M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, *op. cit.*, p. 38).

<sup>119</sup> Lo afirma, pero no lo argumenta, J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», *op. cit.*, p. 19. Hay que tener en cuenta que aunque el Ordenamiento de Alcalá de 1348 no integra todo el Derecho romano, sino sólo el contenido en Las Partidas, en la práctica del foro se conocía y citaba todo el Digesto. En Cataluña no se planteaba siquiera este problema como consecuencia de la supletoriedad de primer grado de todo el Derecho romano.

<sup>120</sup> Al menos según el índice analítico de la Glosa a Las Partidas contenido en el t. IV de la «Colección de Códigos españoles».

<sup>121</sup> D. GRIMM, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>122</sup> A. GALLEGU ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso...*, *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>123</sup> Sobre la esencia de este *ius publicum* con fuentes *ibid.*, pp. 43 y ss. Antes, sin llegar a resultados tan acabados, L. SÁNCHEZ AGESTA, *El concepto de Estado en el pensamiento español del siglo XVI*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.

(organización de poder ya calificable como Estado y pensamiento cristiano-humanista) no sirve para cuestionar el Derecho tradicional, imperturbable gracias a la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo (*iura quaesita*); sirve, eso sí, para dar impulso autónomo a un *ius publicum* hasta entonces durmiente y, en última instancia, para la generalización de la *summa divisio* como paradigma sistemático del Derecho<sup>124</sup>.

47. Mientras esto ocurre en el Imperio español, por el centro y norte de Europa se extiende la reforma político-religiosa. Ésta va a afirmar, con fines políticos, la distinción esencial entre el Derecho público y el privado. Se ha dicho en este sentido que «la distinción entre *ius publicum* e *ius privatum* vino a recibir un empuje político peculiar a través del interés, observable sobre todo en los escritos de los juristas protestantes, por impedir la recepción, en beneficio del emperador alemán, de los axiomas jurídico-políticos del *Corpus Iuris*, lo que es decir de la monarquía absoluta, y por conservar, en la tradicional estructura constitucional alemana, el *status* especial de los estamentos del Imperio»<sup>125</sup>. Aquí está la afirmación de un Derecho público como Derecho nacional frente a un Derecho «privado» (o simplemente tradicional) común o universal (en tanto del Sacro Imperio Romano Germánico). Es paradójico que el Derecho público moderno, elaborado primeramente en las universidades españolas de la contrarreforma, acabara siendo patrimonio de los juristas protestantes<sup>126</sup>.

### 1.4. Derecho público y Derecho natural a fines del Antiguo Régimen: iusnaturalismo e ilustración

48. A fines del Antiguo Régimen, los tratadistas siguen reverenciando la distinción romana entre *ius publicum* e *ius privatum*. Pero esta distinción no es central, sino secundaria. La preocupación del tiempo es la distinción entre las leyes «naturales», «inmutables» o «divinas», por un lado, y las leyes «arbitrarias», «positivas» o «humanas», por otro<sup>127</sup>. A esta clasificación se superpone la de Derecho público-Derecho privado.

<sup>124</sup> M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, *op. cit.*, pp. 32 y 33. Si bien este autor formó estas conclusiones a partir de sus fuentes nacionales, ya teñidas de protestantismo. Ello no puede negar, sin embargo, la continuidad histórica entre nuestro Derecho natural (de la tardía escolástica española y, entre ellos, fundamentalmente de VÁZQUEZ DE MENCHACA y SUÁREZ) y el Derecho natural racionalista de GROCIU O PUFENDORF. Vid. A. GALLEGU ANABITARTE, «Las facultades de Derecho españolas y la influencia francesa, con especial atención al Derecho público y Derecho natural (siglos XVIII-XIX)», en J. L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, Madrid, Civitas, 1996, pp. 4465-4500, esp. p. 4471 y nota 14.

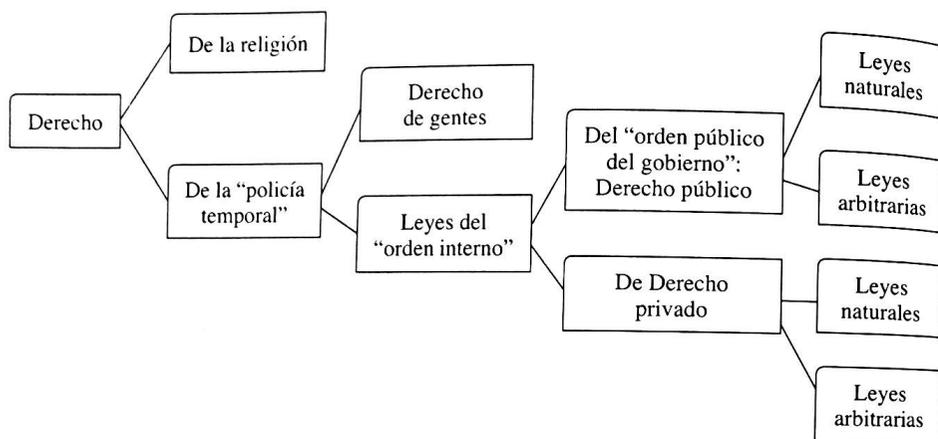
<sup>125</sup> M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>126</sup> W. SCHMIDT-BIEGGEMANN, en W. RUEGG (ed.), *A History of the University in Europe*, vol. 2, *Universities in Early Modern Europe (1500-1800)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 513.

<sup>127</sup> Cfr. R. L. DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular del de Cataluña*, t. I, Madrid, Oficina de Benito García y Compañía, 1800 (reed., Barcelona, Banchs, 1975), p. 1.

1.4.1. *El racionalismo de DOMAT*

49. Las clasificaciones superpuestas están claramente expuestas en DOMAT<sup>128</sup>. Los conceptos centrales para el autor son: Derecho natural *versus* Derecho arbitrario, Derecho civil (Derecho romano) *versus* Derecho real y Derecho público *versus* Derecho privado<sup>129</sup>. Enlazando las distintas clasificaciones que aparecen en el Derecho público de DOMAT<sup>130</sup> resulta el siguiente esquema:



50. Veamos ahora cómo anuda DOMAT las distintas clasificaciones. Desde luego que la primera y trascendental clasificación de las leyes es la que distingue entre leyes *inmutables* y *arbitrarias*. He ahí la vocación de los tratadistas de su tiempo: la formulación de un Derecho racional (divino, natural, inamovible)<sup>131</sup>. La verdadera espina dorsal del Derecho de la época pasa por la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo. Esta división no se corresponde con la que distingue entre *Derecho romano* y *Derecho real*. Pues si bien el Derecho romano compila gran parte del Derecho natural, hay otras leyes inmutables al margen del Derecho romano. Y, además, el Derecho romano también contiene leyes arbitrarias<sup>132</sup>. Lo dicho para el Derecho romano vale también para el «Derecho civil», en tanto que por tal se entiende el Derecho romano<sup>133</sup>.

<sup>128</sup> Sobre la influencia de DOMAT en los tratadistas españoles de finales del siglo XVIII (en especial sobre JOVELLANOS, VIZCAÍNO PÉREZ y DOU) *vid.* A. GALLEGU ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y Derecho administrativo: el destino del Derecho público español», *op. cit.*, pp. 724-725.

<sup>129</sup> Dice DOU respecto de DOMAT que «este autor fue el primero que trató con mayor y con más perfecta separación de lo que se había hecho hasta su tiempo por los legistas, el Derecho público del Derecho privado» (R. L. DOU y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular del de Cataluña*, *op. cit.*, prólogo, p. VIII).

<sup>130</sup> Cfr. las clasificaciones de J. DOMAT, *Derecho público*, traducción de J. A. Trespalacios para el Conde de Campomanes, Madrid, 1778 (reed., Madrid, IEAL, 1985), pp. 64, 86-87, 101, 161 y 165.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 89.

51. La tercera clasificación de las leyes es la que distingue entre *Derecho público* y *Derecho privado*. El mantenimiento de esta distinción es por reverencia al Derecho romano (y en concreto al párrafo de ULPiano en Digesto, 1,1,2). Así, dice DOMAT que:

«Pues en el Derecho romano se dividen las leyes en Derecho público, que pertenece al estado de la República, y Derecho privado, que pertenece a los particulares; éste se subdivide en tres partes: la primera en Derecho natural, la segunda en Derecho de gentes y la tercera en Derecho civil. El Derecho natural se reduce allí solamente a lo que es común a los hombres y las bestias, y el Derecho de gentes a todas las leyes que son comunes a todos los pueblos, y bajo éste son comprendidos aquellos contratos cuyo uso conocen todas las naciones, y se limita el Derecho civil a las leyes que son propias a cada pueblo».

52. Pero aunque DOMAT recoge la distinción romana, al mismo tiempo percibe que su sentido actual es otro, y así dice que:

«Esta división que acabamos de referir del Derecho romano es diferente de nuestro uso, que no coloca en el número de las leyes, que se llaman Derecho de gentes, las que reglan las materias de las convenciones y que no limita el Derecho natural a la idea que de él se nos da en el mismo Derecho romano»<sup>134</sup>.

«Y por lo que mira la idea que debe concebirse del Derecho civil, basta advertir que nosotros no limitamos jamás el sentido de esta palabra a las leyes propias de un pueblo o de una ciudad, y que tampoco le extendemos a todas las leyes que reglan las materias pertenecientes a las diferencias o litigios entre particulares. Porque, por ejemplo, nosotros distinguimos el Derecho civil del Derecho canónico y también de las costumbres y leyes patrias, y la significación de esta palabra parece ser peculiar solamente de las leyes que están recopiladas en el Derecho romano para distinguirlas de las nuestras. Y por esto se da solamente el nombre de Derecho civil a los libros de Derecho romano [...] *De donde se sigue que el Derecho civil, en este sentido, comprende muchas materias de Derecho público*»<sup>135</sup>.

«No limitamos el Derecho civil a lo que es propio y común a un pueblo, como son en Francia las ordenanzas, costumbres, y en España, todas las leyes del reino, sino que comprendemos bajo el Derecho civil todas las reglas de la equidad natural en las materias de contratos, hipotecas, tutelas, prescripciones, donaciones, sucesiones, testamentos y otras de que se trata en el Derecho romano, al cual llamamos también Derecho civil»<sup>136</sup>.

53. Se observa en DOMAT una cierta confusión en las clasificaciones. Y ello por la difícil ubicación del Derecho romano en su sistema de conceptos. Por un lado, DOMAT transmite un concepto ordinario de *Derecho civil*, *sinónimo de Derecho romano*. Este Derecho civil o romano es normalmente aplicado, incluso frente a las «leyes patrias». Su explicación está en una *asimilación (incompleta) entre Derecho romano, Derecho civil y Derecho natural*. La asimilación es incompleta porque, como el propio DOMAT reconoce, en el *Corpus Iuris Civilis* hay tanto Derecho privado como Derecho público.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pp. 88 y 167.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pp. 88-89.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 170.

El Derecho «privado» romano es Derecho aplicado. Su vigencia ininterrumpida se justifica por ser, en su mayor parte, Derecho natural. Sin embargo, el Derecho «público» romano se considera inadecuado a la organización política del reino. Y por ello dice DOMAT que «así como en el Derecho privado hay pocas leyes arbitrarias, hay una infinidad de éstas en el Derecho público»<sup>137</sup>. De forma que *las leyes naturales del Derecho público no se van a encontrar en el Derecho romano compilado*, sino que «se sacan de la Ley divina o son consecuencia de principios naturales de la justicia y la equidad»<sup>138</sup>. Es así como Derecho privado y Derecho público constituyen dos sistemas racionales distintos. Las notas de caracterización son:

a) El Derecho privado se basa en la tradición y aplicación constante. El Derecho público es una creación actual: tanto en sus leyes naturales, que son deducción (actual) de principios naturales de justicia y equidad, como en sus leyes arbitrarias, que son decisiones del príncipe.

b) Si bien tanto el Derecho público como el Derecho privado tienen leyes naturales y leyes arbitrarias, en cada uno de los dos ámbitos (Derecho público y Derecho privado) se da una distinta composición entre ley natural y ley arbitraria. El Derecho privado es, en gran medida, ley natural, si bien completado por leyes positivas que desarrollan las leyes naturales o que regulan «materias inventadas». El Derecho público es, mayoritariamente, Derecho arbitrario, eso sí, con algunas leyes de Derecho natural. DOMAT no extrae mayores conclusiones de estos datos, pero hoy podemos decir que entre ley natural (fundamentalmente, Derecho privado) y ley arbitraria (casi todas las del Derecho público) hay también una pugna entre sociedades (corporaciones) y rey<sup>139</sup>.

54. El contenido detallado de la *summa divisio* aparece formulado varias veces a lo largo de la obra de DOMAT. Al referirse al «orden de la sociedad en un Estado» habla, en primer lugar, del «orden general del Estado» (Derecho público), donde incluye: gobierno; autoridad de las potestades; fuerzas necesarias para mantener la tranquilidad pública; uso de las rentas reales; administración de justicia; castigo de los delitos; policía general para el uso de los mares, ríos, caminos reales, minas, aguas, montes, caza y pesca; las profesiones que exige el orden público; cosas que pertenecen a las ciudades, y distinciones entre diferentes órdenes de personas, y, en segundo lugar, habla lacónicamente DOMAT de «[aquellas materias] que pertenecen a *todo lo que pasa entre los particulares*» (Derecho privado). El propio DOMAT sintetiza así la distinción: «Esta primera especie de materias, como pertenezca al orden general de un Estado forma las materias del Derecho público, y la segunda, como pertenezca a lo que pasa entre particulares, compone las materias de esta otra parte del Derecho que, por esta razón, se llama Derecho privado»<sup>140</sup>. Más adelante desarrolla DOMAT la categorización público-privado de la siguiente forma:

<sup>137</sup> *Ibid.*, pp. 176-177.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>139</sup> Es llamativo que BULLINGER, al explicar los siglos XVI y XVII alemanes, niegue esa contraposición de fondo entre Derecho público y privado: «El *ius privatum* no obtuvo nunca la consideración de salvaguarda de la libertad privada frente al poder del Estado conformado por el *ius publicum*; ese papel correspondió a los «derechos de los privados», en los que por cierto no llegó a tomar cuerpo tensión ninguna entre *ius privatum* e *ius publicum*» (M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, *op. cit.*, p. 45). La afirmación es más llamativa si se tiene en cuenta que el propio PUFENDORF consideraba que la condición natural del Derecho privado le protegía frente a las veleidades del poder político.

<sup>140</sup> J. DOMAT, *Derecho público*, *op. cit.*, p. 65.

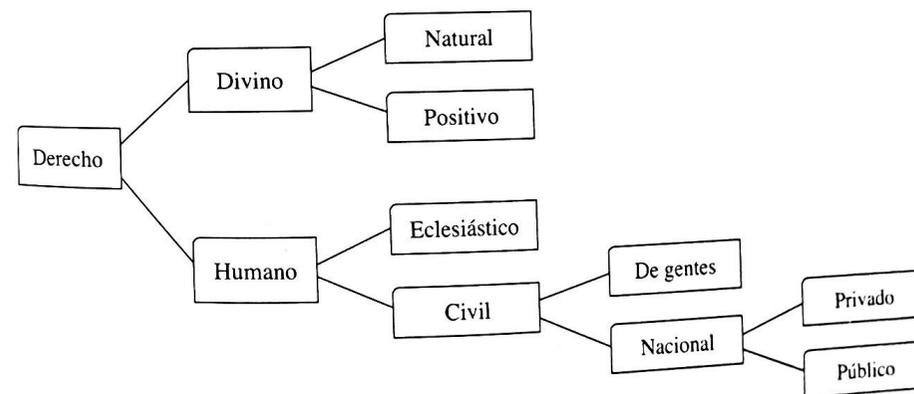
«La primera [especie de leyes: de Derecho público] es de aquellas que pertenecen al orden público del gobierno, como son las que llamamos leyes del Estado, que establecen los medios de ser llamados los príncipes soberanos a la soberanía, ya sea por sucesión, ya por elección; las que reglan las distinciones y funciones de los empleos públicos para la administración de la justicia, para la milicia, para la Real Hacienda y de las demás que llamamos municipales; las que reglan también los derechos del príncipe, su dominio, sus rentas, la policía de las ciudades y las que establecen todos los demás reglamentos públicos.

La segunda [especie de leyes] es de aquellas leyes que se llaman de Derecho privado, que comprende las que reglan los contratos entre los particulares, cualquier género de convenciones, las tutelas, las prescripciones, las hipotecas, los testamentos y otras semejantes»<sup>141</sup>.

55. Según se ve, DOMAT sólo define con precisión el Derecho privado (Derecho de los particulares). El Derecho público, en cambio, integra leyes heterogéneas: las que regulan los oficios públicos (entre ellos, los oficios de justicia); las que tratan del *status* del príncipe (sus propiedades y derechos), y las que tratan de la utilidad general (bienes comunes, policía de las ciudades).

#### 1.4.2. Dou y la summa divisio en la Ilustración

56. En el último suspiro del Antiguo Régimen, DOU Y DE BASSOLS nos ofrece una sistematización de las leyes fuertemente arraigada en el esquema anterior de DOMAT<sup>142</sup>. Pero veremos también cambios importantes. Éste es el esquema de Dou<sup>143</sup>, sin duda más cercano a nosotros que el de DOMAT.



<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 86-87.

<sup>142</sup> La fundamentación de DOMAT (católico hansenita) en la tradición tomista permitió la traducción, sin dificultad, por DOU. Vid. A. GALLEGO ANABITARTE, «Las facultades de Derecho españolas y la influencia francesa, con especial atención al Derecho público y Derecho natural...», *op. cit.*, p. 4474.

<sup>143</sup> R. L. DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular del de Cataluña*, *op. cit.*, pp. 1-7.

57. Desde luego que está en Dou, al igual que en Domat, la asimilación (aunque incompleta) entre Derecho romano natural y privado: «En el Derecho privado, a excepción de algunas sutilezas de estipulaciones, solemnidades de últimas voluntades, fórmulas judiciales y otras cosas, que fácilmente distinguen los legistas juiciosos, todas las leyes romanas se fundan en unos principios justos y equitativos que están generalmente admitidos en todas las naciones justas con ligeras variaciones o modificaciones, y por esto pueden servir muchísimo para cualquier obra de Derecho privado, pero esto no tiene lugar en cuanto al Derecho público. Es diferente nuestra forma de gobierno de la del tiempo en que se escribieron las más, o casi todas las leyes romanas, que han llegado hasta nosotros»<sup>144</sup>. Ello no obstante, el Derecho natural ha perdido la importancia que tuviera en el siglo xviii. Dou cita, en el prólogo de sus *Instituciones*, al traductor de Domat (Juan A. Trespalacios): «Dice bien don J. A. Trespalacios en el prólogo de su traducción española del Derecho público de Domat que esta obra más bien se dirige a tratar de los principios del Derecho natural y de la equidad, que pertenecen al Derecho público, que a referir los muchos reglamentos y las leyes establecidas sobre cada una de sus materias, y en éstas ciertamente, o en la mayor parte, consiste el Derecho público de cada Estado»<sup>145</sup>.

58. Dou es más preciso que Domat al definir el Derecho público: el que tiene por objeto «la utilidad del público»<sup>146</sup>. En la descripción concreta de los contenidos (de lo que es Derecho público y lo que es Derecho privado) hay que resaltar un dato. Domat incluía dentro del Derecho público los tributos, rentas y regalías, pero no la economía política. Esta última va a ser, sin embargo, el centro del Derecho público para Dou: «La economía en el gobierno de los Estados desde el descubrimiento del nuevo mundo es del todo diversa de lo que fue en tiempos antiguos, debiéndose ahora dirigir todas las miras al comercio, y decirse de éste que es el nervio del Estado, así como antes se decía de los tributos y de las armas»<sup>147</sup>; «no tiene duda que la economía o el Derecho público, en lo que enseña sobre este particular, proporcionando las insinuadas ventajas, es el arte de hacer felices a los hombres en lo temporal». Estamos, en la definición del Derecho público como economía política, ante el conocido «enmascaramiento eudemonista»<sup>148</sup> propio de la Ilustración.

### 1.5. Revolución burguesa

59. La revolución de finales del siglo xviii en los Estados europeos altera el contenido de la oposición *ius publicum-ius privatum*. El Derecho privado pasa a tener *legitimación política*: es un Derecho creado por la representación política de la nación y para el cumplimiento de un único programa político (el mismo que se expresa en la

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. XIV.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. XII.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. XV.

<sup>148</sup> La expresión es de A. NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, op. cit., p. 82.

Constitución)<sup>149</sup>. Así se entiende que el propio Proyecto de Código Civil de 1821 dijera que «el Código Civil no es otra cosa que el desenvolvimiento de los artículos 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16 y 17 de la Constitución». Lo dicho vale tanto para las leyes especiales (leyes francesas civiles y mercantiles de los años noventa; decretos españoles de Cortes anteriores y posteriores a la Constitución de Cádiz) como para los Códigos (1804 y 1807: Códigos Civil y de Comercio para Francia; proyecto de Código Civil español de 1821). El origen de las leyes ya no diferencia el Derecho privado del Derecho público, que también tiene al Estado por fuente de producción<sup>150</sup>. La diferencia va a residir ahora, más bien, en el *contenido*. Esto es especialmente claro en Derecho español, notablemente influido en este tiempo por el Derecho francés (que a través de sus tratados y novedosos diccionarios pasa a ser Derecho franco para una buena parte de los Estados europeos). Veamos.

60. Es Derecho privado (civil y, fundamentalmente, comercial) el que hace a la condición de las personas, sus actividades y sus bienes. Hay que destacar ahora la importancia que lo *patrimonial o económico* tienen en el concepto de Derecho privado. Así, en 1838 se define el Derecho privado como: «El que se compone de las leyes que tienen por objeto arreglar los intereses y negocios pecuniarios de los ciudadanos entre ellos, como, por ejemplo, de las leyes que rigen los contratos, los testamentos, las sucesiones y los diferentes modos de adquirir la propiedad»<sup>151</sup>.

61. Y al otro lado, es Derecho público el que hace la *representación nacional* y los elementos fundamentales del *poder ejecutivo*. Aunque el término mismo de «Derecho público» cae en desuso y es frecuentemente sustituido por el de «Derecho político»<sup>152</sup>. Mas entre Derecho público (el del Antiguo Régimen, el de Domat y el de Dou) y el nuevo Derecho político no hay identidad de contenidos. Se observa, en este sentido, una cierta *contención del Derecho político* que no abarca todo la materia administrativa (ésta pasa a ser tratada, progresivamente, por el naciente Derecho administrativo, distinguido así del Derecho público o político). Dice ESCRICHE que es *Derecho público*: «El que se compone de las leyes establecidas para la utilidad común de los pueblos considerados como cuerpos políticos, a diferencia del Derecho privado, que tiene por objeto la utilidad de cada persona considerada en particular e independiente del cuerpo social [...] El Derecho público particular es el que *arregla y fija los fundamentos de cada Estado*, y las relaciones e intereses que existen entre el Estado y los individuos que lo componen. Este Derecho comprende la ley fundamental o Constitución, la ley electoral, las leyes relativas a la organiza-

<sup>149</sup> B. CLAVERO SALVADOR, «Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», en C. PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 53 y 58.

<sup>150</sup> Como ha dicho CLAVERO SALVADOR (*ibid.*, p. 62), a partir de la codificación (aun frustrada) «el derecho es ley». Más recientemente *vid.* T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Derecho público, Derecho privado y derechos fundamentales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34 (2013), pp. 1-66, esp. p. 53.

<sup>151</sup> J. ESCRICHE, voz «Derecho privado», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I, 2ª ed., Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de Sordo-Mudos, 1838.

<sup>152</sup> A. GALLEGU ANABITARTE, «Las facultades de Derecho españolas y la influencia francesa. con especial atención al Derecho público y Derecho natural...», op. cit., p. 4485.

ción de las autoridades y tribunales, las que tienen por objeto reprimir los atentados contra la moral y afianzar el buen orden y la seguridad del Estado y de los ciudadanos<sup>153</sup>, las que establecen las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas<sup>154</sup>, etc.». Y a su vez, por *Derecho político* (sinónimo de Derecho público) entiende ESCRICHE: «El conjunto de leyes que arreglan las relaciones entre los que gobiernan y los que son gobernados: *lo mismo que Derecho constitucional y Derecho público*».

62. El Derecho público de este tiempo sobredimensiona lo «político» sobre lo estrictamente administrativo; hasta el punto de que dentro del Derecho público-político no se mencionan materias clásicas del Derecho público anterior: patrimonio de la Corona-Nación, regalías, minas, comercio, instrucción, beneficencia, etc. Este concepto de Derecho público es, por lo demás, acorde con el plan de estudios aprobado por la Real Orden de 26 de octubre de 1836, donde se incluía el Derecho público (general y de España), pero para nada se mencionaba el Derecho administrativo. La «politización» del Derecho público es, ciertamente, explicable en un contexto de profunda transformación social y estatal que tiene por ejes la soberanía y los límites del poder. A lo largo del siglo XIX se irá afirmando la politización del Derecho público (así como su progresiva desjuridificación) hasta acabar por ser pura especulación sobre la condición política del hombre y de la sociedad, junto a historia de las instituciones y parcos fundamentos de Derecho constitucional vigente<sup>155</sup>. Esta *huida del Derecho público hacia lo político* va a determinar más adelante, con la reacción «apolítica» de los moderados (a partir de 1843), un Derecho administrativo desvinculado del Derecho político o público. Con estas pinceladas históricas se puede comprender el alcance de la expresión «Derecho público y administrativo español» que aparecía en los planes de estudio de 1847 (Decreto de 8 de julio de 1847): especulación política y Derecho administrativo. O la expresión «Derecho público, teoría de la administración y Derecho administrativo» del plan de 1859 (Decreto de 28 de agosto): especulación política, ciencia de la Administración y Derecho administrativo descriptivo y legalista. Como conclusión final a lo expuesto, entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se mantiene en España —siguiendo la pauta francesa— la oposición entre Derecho público y Derecho privado, aunque esa oposición tiene escasa relevancia y no cataloga al conjunto del Derecho. En especial, fuera del binomio público-privado queda nada menos que el Derecho administrativo (ése fue, en gran medida, el antiguo Derecho público del Antiguo Régimen).

<sup>153</sup> Por servir al buen orden y la seguridad incluye también ESCRICHE el Derecho criminal dentro del Derecho público (contra la opinión de algunos autores, dice el propio ESCRICHE, que incluían el Derecho criminal dentro del Derecho privado).

<sup>154</sup> El sentido «político» o público de la legislación sobre matrimonio y familia puede estar en la reivindicación «política» de esas materias frente a la Iglesia, que era quien tradicionalmente llevaba los registros. En un primer momento del constitucionalismo gaditano a los curas se les reconoce la calidad de «personas públicas» en asuntos de familia y estado de las personas. No es materia privada, sino pública, aunque regida por la Iglesia.

<sup>155</sup> A. GALLEGU ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y Derecho administrativo: el destino del Derecho público español», *op. cit.*, p. 739.

63. Hay que precisar que, pese al progresivo distanciamiento material entre el Derecho público (o político) y el Derecho privado, en los inicios del siglo XIX el Derecho privado aún sigue siendo, en gran medida, aplicable a las autoridades públicas: la propiedad del Estado sigue siendo propiedad «civil» y los contratos aún se rigen por la legislación civil o de comercio. El Derecho privado sigue pesando como núcleo central del Derecho común y, por tanto, aplicable al poder político en defecto de ley especial. Sólo con el correr del siglo XIX se irá formando —a partir del Derecho común o privado— un nuevo Derecho administrativo, específico para la creciente Administración pública, que irá haciendo residual la aplicación gubernativa del Derecho privado. Ese naciente Derecho administrativo será, a la postre, el centro del Derecho público.

64. Por último, también hay que aclarar, y ello es muy relevante, que la distinción entre *Constitución* y *Código* propia de finales del siglo XVIII y principios del XIX no se corresponde exactamente con la diferenciación entre Derecho público y Derecho privado: la Constitución, basada en los principios de libertad y propiedad, entra en materia privada<sup>156</sup>, y los Códigos (sobre todo el Civil y el nonato Código Rural) contienen normas públicas (administrativas)<sup>157</sup>. Será con el impulso codificador de 1837 cuando el Derecho administrativo salga del Código Civil (ahondándose entonces en la asimilación entre Derecho privado y Código Civil).

### 1.6. Resistencia frente a la revolución: escuela histórica del Derecho

65. En Alemania no arraigó la revolución burguesa. Dicen algunos que porque la reforma protestante de siglo XVI fue su verdadera revolución<sup>158</sup>. Lo cierto es que la revolución extendida por Europa en el siglo XVIII topó en Alemania con oposición intelectual. En lo que hace a la sistematización del Derecho *se acentuó la distinción entre Derecho público y Derecho privado*. Sólo el Derecho público (Derecho del Estado) podía cambiar al ritmo de las nuevas circunstancias sociales. En cambio, el Derecho privado (Derecho romano) estaba llamado a permanecer, a no ser contaminado por planteamiento político alguno. Esta idea recorre la *summa divisio* en la exposición de SAVIGNY. Aparentemente, SAVIGNY ofrece una definición de Derecho público y privado

<sup>156</sup> B. CLAVERO SALVADOR, «Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», *op. cit.*, p. 57.

<sup>157</sup> La conjugación entre Derecho público y privado se encuentra claramente en el discurso preliminar al Proyecto de Código Civil de 1821, donde se decía que debía entrar en el Código una parte administrativa para garantía de la libertad y la propiedad [B. CLAVERO, «Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)», *op. cit.*, p. 76]. También, al hacerse referencia a un Código rural complementario (siguiendo el modelo francés), se dice que trataría materias especiales «ya públicas, ya privadas» de aguas, montes y otros aprovechamientos (*ibid.*, p. 79).

<sup>158</sup> B. RÜTHERS, «Reformation, Recht und Staat», en K.-W. DAHM, W. KRAWIETZ y D. WYDUCKEL (eds.), *Rechtstheorie. Politische Theorie des Johannes Althusius*, número monográfico de *Rechtstheorie*, 1988, pp. 43 y ss.

continuadora de la tradición romanista: «El Derecho del Estado [*Staatsrecht*]<sup>159</sup> tiene por objeto el Estado [...] [el Derecho privado tiene por objeto] las relaciones jurídicas que envuelven al individuo»<sup>160</sup>. Pero las dos ramas del Derecho no se encuentran en igualdad de condiciones. Ciertamente es que para SAVIGNY el Derecho, todo el Derecho, es creación del pueblo<sup>161</sup>. Respecto del Derecho público, SAVIGNY no ve ningún inconveniente en que sea modificado por el Estado (en tanto expresión «orgánica» del pueblo). Sin embargo, el propio SAVIGNY identifica sólo dos formas de intervención del Estado en el Derecho privado: a través de la judicatura, en tanto forma de hacer cumplir el Derecho objetivo, y como nota peculiar de los pueblos sin Estado propio (que deben, entonces, someter su propio Derecho privado a los mandatos del Estado)<sup>162</sup>. De forma más o menos clara reaparece en el concepto de Derecho privado «del pueblo» la idea de un Derecho racional inderogable por el poder político. El Derecho privado queda, en principio, al margen de cualquier coyuntura política del Estado, y desde luego al margen de cualquier idea codificadora (el código tiene, frente al Derecho tradicional, legitimación política).

### 1.7. Conclusión

66. De todo lo expuesto concluyo que la oposición *ius publicum versus ius privatum* tiene un sentido histórico y local. De manera que la distinción, nominalmente homogénea en toda la Europa continental, tiene un significado peculiar para cada momento histórico. Para España, la distinción entre *ius publicum* e *ius privatum* es el resultado provisional de una sedimentación que tiene como hitos más relevantes la pugna entre *ius commune* y Derecho real en la formación del Estado moderno y el acercamiento entre ambas ramas del Derecho como consecuencia de la legitimación política de todo el Derecho desde principios del siglo XIX. La mutabilidad de los conceptos de Estado y de individuo trae consigo en cada momento histórico distintas teorías explicativas sobre qué es y hasta dónde llega el Derecho público o el privado. Todas ellas tratan de explicar el Derecho de un Estado y de una sociedad concretas. Y por ello, tales teorías no son ni verdaderas ni falsas: son dogmática de Derechos cambiantes.

## 2. Contextos nacionales

67. El significado de la *summa divisio* también está muy marcado por las convenciones jurídicas propias de cada país. Esto ya se ha apuntado parcialmente más arriba al aludir a las distintas evoluciones históricas de la *summa divisio* en algunos países

<sup>159</sup> En su exposición utiliza SAVIGNY el término «*Staatsrecht*» como sinónimo de Derecho público (F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, op. cit., p. 22).

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 23-25.

Europeos. Ahora añado que la oposición entre Derecho público y Derecho privado es *secundaria en Derecho inglés*. En cambio, el *Derecho francés* sí asume la *summa divisio* como categorización primaria del Derecho y la construye a partir de dos elementos: la creación de un estatuto jurídico completo para la Administración pública y la existencia de una organización específica —no judicial— para elaborar propuestas normativas sobre la Administración y para la resolución de sus litigios (el *Conseil d'État*)<sup>163</sup>. Por último, el *Derecho alemán* también concede importancia a la oposición Derecho público-Derecho privado, aunque de forma parcialmente distinta a la del Derecho francés. En Alemania, la *summa divisio* no refleja la existencia de un Derecho especial y completo para la Administración (como pieza primaria del Estado) frente al Derecho de los privados, sino la tradicional existencia de dos órdenes jurídicos material y técnicamente diferenciados bajo la Constitución: uno, el *öffentliches Recht*, sólo se dirige al Estado, y el otro, el *Privatrecht*, se dirige tanto a los particulares como a la Administración pública<sup>164</sup>. Veamos estas referencias con más detalle.

### 2.1. Public and private law

68. La distinción *public-private law* no es trascendente en Derecho inglés. Como es sabido, ésta es una apreciación tradicional de los propios juristas ingleses<sup>165</sup>, comparable a la propia insularidad de Inglaterra. Esta afirmación no se debe entender hoy en el sentido tópico de que no existen leyes específicas para la Administración, o de que el Derecho del Estado es el *ius commune* expresado en el *case law* de los órganos judiciales. El Derecho inglés actual es, en gran medida, *statutory law*, dictado por el Parlamento (o, sobre la idea primaria de la delegación legislativa, por el gobierno y otros *public bodies*)<sup>166</sup>. Pero incluso desmitificado el papel del *ius commune* (frente al *statutory law*), la distinción *public-private law* no es relevante. No es desconocida, pero desde luego no es trascendental o estructural. En Derecho inglés se habla con frecuencia de *public laws* pero ésta es una referencia descriptiva sin vocación sistemática<sup>167</sup>. Esta inocuidad sistemática de la *summa divisio* es, ciertamente, una nota compartida con el conjunto del Derecho inglés, poco dado a la categorización (ni siquiera cuentan con un concepto formal de Estado, que es más bien un neologismo ju-

<sup>163</sup> E. PICARD, «The Public-Private Divide in French Law Through the History and Destiny of French Administrative Law», en M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2009, pp. 17 y ss., esp. p. 25.

<sup>164</sup> M. BURGI, «Rechtsregime», op. cit., p. 1178.

<sup>165</sup> Exponiendo críticamente el tópico de la inexistencia de Derecho administrativo en Inglaterra vid. J. AGUDO GONZÁLEZ, «El método del Derecho administrativo inglés: entre el discurso jurídico y el discurso político», en *II Seminario de Teoría y Método*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 29 de junio de 2013, pp. 1-5.

<sup>166</sup> Para el Derecho local véanse las explicaciones sobre el *statutory law* británico de S. DIEZ SASTRE, «Reino Unido», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2010, pp. 363 y ss., esp. pp. 389 y ss.

<sup>167</sup> D. OLIVER, «What, if Any, Public-Private Divides Exist in English Law?», op. cit., pp. 1 y ss., esp. p. 2.

rídico traído del continente). Pero más allá de esta antipatía natural del Derecho inglés hacia las categorizaciones y sistematizaciones, se pueden apuntar algunas referencias contextuales (claramente visibles sobre todo desde fuera del sistema jurídico inglés) que permiten entender el limitado sentido y alcance de la *public-private law divide* en Gran Bretaña.

69. En primer lugar, la ruptura política que tiene lugar en el continente a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX (liberalismo, constitucionalismo y democracia) se produce anticipadamente, y con otro alcance y consecuencias, en Inglaterra (Revolución «Gloriosa» de 1688). En aquel momento, el cambio político (que aún no se puede definir en términos de oposición Estado-sociedad, ni como afirmación del principio democrático) se plasma en el sometimiento del poder real al Parlamento y al *ius commune*. En este sentido, las reglas del *ius commune* juegan — anticipadamente en la historia — el papel de Constitución<sup>168</sup>. Por supuesto que esta sumisión del poder real al Parlamento y al Derecho tiene importantes límites; fundamentalmente, la imposibilidad de que la Corona sea demandada en juicio. Pero, en lo que ahora importa, el sometimiento del poder real al Derecho no se hace con la construcción de un nuevo Derecho específico para el poder real, sino fundamentalmente extendiendo al poder real el *ius commune*. Tenemos, entonces, que el cambio político que en otros Estados europeos se expresa en la oposición Estado-sociedad o principio monárquico *versus* principio democrático (y, jurídicamente, en la comprensión del Derecho público como Derecho del Estado y del Derecho privado como Derecho de la sociedad) adopta en Inglaterra una fórmula singular: sometimiento anticipado del poder real a la sociedad y de extensión al poder real de las reglas del Derecho (del *ius commune*). Se considera desde entonces — y hasta hoy — que la mejor garantía de la libertad frente al poder está en someter al gobierno a las mismas reglas que fijan límites a los individuos en sus relaciones sociales<sup>169</sup>. Sentadas estas premisas, la importante expansión funcional de la Administración a lo largo del siglo XIX y, ya en el siglo XX, tras la Segunda Guerra Mundial, no se hizo con un Derecho específico para los *public bodies* (como conocidamente ocurrió en Francia o España), sino, fundamentalmente, con el propio Derecho común y con las leyes parlamentarias (*statutory law*) que se aplican a cualesquiera sujetos. Esto es especialmente claro en relación con la aplicación del régimen de sociedades (*commercial corporations law*) a los nuevos *public bodies*. Se considera que los *public bodies*, al igual que las *commercial corporations*, ejercen tareas delegadas por otro sujeto (el Parlamento o los socios); son, en ambos casos, gestores fiduciarios de intereses ajenos (*trustees*), y ello justificaba la simple aplicación del *commercial law* a los nacientes *public bodies*<sup>170</sup>.

70. En segundo lugar, ni históricamente ni en la actualidad existe en Inglaterra (ni en general en el Reino Unido) un orden jurisdiccional propio para los asuntos de «Derecho público» o de «Derecho administrativo», al menos no en el sentido que se

<sup>168</sup> J. ALDER, *Constitutional and Administrative Law*, 7.ª ed., Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, p. 45.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>170</sup> D. OLIVER, «What, if Any, Public-Private Divides Exist in English Law?», *op. cit.*, p. 6.

entiende en Alemania, Francia o España. Esta falta de jurisdicción específica tiene dos consecuencias. De un lado, ha privado al Derecho inglés de la necesidad de aclarar (como veremos que sí ocurre en Alemania, *infra* § 1.77) qué asuntos son de Derecho público y cuáles de Derecho privado, y, en segundo lugar, la falta de especialización judicial ha impedido la destilación de categorías o instituciones singulares, vertebradoras de un Derecho público distinguido del Derecho privado común. En Inglaterra el control judicial es, con carácter general, una facultad propia de los jueces ordinarios. Es cierto que en las últimas décadas, desde los años sesenta, se observa una cierta singularización organizativa y procesal para los litigios «públicos». Estas novedades han azuzado el debate sobre la *summa divisio* en Gran Bretaña. Pero, con todo, el alcance de este debate es escaso. Veamos.

a) De un lado, a partir de los años sesenta se reconocen nuevos *remedies* (acciones procesales) extraordinarios respecto de las acciones de Derecho común en relación con la actuación de los *public bodies*. Estas nuevas acciones no se basan ya (como es propio del Derecho común) en la existencia de un derecho o interés lesionado, sino en la existencia de infracciones (*wrongs*) determinantes de situaciones de injusticia (irracionalidad, quiebra de las reglas de justicia natural, ilegalidad, falta de proporcionalidad). De otro lado, en el caso *O'Reilly v. Mackman* se determina que las «acciones de Derecho público» (*public law claims*) han de tramitarse por el procedimiento restringido del art. 53 de las Supreme Court Rules (1977), lo cual estimula el debate sobre qué son esas *public law claims*<sup>171</sup>. Se plantea entonces la identificación de aquellos asuntos que no tienen respuesta en el Derecho común, sino en un impreciso «Derecho público» (en cuyo caso las facultades de control judicial son mucho más limitadas o deferentes con el órgano público que si el asunto envuelve una disputa de Derecho común). Estamos hablando, en suma, de un control judicial (*judicial review*) específico para la actividad de gobierno y no de la simple tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos frente al poder público (para lo que resulta suficiente el Derecho común y los *ordinary remedies*).

b) En la organización judicial actual, en una de las tres secciones de las High Courts, la Queen's Bench Division, se juzgan los asuntos de Derecho administrativo. Pero esta simple sección no es algo parecido a un orden jurisdiccional específico: de un lado, la Queen's Bench Division también conoce de asuntos penales, y, de otro, en la composición de esta sección no hay propiamente magistrados especialistas, sino magistrados «ordinarios» que rotatoriamente integran la sección. También es cierto que existen reglas procedimentales específicas para el *judicial review* de decisiones gubernativas, pero sin llegar a formar un cuerpo procesal específico. En suma, aunque las novedades organizativas y procedimentales tienen detrás un emergente «Derecho público», el alcance de las innovaciones — y el propio debate sobre qué sean los *public law claims* a los que se destinan estas peculiaridades organizativas y procedimentales — es escaso y casuístico. No han dado lugar a una distinción estructural entre Derecho público y Derecho privado.

<sup>171</sup> *Vid.*, no obstante, la pérdida de fuerza de este precedente en *Clark v. University of Lincolnshire and Humberside* [2000] 1 WLR 1998.

c) Por último, en Derecho inglés también hay que destacar que las controversias entre particulares y los distintos *public bodies* no suelen acceder a los órganos judiciales, sino que normalmente se resuelven y mueren en una singular vía administrativa casi judicial de la que conocen diversos *tribunals* gubernamentales (por oposición a las *courts* judiciales)<sup>172</sup>. Estos *tribunals* han sido notablemente reforzados, sobre todo en su independencia, mediante la *Tribunals Courts and Enforcement Act 2007*. Podría pensarse, en principio, que la mera existencia de estos tribunales, donde se resuelven las reclamaciones de los particulares, podría haber dado nuevo impulso a la *summa divisio*, pero no es así. Entre otras cosas porque el funcionamiento de estos *tribunals* para nada necesita calificar los asuntos como públicos o privados. Los *tribunals* resuelven las reclamaciones que establecen las leyes sectoriales. Lo relevante para determinar la competencia de control de cada *tribunal* es la materia, no la calificación (público o privado) del Derecho que aplican. Además, ni siquiera es cierto con carácter general que los *tribunals* conozcan sólo de reclamaciones contra *public bodies*, pues son relevantes las leyes sectoriales que atribuyen a algunos *tribunals* la función de dirimir disputas entre particulares (así, los *employment tribunals*, que conocen de relaciones laborales públicas o privadas, o los *land tribunals*, para valoraciones de bienes en expropiaciones pero también en relaciones patrimoniales entre particulares)<sup>173</sup>. En consecuencia, la singularidad de la «vía administrativa» británica, formalizada a través de órganos administrativos cuasi judiciales, tampoco ha requerido de una distinción profunda entre Derecho público y Derecho privado.

71. En tercer lugar, la propia *función del Derecho* y de los jueces ofrece singularidades en Inglaterra. A diferencia de otros países europeos donde las políticas públicas se expresan natural y casi necesariamente a través de leyes, en Inglaterra los ámbitos de la actuación política o de gobierno y el Derecho no son coextensos. Esto es, buena parte de la acción gubernativa (de las políticas públicas) *no son ejecución de leyes*. En consecuencia, el hipotético ámbito del Derecho público (por comparación con otros países del continente) presenta ya de entrada un espacio naturalmente limitado. De otro lado, el propio carácter político —no jurídico— de la actuación administrativa trae consigo que los controles sean también preferentemente de naturaleza política o democrática (*accountability*) no judiciales<sup>174</sup>. Esto es, la naturaleza, eminentemente política que caracteriza a la actividad gubernativa torna en extravagantes los controles judiciales (excepto en lo que hace al control del fundamento mismo del poder y a los excesos en su ejercicio: *ultra vires*).

72. Por último, el Derecho británico no ha desarrollado una comprensión subjetiva del poder. No es propio del Derecho inglés la caracterización de un sujeto público (Estado o Administración), sino, más bien, la simple existencia de diversos sujetos (*agencies*, *public bodies*, *public councils*) que actúan para el interés público y

<sup>172</sup> Vid. S. BOYRON, «Mediation in Administrative Law: The Search for Experimental Comparative Law», en M. RUFFERT (ed.), *The transformation of Administrative Law in Europe*, München, Sellier, 2007, pp. 283 y ss. El funcionamiento de estos *tribunals* en [www.tribunals.gov.uk](http://www.tribunals.gov.uk).

<sup>173</sup> R. CARNWATH, «Tribunal Justice—a New Start», *Public Law*, núm. 1 (2009), pp. 48 y ss., esp. p. 53.

<sup>174</sup> D. OLIVER, «What, if Any, Public-Private Divides Exist in English Law?», *op. cit.*, p. 4.

que expresan en su conjunto el gobierno político de la nación. Esta falta de subjetividad permitirá calificar de «pública» la actuación de sujetos privados que ejercen *public functions*.

73. Con las anteriores referencias contextuales se puede entender la comprensión de la *public-private division* en Derecho británico. Se puede hablar, ciertamente, de *public laws* por contraposición a las *private laws*. Pero esta distinción primaria no tiene afán sistemático, sino más bien aplicativo y procesal, y su relevancia real es escasa y posiblemente decreciente. Sirve, fundamentalmente, para singularizar la forma y alcance del control judicial en asuntos que procesalmente se califican como «públicos»; esto es, no comunes, no sometidos al Derecho privado. Pero de esta distinción procesal entre Derecho público y Derecho privado no resulta, en ningún caso, el reconocimiento de un cuerpo de Derecho específico para el poder público. Los *public bodies* se rigen, en primer lugar, por el mismo Derecho (legal o judicial) que rige para los demás sujetos de Derecho. Respecto de este Derecho general, que está en la base del propio principio constitucional de *rule of law*, existen numerosas leyes especiales que regulan fragmentariamente algunos aspectos del funcionamiento de los *public bodies*. Sólo estas leyes entran en la categoría de *public law*. En suma, el Derecho público es sólo una parte —normalmente sectorial— del Derecho que gobierna a los *public bodies*. De otro lado, el Derecho público no sólo rige para los *public bodies*, sino también para *private bodies exercising public functions*. Se parte de la premisa, pues, de que existen ciertos sujetos que actúan para el interés general o con poderes exorbitantes o especiales de los que el Derecho reconoce a cualquier sujeto. En razón de las funciones que desarrollan éstos se considera que deben ser sometidos a parámetros de control distintos —más severos— de los aplicables a los simples sujetos privados; a saber: corrección procedimental, justicia, legalidad, racionalidad y proporcionalidad. A estos mismos sujetos privados, cuando actúan como *public authority*, les vinculan también los derechos humanos enunciados en la *Human Rights Act 1998* (que incorpora al Reino Unido el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950). Si bien, en términos generales, la justicia ofrece una comprensión restringida de cuándo los sujetos privados actúan como *public authority*. Por de pronto, la simple financiación pública no convierte a los sujetos en *public authority*<sup>175</sup>. Frente a lo que podría esperarse, la referencia normativa a que los particulares pueden ejercer *public functions* o a que pueden actuar como *public authorities* no ha llevado a la identificación de un Derecho público de contornos precisos. Sólo tenemos como ciertos dos enunciados: primero, que las *public laws* se encuentran en relación de complementariedad y especialidad respecto del Derecho privado, esto es, que las *public laws* no forman un sistema jurídico tendencialmente completo y autointegrado para el poder público, sino, más modestamente, un conjunto disto y casuístico de normas aplicables a sujetos con especial trascendencia pública. El segundo enunciado cierto —directamente conectado con lo anterior— consiste en que el limitado y fragmentario Derecho público no se define necesariamente por los sujetos, sino por las posiciones especiales de poder en que se encuentran algunos

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 14.

sujetos. En este sentido se acepta en Derecho británico que ciertos sujetos privados que ejercen *public functions* están sometidos a esas normas especiales que descriptivamente se denominan *public laws*.

74. Conforme a lo dicho, las *public laws* no son el Derecho del Estado (o más específicamente de la Administración), sino un compendio fragmentario y selectivo de normas que rigen algunos asuntos donde están presentes *public bodies* o donde se ejercen *public functions*. En consecuencia, partiendo de la premisa de que el Estado se rige natural y primariamente por el Derecho común, se puede entender la sencillez con la que en Gran Bretaña se siguen políticas de externalización de funciones públicas (a empresas o, cada vez más intensamente, a entidades sin ánimo de lucro)<sup>176</sup>. Pues dado que el Derecho de esa actividad es común (salvo en cuestiones selectivamente sometidas a reglas especiales: *public laws*) el tránsito de la gestión «pública» a la gestión de funciones públicas por medio de sujetos privados tiene escasa trascendencia jurídica. Esto puede explicar, incluso, las políticas de competitividad entre agencias públicas y sujetos privados (como las políticas de *best value*), en las que un gobierno adjudica la gestión de servicios públicos por medio de licitación pública en la que concurren tanto agencias públicas como empresas privadas<sup>1</sup>. En este esquema está implícito que todos los sujetos (agencias públicas y sujetos privados) actúan conforme a unas mismas reglas (el Derecho común), lo que de suyo facilita la competencia (la agencia pública no está sometida a reglas jurídico-públicas que la hacen menos competitiva y tampoco disfruta de posiciones de poder que la ubican en posiciones competitivas de privilegio).

## 2.2. *Droit public et droit privé*

75. La *summa divisio* presenta un especial vigor en el Derecho francés<sup>178</sup>, si bien en la oposición conceptual se habla más de Derecho administrativo que de Derecho público. El Derecho público comienza su singularización respecto del Derecho común (que, con el tiempo, será el Derecho privado) con la formación de una *puissance publique* relevante —la Corona— a partir del siglo XVI. De este tiempo es, por ejemplo, la prohibición de enajenación de los bienes de la Corona (a diferencia de los bienes personales del rey). La formación de este incipiente Derecho público no guarda relación directa con la distinción ilustrada entre Estado y sociedad, sino, más bien, con la propia singularidad de la *nueva puissance publique*. Luego, la inicial existencia de un —restringido— Derecho público se consolida, toma nuevo sentido y se expande a partir de la revolución política de 1789. La permanencia de un poder monárquico-ejecutivo, ahora en tenso equilibrio de legitimidad con la representación nacional

<sup>176</sup> J. ALDER, *Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 18.

<sup>177</sup> En el ámbito local vid. D. WILSON y Ch. GAME, *Local Government in the United Kingdom*, 5.<sup>a</sup> ed., Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011, pp. 376 y ss.

<sup>178</sup> J.-B. AUBY, «Le rôle de la distinction du droit public et droit privé dans le droit française», op. cit., p. 12, y E. PICARD, «The Public-Private Divide in French Law Through the History and Destiny of French Administrative Law», op. cit., pp. 17 y ss., esp. p. 18.

(la Asamblea Nacional), marca el inicio de un Derecho específico para la naciente Administración contemporánea; un Derecho de rápido crecimiento y expansión: el Derecho de la Administración, sino también la garantía de los derechos humanos frente a la propia Administración<sup>179</sup>. Este Derecho, lógicamente deudor del Derecho común, acrecienta su singularidad a través de la independencia y la fuerza creativa del Consejo de Estado, órgano del poder ejecutivo que desde 1799 se encarga tanto de juzgar a la Administración como de proponerle nuevas normas reglamentarias. Más tarde, el «Derecho administrativo» no sólo mantendrá su singularidad a lo largo del siglo XX, sino que incluso se acentuará esa singularidad tras la Segunda Guerra Mundial mediante el crecimiento exponencial de las actividades de la Administración y la teorización del *servicio público*, concepto que «sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público»<sup>180</sup>.

76. En un contexto de fuerte singularización jurídica de la Administración como el recién descrito se entiende el vigor de la división entre Derecho público (en realidad, Derecho administrativo) y Derecho privado. Y también su configuración sobre un criterio eminentemente subjetivo: a quién se dirigen las normas, si al Estado (la Administración) se identifiquen notas sustantivas características: *puissance publique*, *intérêt public* y *service public*<sup>181</sup>. La singularidad de la *summa divisio* está en que el sujeto central del Derecho público no es el Estado —como en Derecho alemán—, sino más bien la Administración. Y, en este sentido, Derecho público y Derecho administrativo prácticamente se confunden.

## 2.3. *Öffentliches Recht und Privatrecht*

77. Varias son las referencias o singularidades nacionales que se pueden considerar aquí para entender el sentido y alcance de la distinción entre Derecho público y Derecho privado en Alemania. Una de estas referencias es precisamente la historia. Más arriba ya se hizo referencia al peculiar sentido que la *summa divisio* toma en Alemania a partir de la reforma protestante y la progresiva emancipación de los señores territoriales (*Fürsten*) respecto del poder imperial. En este proceso político se acentuó la distinción entre Derecho público y Derecho privado precisamente para negar la vigencia de aquella parte del Derecho romano en la que se asentaba la autoridad del emperador. Este Derecho se califica de público justamente para afirmar su inaplicación en los Estados alemanes (a diferencia del Derecho privado romano, cuya vigencia no se cuestiona). Desde este momento, en la cultura jurídica alemana el Derecho públi-

<sup>179</sup> E. PICARD, «The Public-Private Divide in French Law Through the History and Destiny of French Administrative Law», op. cit., p. 21.

<sup>180</sup> L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho público y privado*, op. cit., p. 27.

<sup>181</sup> J. B. AUBY, «Le rôle de la distinction du droit public et droit privé dans le droit française», op. cit., p. 15.

co presenta un fuerte engarce territorial y político (frente a la naturaleza ecuménica y racional del Derecho privado). Otra circunstancia histórica, la falta de una ruptura política liberal (con sus anejos de legitimación «democrática», Constitución y singularización del poder ejecutivo), también parece haber dejado huella — como contrapunto a otros Estados europeos — en la distinción público-privado. Según se repite en la doctrina académica, ya con tintes de tópico político, las revoluciones liberales desde finales del siglo XVIII trajeron consigo la separación entre Estado y sociedad, cada una con sus propias fuentes de legitimidad y con su propio Derecho. El Derecho público sería el Derecho del Estado; el Derecho privado sería el Derecho de la sociedad<sup>182</sup>. Pero dado que en Alemania tardó y fracasó la revolución (1848) también se retardó la dicotomía Derecho público *versus* Derecho privado apoyada sobre la distinción Estado-sociedad, al menos con la intensidad positiva que se daba en otros países europeos. Es claro que, incluso a falta de un cambio político, la oposición Estado-sociedad ya estaba presente en la cultura liberal alemana y había impregnado la teoría jurídica<sup>183</sup>. Cuestión distinta es que el retardo constitucional y democrático en Alemania diera lugar a una singular oposición entre Derecho público y privado: un Derecho privado «popular», no producido por la representación nacional, sino identificado por los juristas a partir del «espíritu» colectivo del pueblo alemán (*Volksrecht*), y un Derecho público secundario, producido por la autocracia territorial y complementario del Derecho privado<sup>184</sup>. Para marcar las diferencias téngase en cuenta que en ese mismo tiempo países como Francia y España ya experimentaban una formación acelerada del Derecho público (constitucional y administrativo) y habían dado naturaleza política al propio Derecho privado (a través de los códigos).

78. Es difícil precisar qué consecuencias concretas tiene la singular historia estatal alemana para la configuración teórica de la *summa divisio*. Quizá se pueda observar alguna conexión entre el carácter originariamente territorial (de los Estados) propio del Derecho público y la distribución constitucional del poder, donde aún hoy la federación dicta el Derecho privado y los *Länder* dominan buena parte de lo que allí mismo consideran como Derecho público. Más clara que esta posible conexión histórica, también se podría explicar el fenómeno —plenamente asumido en Alemania— de que la Administración pública actúe no sólo en régimen de Derecho público, sino —frecuente y normalizadamente— también en régimen de Derecho privado. Esto podría explicarse por la tardía distinción entre Estado y sociedad, y, partiendo de ahí, la lenta, tardía e incompleta formación de un Derecho público (constitucional y administrativo) que fuera adaptando el Derecho común a las nacientes necesidades del Estado ya parcialmente democrático y de la Administración creciente del siglo XIX. La retardada separación entre Estado y sociedad determinó no sólo la vigencia ininterrumpida del Derecho privado romano (como Derecho de Pandectas), sino también que las Administraciones alemanas siguieran sometidas al Derecho privado (*ius commune*) en sus contratos, en sus bienes o en su responsabilidad patrimonial. Ésta es aún, con los matices necesarios, la situación actual: una Administración sometida a dos regímenes ju-

<sup>182</sup> J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad...*, op. cit., p. 40.

<sup>183</sup> D. GRIMM, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, op. cit., p. 15.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 21.

rídicos alternativos, que ahora se dicen complementarios: el Derecho público y el Derecho privado. Es evidente que la aplicación del Derecho privado a la Administración no es un fenómeno ajeno a otros países europeos. Pero si se compara con Francia o España se observará que la extensión y el fundamento histórico de ese doble régimen jurídico para la Administración pública son más relevantes en Alemania. Según se ha dicho, la amplia aplicación —tradicional y actual— del Derecho privado a la Administración ha contribuido a la propia concepción de la *summa divisio* en Alemania. En concreto, ha dado lugar a la muy aceptada «teoría subjetiva corregida» (*supra* § I.27), pues esta teoría explica el doble régimen jurídico de la Administración: Derecho público y Derecho privado.

79. Aparte de las referencias históricas, otras notas *contemporáneas* pueden dar sentido a la división público-privado en Alemania. Una de estas referencias es, sin duda, la *posición supraordenada de la Constitución*. La actual Constitución alemana de 1949 no se integra en la *summa divisio*, sino que la enmarca o preside<sup>185</sup>. De esta referencia positiva, absolutamente incontrovertida, derivan algunas consecuencias para la diferencia entre Derecho público y Derecho privado. En primer lugar, la referencia público-privado ha perdido ya una parte de sus contenidos originales (las reglas constitucionales). En segundo lugar, ni el Derecho público ni el Derecho privado persiguen valores o fines propios, sino aquéllos contenidos en la Constitución<sup>186</sup> (por tanto, hay una tendencia hacia la unidad axiológica del Derecho público y del Derecho privado, que comparten los mismos valores). En tercer lugar, dado que tanto el Derecho público como el Derecho privado son opciones o estrategias alternativas de regulación (en el marco de los fines, principios y valores de la Constitución), la simple elección de una estrategia regulativa no puede determinar resultados contrarios a la propia Constitución. De esta manera, la aplicación del Derecho privado a la Administración, posibilidad regulativa no cuestionable, en ningún caso puede liberar a la Administración (actuando en forma jurídico-privada) del sometimiento a los derechos fundamentales<sup>187</sup>. Esta afirmación es tanto más relevante en Alemania si se tiene en cuenta la general aceptación de que los derechos fundamentales no vinculan directamente a los particulares.

80. Otra referencia importante que ayuda a situar la *summa divisio* en Alemania es la existencia de un orden jurisdiccional específico para los asuntos «de Derecho público». En Derecho alemán, el § 40 VwGO [*Verwaltungsgerichtsordnung* (Ley de Procedimiento Contencioso-Administrativo)] asigna a los tribunales administrativos «las controversias jurídico-públicas», y el § 13 GVG [*Gerichtsverfassungsgesetz* (Ley de la Organización Judicial)] atribuye a los tribunales ordinarios las «controversias jurídico-privadas». De forma que los tribunales se ven obligados a actuar sobre la hipótesis metodológica de la distinción primaria entre Derecho público y Derecho privado, y a calificar los distintos supuestos que se plantean en la práctica forense. Esto no significa

<sup>185</sup> M. BURGI, «Rechtsregime», op. cit., § 2.

<sup>186</sup> E. SCHMIDT-ASSMAN, «Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Aufangordnungen...», op. cit., p. 14.

<sup>187</sup> M. BURGI, «Rechtsregime», op. cit., p. 1197, § 45.

que en la jurisprudencia se cuente con un criterio definitivo de lo que es Derecho público y de lo que es Derecho privado. En líneas generales se parte de la teoría subjetiva [en concreto, de la «teoría del sujeto corregida» (*supra* § I.27)] y, en consecuencia, se califica un asunto como «jurídico-público» cuando la norma que rige el conflicto regula la actividad de un sujeto público «en tanto que tal sujeto público»<sup>188</sup>. Con todo, con frecuencia este criterio es insuficiente. En tal caso, no es infrecuente que en un mismo asunto un tribunal utilice complementariamente varios criterios (el del interés, agregado al del sujeto, preferentemente). Así, en resolución de la «Sala de Conflictos» (GmS-OGB) se dice que «son de Derecho público los litigios que nacen de una relación de poder público» y que «las relaciones jurídicas en pie de igualdad serán consideradas como de Derecho público cuando las normas a las que se someten sirven al interés general, cuando vinculen sólo a sujetos públicos o cuando el asunto litigioso esté regulado por Derecho especial y no por las reglas jurídicas que valen para todos»<sup>189</sup>. La amplitud y flexibilidad de criterios de los que se sirve la jurisdicción administrativa permite admitir recursos contra actos administrativos dictados por empresas o profesionales previamente autorizados para tal función por la Administración (*Beliehne Unternehmer*), si bien no está claro si la calificación de tales asuntos como jurídico-públicos lo es por considerar que cuando media tal encargo público los sujetos privados actúan como un sujeto público (no como particulares) o, simplemente, porque el criterio del sujeto no es el único para la calificación de una regulación como Derecho público. En todo caso, y en lo que ahora importa, la referencia de las leyes procesales al Derecho público o al Derecho privado como criterio de distribución de asuntos entre órdenes jurisdiccionales ha generado un extenso e inacabado debate sobre qué es Derecho público y Derecho privado. Este debate ha asentado la validez de la teoría subjetiva, aunque con numerosos matices que reintroducen en el concepto de Derecho público elementos materiales (como el ejercicio de «funciones públicas»).

### 3. Contextos políticos

81. Por último, y separado de lo anterior sólo a efectos analíticos, la *summa divisio* no es ajena a los *concretos contextos políticos*. Cada versión de la distinción entre Derecho público y Derecho privado expresa una opción, tendencia u *objetivo político*. Ya hemos visto más arriba cómo la *summa divisio* cambia en sus contenidos a lo largo del tiempo. No siempre es fácilmente identificable el alcance y significado de este cambio. Pero sí es claro que en ciertos momentos, y en relación con concretos autores, la definición de lo que es Derecho público o Derecho privado reproduce convicciones políticas o simple ideología.

82. Ya se mencionó antes cómo una distinción marcada entre *ius publicum* e *ius privatum* pretendía, en el siglo XVI, negar en los nuevos Estados centroeuropeos la au-

<sup>188</sup> F. KOPP, W. R. SCHENKE y R. P. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, op. cit., p. 117, § 11.

<sup>189</sup> GmS-OGB 10.7.1989, NJW, 1990, p. 1527.

toridad del emperador (conforme al Derecho del Sacro Imperio Romano-Germánico). En ocasiones, una defensa acentuada de la distinción entre Derecho público y Derecho privado ha sido la forma de proteger los derechos o privilegios de ciertos cuerpos sociales (entendidos esos privilegios como Derecho privado o Derecho común) frente a la tendencia igualadora del Derecho público. Éste puede ser el trasfondo de la defensa de la *summa divisio* por la Escuela Histórica del Derecho<sup>190</sup>. Desde el siglo XVIII, el sentido de la *summa divisio* se liga a la explicación de la realidad política de cada país a partir de la oposición entre Estado y sociedad. Se ha dicho, en este sentido, que la distinción entre Derecho público y Derecho privado en las doctrinas francesa y alemana responde a una distinta concepción del Estado y de la sociedad basada en elementos históricos: la existencia o no de revolución liberal<sup>191</sup>. Es cuestionable que el binomio Estado-sociedad, formulación tópica y simplificada de realidades políticas complejas, sea la unidad de cuenta con la que medir los distintos sistemas políticos desde el siglo XVIII. Pero, en lo que ahora importa, la ligazón entre Derecho público y Derecho privado nos sirve para revelar la conexión de sentido entre las construcciones políticas de cada tiempo y el sentido mismo de la oposición entre Derecho público y Derecho privado. Sentada ya la idea de que la *summa divisio* traslada al ámbito jurídico una explicación diacrónica de las organizaciones políticas (fundamentalmente, la articulación Estado-sociedad en cada tiempo y lugar), en lo que sigue se van a ofrecer varios ejemplos de este sentido político, en cada contexto histórico y nacional, de la *summa divisio*.

a) Valgan como primer ejemplo de inmersión política de la *summa divisio*, en el inicio del siglo XIX, las explicaciones de SAVIGNY. En ellas no se utiliza la oposición liberal entre Estado y sociedad, sino una parcialmente distinta y que reaparecerá en el período más abyecto de la política alemana de la primera mitad del siglo XX: la oposición entre *Estado y pueblo*. El Derecho privado de que habla SAVIGNY es un Derecho que no necesita, para su legitimación, de poder político alguno<sup>192</sup>. La *fuerza de producción del Derecho es el pueblo*, no una de sus creaciones (el Estado). El Derecho privado es emanación natural e inmediata del pueblo. Y ello frente al Derecho público, esencialmente estatal y al que, por su accesoria respecto del Derecho del pueblo, sólo le queda la función de hacer eficaz el Derecho privado<sup>193</sup> o introducir «correcciones» sociales en el mismo<sup>194</sup>. En una primera consideración se podría convenir

<sup>190</sup> Vid. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, op. cit., pp. 233 y ss., 331 y 337 y ss.

<sup>191</sup> H. RABAULT, «La notion de droit public en droit administratif allemand», op. cit., pp. 120 y 122, nota 33.

<sup>192</sup> Así hay que entender la afirmación de SAVIGNY de que, una vez extinguido el Sacro Imperio Romano Germánico, el Derecho romano (en puridad, sólo su Derecho privado) seguía siendo el Derecho común (*gemeines Recht*) del Reich, compatible con el Derecho de cada Estado (Derecho territorial), en la medida en que este segundo era básicamente Derecho público. Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, op. cit., p. 4.

<sup>193</sup> *Ibid.*, pp. 23 y ss.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 331, 367 y ss. Por cierto que esta idea de la «corrección social» respecto de un Derecho privado *a priori* reaparecerá en el Derecho social de O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, reproducido por E. WOLF, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1950, pp. 488 y ss.

en que SAVIGNY aquí es fiel a una tradición iusnaturalista e iusracionalista (PUFENDORF, BOHEMER, WOLF, KANT)<sup>195</sup> que ubica en el Derecho privado (romano) la esencia de los sistemas jurídicos occidentales. Pero hay algo más. SAVIGNY es, además de insigne jurista, un destacado político conservador<sup>196</sup> que ve en la codificación (a la francesa) no sólo una composición racional de normas, sino también un programa político de corte liberal y revolucionario. Por eso acentúa SAVIGNY la oposición entre público y privado como vía para evitar la contaminación del Derecho tradicional. Una segunda comprensión de la *summa divisio* en SAVIGNY se basa en la *afirmación de la nación* alemana (en puridad, del pueblo alemán) más allá de la desaparición formal del Sacro Imperio. Asumida ya (desde la reforma) la imposible unidad del Derecho público, SAVIGNY hace recaer sobre el Derecho privado la unidad del pueblo alemán. Así se puede explicar, en mi opinión, la difícil coexistencia, afirmada por SAVIGNY, entre el Derecho romano y el Derecho territorial.

b) En tiempos más recientes es también comprobable la carga ideológico-política que soporta la *summa divisio*. Tenemos, por un lado, que la instauración de regímenes políticos fascistas, primero, y socialistas, después, supuso la marginación o proscripción del Derecho privado y paralelamente un crecimiento desproporcionado del Derecho público<sup>197</sup>. Así, en el nacionalsocialismo se propuso la absorción del Derecho privado en el Derecho público<sup>198</sup>. Pero, por otro lado, desde ciertas posiciones políticas de posguerra (liberal-burguesas y antisocialistas) se afirma la precedencia y carácter natural del Derecho privado. Dice nuestro VILLAR Y ROMERO en los años cincuenta del siglo xx, con un difuso apoyo en la moral cristiana, que: «Tanto el Derecho privado objetivo como los derechos subjetivos privados son anteriores al nacimiento del Estado, previos a éste, preceden al Derecho público [...] los derechos subjetivos privados [...], por surgir de la propia naturaleza individual, son emanaciones directas del Derecho natural y, por tanto, tienen que ser en todo momento respetados y reconocidos por el Estado»<sup>199</sup>.

c) También la oposición público-privado refleja la evolución de diversas *situaciones de dominación* presentes en las sociedades occidentales hasta casi nuestros días. Una comprensión amplia del Derecho privado, tuitivo de la libre voluntad del individuo en su entorno inmediato frente a toda intromisión, ha amparado históricamente a la esclavitud (como expresión del derecho de propiedad) y a la dominación masculina en el seno de la familia (como expresión de la patria potestad del *paterfamilias*). Sólo mediante la intervención del Estado —mediante el Derecho público— la libertad del género humano se convirtió en un asunto «público», sustraído a la autonomía de la voluntad. Y también mediante un nuevo Derecho y un Estado vigilante sobre las relaciones de familia se consiguió atenuar —que aún no excluir— la dominación sobre la

<sup>195</sup> Cfr. M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, op. cit., pp. 52, 54 y 57.

<sup>196</sup> G. KLEINHEYER y J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3.ª ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1989, pp. 239 y ss.

<sup>197</sup> A. SUPLOT, «The public-private relation in the context of today's refeudalization», op. cit., p. 132.

<sup>198</sup> Vid. E. MOLITOR, *Über öffentliches Recht und Privatrecht*, Karlsruhe, Müller, 1949, pp. 18 y ss. Para el fascismo italiano, G. ALPA, «Derecho público "y" Derecho privado. Una discusión abierta», op. cit., p. 16.

<sup>199</sup> J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», op. cit., p. 45.

mujer en el ámbito doméstico<sup>200</sup>. En suma, la oposición históricamente cambiante entre Derecho privado y Derecho público refleja contextos políticos de mayor o menor dominación del individuo sobre su entorno doméstico o circundante.

d) En la actualidad, el análisis económico del Derecho —al menos el practicado en Norteamérica— ha introducido un elemento de valoración comparativa entre Derecho público y privado en perjuicio del público<sup>201</sup>: la ideología liberal del mercado (que ve en éste el instrumento más eficiente para la distribución de recursos) lleva a relegar al Derecho público al ámbito de la organización política y a excluirlo de la economía. Como ha dicho ALPA, «la expresión Derecho público asume así una nueva connotación, casi como si se tratase de un conjunto de mandatos, reglas e imposiciones de las que el operador económico debe estar resguardado»<sup>202</sup>.

83. Dejando ya a un lado la oposición entre Estado y sociedad como categorías simétricas a las de Derecho público y Derecho privado, la *summa divisio* incorpora otras realidades o aspiraciones políticas, como las referidas a la distribución territorial del poder. Así, en la Unión Europea (y en la escasa medida en que ahí es relevante la *summa divisio*) está presente cierta categorización del Derecho privado como regulación meramente técnica de los mercados, y en este sentido correspondiente a la Unión<sup>203</sup>, y frente a esto, el Derecho público se conceptualiza como Derecho político o de soberanía, y, por tanto, reservado naturalmente a los Estados<sup>204</sup>. Esta singular oposición entre Derecho público y Derecho privado refleja la tensión política estructural entre la Unión Europea y los Estados miembros.

## VI. APROXIMACIÓN SECTORIAL Y TIPOLOGICA

84. Normalmente, con la *summa divisio* se pretende explicar el Derecho en su conjunto. Esto es, todo el Derecho (universal, de un momento histórico o de un país en un momento histórico) quedaría ordenado a través de dos únicas categorías elementales: Derecho público o Derecho privado. Según esta aproximación metodológica, consciente o intuitiva, con la distinción público-privado se habría creado un *sistema conceptual* en sentido estricto<sup>205</sup>: explicación completa de la realidad a través de dos únicos conceptos o categorías que se oponen por un único rasgo definitorio. La metodología sistemática pone el énfasis en cuál es el rasgo distintivo de un concepto respecto de aquel al que se opone<sup>206</sup>. Porque cada concepto se define siempre por

<sup>200</sup> M. WARNER, *Público, públicos, contrapúblicos*, op. cit., p. 31.

<sup>201</sup> P. MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho*, Madrid, CEC, 1994, p. 38.

<sup>202</sup> G. ALPA, «Derecho público "y" Derecho privado. Una discusión abierta», op. cit., p. 23.

<sup>203</sup> Así, para el Derecho de daños por productos defectuosos vid. STJCE de 25 de abril de 2002, *González Sánchez v. Medicina Asturiana* (C-183/00), y más recientemente, STJUE de 21 de diciembre de 2011, *Dutruieux* (C-495/10).

<sup>204</sup> D. CARUSO, «Private Law and Public stakes in European integration: the case of property», *European Law Journal*, vol. 10, núm. 6 (2004), pp. 751-765, esp. p. 751.

<sup>205</sup> K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 455.

<sup>206</sup> J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual», en J. RODRÍGUEZ-ARANA e I. DEL GUAYO CASTIELLA (dirs), *Panorama jurídico de*

oposición a otro. En este sentido, las elaboraciones teóricas sobre la *summa divisio* se han esforzado en identificar cuál es ese *único y relevante* rasgo característico que califica al Derecho privado por oposición al Derecho público. Aquí se cuentan tanto las teorías funcionales y objetivas como las teorías subjetivas. Las *teorías objetivas*, generalmente insatisfactorias, han considerado que los Derechos privado y público se distinguen y oponen por un rasgo material característico: el servicio al interés general o al particular (*supra* § I.13), o el carácter imperativo o dispositivo de las normas (*supra* § I.14). Las *teorías subjetivas* han construido la oposición conceptual entre Derecho público y Derecho privado en torno al destinatario de las normas: el Estado o los particulares (*supra* § I.25).

85. La *summa divisio*, entendida como sistema conceptual, no es ni correcta ni incorrecta. Es una aproximación metodológica posible para explicar el conjunto del Derecho. La mayor objeción que cabe oponerle es, precisamente, la de su escasa eficacia explicativa. Esto es, que dudosamente aporta algo relevante para la mejor comprensión del Derecho, pues, dado que todo el Derecho se ordena en dos únicos conceptos (aunque luego sean subdivisibles *ad infinitum*), ambos conceptos han de ser necesariamente *muy abstractos*. Y los conceptos, cuando son muy abstractos, dicen muy poco de los objetos a los que se refieren. Así, si conforme a un criterio subjetivo convenimos que el Derecho público es el Derecho específicamente referido al Estado, tendremos en el mismo concepto a: el Derecho administrativo, el penal (referido al *ius puniendi* del Estado), el procesal (sobre el poder judicial del Estado) o el constitucional. Y en el Derecho privado estarían, por defecto: el Derecho mercantil, el civil o el laboral. Pero hecha esta clasificación, en seguida habría que preguntarse si sirve para algo. Esto es, qué aclara o cuál es la utilidad epistemológica de clasificar en una misma categoría a las leyes procesales, al Código Penal y a la Ley de Contratos del Sector Público.

86. En mi opinión, la realidad jurídica es hoy crecientemente —aunque no únicamente— *sectorial o especial*<sup>207</sup>. Es propio del Estado social y democrático contemporáneo el enfoque del Derecho hacia cada sector o ámbito concreto de intereses, de acuerdo con la relevancia y posición constitucional de esos intereses y las preferencias políticas de cada momento. Y ello determina que en la comprensión y explicación del Derecho haya que atender, fundamentalmente, a la peculiar composición de intereses, incentivos y técnicas regulatorias en cada sector regulado. Para entender el Derecho de nuestro tiempo es necesario acudir a los distintos sectores que lo componen, a la concreta articulación de intereses que allí se da y a las técnicas jurídicas que allí se utilizan. Asumida como premisa la *vis sectorial* del Derecho, resulta teóricamente útil, en un segundo nivel de observación, precisar en qué medida cada sector del ordenamiento jurídico está *más o menos publicado o privatizado* (con el criterio o criterios que se convengan como identificativos del Derecho público o del Derecho privado). Entendidos el Derecho público y el Derecho privado como *formas o*

las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca, Madrid, BOE-INAP, 2002, pp. 1281 y ss., esp. p. 1284.

<sup>207</sup> Ya en el siglo pasado *vid.* M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, *op. cit.*, p. 114.

*técnicas de regulación* —en mayor o menor medida empleados en cada sector de regulación—, la *summa divisio* pierde su pretendido sentido sustantivo y clasificatorio y pasa a expresar dos posibles *cualidades* de cada ordenamiento sectorial. Se puede hablar, en este sentido, de que un concreto sector normativo está en mayor o menor medida regulado con formas de Derecho público o con formas de Derecho privado. Hablaríamos entonces, más que del Derecho público o el Derecho privado como categorías sustantivas, de la mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad* de cada sector. Estas cualidades (la *iuspublicidad* o la *iusprivacidad*) toman sentido en un contexto general de *explicación sectorial* y no sistemática del Derecho. Esto es, el carácter público o privado de una regulación o sector normativo sería una nota o característica más —entre otras— que está presente en distinta medida en los diferentes sectores o ámbitos del Derecho. Así, de un concreto sector normativo como el Derecho del transporte, del medio ambiente, de la energía o de la competencia empresarial se puede decir que se construye en mayor o menor medida con formas jurídico-públicas o con formas jurídico-privadas. La nota de la publicidad o la privacidad es entonces una cualidad que se predica de un ordenamiento o de un concreto sector de regulación. Pero no es la privacidad o la publicidad la única característica de ese sector normativo, sino una de las características que, sumada a otras, permite una comprensión precisa de una concreta realidad normativa sectorial. Otras notas identificativas de un sector normativo, junto a la publicidad o privacidad, puede ser la proveniencia nacional, europea o internacional de las normas, o la relación de la regulación con bienes patrimoniales o de la personalidad, por ejemplo. Es la suma singular de éstas y otras notas características en cada sector normativo (y entre ellas, la mayor o menor privacidad en la regulación) lo que permite singularizar y aprehender correctamente ese ámbito normativo. Con lo dicho, en este estudio se renuncia a una comprensión sistemática de la *summa divisio*, entendida como un par de conceptos con los que se clasifica el conjunto del Derecho, y, en cambio, se opta por una comprensión adjetiva del binomio público-privado: como formas diversas de regulación que están presentes, en distinta medida y composición, en cada ordenamiento sectorial. Así que para el Derecho del transporte, de la competencia, de los consumidores o del medio ambiente no tiene especial utilidad su clasificación como Derecho público o como Derecho privado. Más utilidad explicativa tiene —a mi juicio— señalar de qué forma en cada sector jurídico se combinan «formas regulativas de Derecho público» y «formas regulativas de Derecho privado». En tal sentido, la utilidad de la *summa divisio* no es hoy clasificatoria, sino adjetiva o cualitativa: permite la mejor comprensión de cada sector jurídico concreto. Por supuesto que para la completa comprensión de esta propuesta de sentido para la *summa divisio* aún queda por precisar qué son esas enigmáticas «formas regulativas de Derecho público o de Derecho privado» a las que se hace referencia. Esto se dirá más adelante (*infra* § III.1).

87. Además, el binomio público-privado no siempre es un par de cualidades relevante en los distintos sectores o ámbitos normativos. Algunos ámbitos jurídicos presentan una nota empírica o técnica muy característica que empuja a otras notas o características también presentes (como pueden ser la *iuspublicidad* o la *iusprivacidad* a las que vengo aludiendo).

a) Por ejemplo, el *Derecho constitucional* se aprehende, fundamentalmente, a partir de su forma primaria de expresión, la Constitución<sup>208</sup>: un texto escrito singular (en su aprobación, contenido y reforma) que actúa como parámetro de validez de todas las normas del Estado porque, en su contenido mismo, expresa el consenso ideológico de la sociedad (el liberalismo)<sup>209</sup>. Podríamos debatir sobre si el Derecho constitucional es una pieza o componente del Derecho público, como es propio de la tradición continental<sup>210</sup>, o, incluso, si una parte del Derecho constitucional (por ejemplo, los derechos a la intimidad y a la libre expresión) es también Derecho privado. Pero para la comprensión del Derecho constitucional esto último parece secundario. La nota más acusada del Derecho constitucional no es hoy, a mi juicio, su calificación como Derecho público. Lo característico del Derecho constitucional, en este tiempo y lugar, es su comprensión a partir de un texto normativo singular, la Constitución. Y es ésta la nota tipológica verdaderamente característica y explicativa del Derecho constitucional.

b) Algo similar se puede decir para el Derecho penal. Conforme a un criterio subjetivo, del Derecho penal bien podría decirse que es Derecho público, en tanto regulador del *ius puniendi* del Estado<sup>211</sup>. Pero lo cierto es que una posible calificación del Derecho penal como Derecho público apenas sí tiene utilidad epistemológica. De hecho, tradicionalmente es frecuente ubicar al Derecho penal al margen de la *summa divisio*. Esto se justifica, quizá, por el considerable desarrollo técnico que han alcanzado el Derecho y la dogmática penales; de manera que la *summa divisio* apenas sí aporta una referencia explicativa útil. Es significativo, además, que en perspectiva histórica el Derecho penal no haya gozado de una ubicación única en el seno de la oposición tradicional público-privado. Así, en clave histórica tenemos que para DOMAT «el castigo de los delitos» formaba parte del Derecho público<sup>212</sup>, referencia ésta en la que le sigue DOU Y DE BASSOLS al hablar del «castigo de los delincuentes»<sup>213</sup>. Pero para el mismo siglo XVIII primaba en los Estados alemanes una vaga adscripción del Derecho penal al Derecho privado<sup>214</sup>, quizá por una consideración preferentemente política del Derecho público, poco acorde con la represión de conductas individuales propia del Derecho penal. Mediado el siglo XIX adscribía SAVIGNY con claridad el Derecho penal al Derecho público (en sentido amplio), pero explicaba que en Derecho romano, donde no había un monopolio de la fuerza por el Estado, el Derecho penal era Derecho privado<sup>215</sup>. En nuestro tiempo parecería que, monopolizado el poder punitivo por el Estado, no debería haber

<sup>208</sup> Entre otros, K. HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1983, p. 23, y P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 120.

<sup>209</sup> En extenso, J. L. REQUEJO PAGÉS, «El triunfo de la constitucionalidad y la crisis de la normatividad», *Fundamentos*, núm. 6 (2010), pp. 179 y ss.

<sup>210</sup> Entre muchos, y destacable por su influencia en España, M. HAURIOU, *Principios de Derecho público y constitucional*, op. cit., p. 1.

<sup>211</sup> Entre muchos, M. BAJO FERNÁNDEZ, en J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho penal*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2011, p. 41.

<sup>212</sup> J. DOMAT, *Derecho público*, op. cit., p. 165.

<sup>213</sup> R. L. DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia particular del de Cataluña*, op. cit., p. 7.

<sup>214</sup> M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, op. cit., p. 48.

<sup>215</sup> F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, op. cit., p. 27, nota c).

dudas sobre la calificación del Derecho penal como Derecho público, mas no es así. La adscripción del Derecho penal al Derecho público depende de la perspectiva que se adopte. Si se parte de una consideración subjetiva (Derecho penal como derecho a castigar: *ius puniendi*) el Derecho criminal es Derecho del Estado. Regula las relaciones punitivas entre Estado y ciudadanos. Pero una consideración objetiva del Derecho penal que, siguiendo los postulados de WELZEL, prime su carácter regulador de conductas (orden de castigar dada a los jueces como elemento secundario, prohibición de una conducta a los particulares como elemento primario<sup>216</sup>) convertiría al Estado en *sujeito secundario* de la norma penal y, por tanto, conduciría a la calificación del Derecho penal como Derecho privado (¡). También desde otro punto de vista se desliza un acercamiento sustancial del Derecho penal al privado: consideración del Derecho penal como garantía reforzada de los derechos subjetivos privados<sup>217</sup>. Baste lo dicho para mostrar la difícil explicación del Derecho penal a través del binomio público-privado, entendido en sentido conceptual (sistemático), o como expresión de posibles cualidades predicables de todo ámbito normativo. En mi opinión, la comprensión del Derecho penal se alcanza de forma más clara y directa mediante una metodología tipológica. La suma de ciertas notas materiales características, como el sentido afectivo o el estricto principio de legalidad, ofrecen una imagen aprehensible del Derecho penal. Sentada esta aprehensibilidad tipológica del Derecho penal resulta secundaria o incluso inútil su posible calificación como Derecho público<sup>218</sup>. En consecuencia, para el Derecho penal resulta más provechoso renunciar a un binomio conceptual como la *summa divisio*, con tan escasa capacidad o eficacia explicativa.

c) Por último, también el *Derecho procesal* queda definido por un elemento característico y determinante (la regulación procedimental de la actividad de los jueces y las partes en un proceso), por lo que su clasificación o adjetivación como Derecho público o Derecho privado también puede considerarse secundaria o irrelevante<sup>219</sup>.

88. Se podría criticar la aparente contradicción entre el valor simplemente adjetivo y relativo que concedo al binomio público-privado y el sentido sistemático-conceptual que parece inherente a la *summa divisio*. Esto es, que al mismo tiempo que opto por explicar los distintos sectores del orden jurídico en función de la mayor o menor presencia de algunas notas características (y entre ellas, la *iuspublicidad* o *iusprivacidad*) me estoy sirviendo de un binomio (Derecho público *versus* Derecho privado) en nada adjetivo y relativo, sino propiamente sistemático-conceptual (esto es, ordenador de una realidad dada a partir de conceptos en tensión lógica y que se distinguen por un único rasgo o nota determinante)<sup>220</sup>. Admito la crítica, pero creo que puede ser contestada. Es claro que, como ya expliqué más arriba (*supra* §§ 35-38), la *summa divisio* se

<sup>216</sup> En este sentido, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, Reppertor, 1996 (hay edición posterior), p. 8.

<sup>217</sup> Así, J. M. VILLAR ROMERO, «La distinción entre Derecho público y Derecho privado», op. cit., p. 54.

<sup>218</sup> Similar, R. PARADA, *Derecho administrativo I. Parte General*, op. cit., p. 29.

<sup>219</sup> K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 3.

<sup>220</sup> Esta objeción fue formulada por Díez SASTRE en el I Seminario Interuniversitario de Teoría y Metodología del Derecho Público (Valencia, 31 de mayo de 2013).

puede entender como un «sistema externo o conceptual» en sentido estricto. No niego que cuando se habla de Derecho público *versus* Derecho privado se traslada la idea de que hay dos realidades en oposición lógica. Mas esto no significa que esas dos realidades opuestas deban dar lugar, en todo caso, a una construcción sistemático-conceptual. «La evolución contemporánea de la sistemática jurídica ha ido relativizando el rigor clasificatorio de los sistemas conceptuales y ha ido proponiendo formas metodológicas más flexibles y polivalentes»<sup>221</sup>. En una línea similar, aquí propongo partir de un binomio eminentemente sistemático (Derecho público frente a Derecho privado), sin duda destilado a partir de la realidad jurídica y necesariamente coherente con ella, pero con un afán adjetivo, no clasificatorio. En otras palabras, de la realidad jurídica se extrae la existencia de dos *formas* características de regulación: a una la llamamos Derecho público y a la otra Derecho privado. Como tales formas de regulación están presentes en el conjunto del Derecho, pero no necesariamente llevan a la sistematización del Derecho. Bien se puede decir que en un sector o ámbito normativo están presentes las dos formas de regulación (jurídico-pública y jurídico-privada)<sup>222</sup>. En consecuencia, a partir de ahí se puede analizar, en cada sector jurídico, la mayor o menor tendencia hacia la regulación jurídico-pública o jurídico-privada. Tomando la *iuspublicidad* o *iusprivacidad* como *cualidades* y no como entidades es posible su utilización para una explicación tipológica del Derecho. Así, en cada ámbito jurídico concreto se podrán identificar múltiples notas caracterizadoras, y una de ellas podrá ser la mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad* (en atención a la forma de regulación). De esta forma, con un criterio tipológico no se pretende clasificar normas o ámbitos jurídicos en el Derecho público o el Derecho privado, sino predicar de cada ámbito normativo su mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad*. Así, por ejemplo, del Derecho patrimonial se podrán predicar múltiples cualidades, muchas de ellas en oposición: el mayor o menor protagonismo normativo del Estado o de las Comunidades Autónomas; la mayor o menor atención a los sujetos en posición de debilidad, o también su mayor o menor *iuspublicidad* o *iusprivacidad*. El binomio público-privado, como expresivo de dos cualidades jurídicas en tensión, coadyuva, pero no necesariamente determina, la comprensión de un ámbito específico de regulación.

<sup>221</sup> C. W. CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, traducción del original alemán de J. A. García Amado (1983), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, esp. pp. 71 y ss.

<sup>222</sup> Para el Derecho del trabajo *vid.* A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 34.ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 44.

## CAPÍTULO II

### EL CONTEXTO DE UNA POSIBLE PROPUESTA EXPLICATIVA

1. Hasta aquí se han definido las pautas metodológicas con las que me propongo explicar el significado actual de la *summa divisio*. De un lado, limito el ámbito de explicación al Derecho español y actual. Y de otro, renuncio a que la oposición «Derecho público-Derecho privado» sea la clave explicativa determinante para todo el ordenamiento. Sobre estas premisas metodológicas, que he pretendido dignificar hablando de aproximación «estructuralista» y «tipológica», a continuación habría que identificar cuál es el contexto (los condicionantes «estructurales») en los que puede tomar sentido explicativo la *summa divisio*. A mi juicio, éstos pueden ser los siguientes: la unidad de todo el Derecho a través de la Constitución; la creciente pérdida de referencias subjetivas en las normas jurídicas, y la distribución vertical y horizontal del poder en el Estado.

#### I. LA CONSTITUCIÓN Y LA *SUMMA DIVISIO*

2. Es común entre nosotros calificar a la Constitución, y por extensión al Derecho constitucional, como Derecho público. Ya más arriba me referí a la escasa trascendencia de esta adscripción para aprehender la realidad del Derecho constitucional de nuestros días [*supra* § I.87.a)]. Aparte de este planteamiento metodológico, en lo que sigue voy argumentar que la Constitución es hoy una categoría jurídica supraordenada respecto de la *summa divisio*. La Constitución no se puede clasificar hoy como Derecho público (frente al Derecho privado), sino como Derecho realizable *con formas* de Derecho público o de Derecho privado. Este punto de llegada es el resultado de un largo itinerario histórico al que se hace somera referencia a continuación.