

Conceptos liminares del Derecho Civil (...o lo que debe saber un alumno el primer día de clases)



JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Abogado y Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad
Católica del Perú y de la Universidad de Lima.
Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo
Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).
Miembro del Consejo Consultivo de ADVOCATUS.

SUMARIO:

- I. ¿Qué es la Norma Jurídica?
- II. ¿Qué es el Derecho?
- III. Criterios Diferenciadores entre el Derecho Público y el Derecho Privado:
 1. Teoría del Interés Jurídicamente Protegido;
 2. Teoría de la Naturaleza de los Sujetos;
 3. Teoría de la Naturaleza de las Relaciones Jurídicas.
- IV. Concepto del Derecho Civil:
 1. Como derecho de cada Estado o país (ius civile);
 2. Como sinónimo de Derecho Privado;
 3. Teorías residuales;
 4. Definición descriptiva;
 5. Definición esencial del Derecho Civil;

La **etimología** de la palabra derecho proviene del latín *directum* que, a su vez, deriva del verbo *dirigere*, que significa dirigir, encauzar.

I. ¿QUÉ ES LA NORMA JURÍDICA?

Es un mandato con eficacia social que se manifiesta a través la siguiente estructura proposicional enunciativa, se entiende, a nivel del deber ser:

Supuesto de hecho => sanción

La **sanción** (entendida como la consecuencia del supuesto de hecho) puede ser premial (concede un beneficio) o penal (impone un castigo)

La norma jurídica es el género, dentro del cual están: la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

La **ley** es el mandato jurídico que proviene del Poder Legislativo (sentido formal) o de otros poderes del Estado (sentido material) y que nace con la promulgación y se extingue con la derogación.

La **costumbre** es una norma jurídica que se configura de la conjunción de dos elementos:

Elemento objetivo (*inveterata consuetudo*): repetición de un mismo hecho por un grupo de personas en un determinado territorio.

Elemento subjetivo (*opinio iuris necessitatis*): convicción de que lo que se hace es correcto, bueno, justo.

La **jurisprudencia** es el conjunto de sentencias (decisiones judiciales) con las siguientes características:

- Se dan en la misma instancia.
- Respecto de la misma materia.
- Respecto de los mismos destinatarios.
- En el mismo sentido.

Es importante tener en cuenta que una sentencia no hace jurisprudencia.

II. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Existen diversas escuelas que han pretendido definir el concepto del Derecho. Para los **iusnaturalistas** es entendido como un conjunto de valores. El concepto del iusnaturalismo o del Derecho Natural, al tratarse de una expresión polisémica, tiene una serie de acepciones.¹ Así, se entendió como sentimiento subjetivo de lo justo y lo injusto, "que es una nota específica de la naturaleza humana y que implica una actitud valorativa".²

También hubo una concepción teológica. Se afirma que Sócrates "refiere las exigencias de tal derecho a la voluntad divina, y distingue las leyes escritas, o derecho humano, de las no escritas e inmutables, establecidas por la divinidad".³ Bajo la concepción de la Escuela Clásica, la naturaleza se identifica con el ser humano.⁴ Para la variante racionalista, la naturaleza se funda en la razón.⁵

Actualmente se puede definir al **Derecho Natural** como un conjunto de "principios ideales intrínsecamente válidos"⁶ o como un patrón

1 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Reimpresión de la 60ª edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2008, p. 40.

2 ARISTÓTELES. Citado por: MONROY CABRA, Marcos. *Introducción al Derecho*. 7ª edición, Temis, Bogotá, 1986, p. 9.

3 XENOFONTE. *Memorias sobre Sócrates*. Citado por: GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. cit.*, p. 41.

4 *Ibid.*, p. 42.

5 *Ibid.*, p. 43.

6 RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 6ª edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1981, p. 42.

absoluto de justicia para ser comparado con el Derecho Positivo.

Para la **Escuela Positivista** el Derecho es un conjunto de normas. Con la **Teoría pura del Derecho**, defendida por Hans Kelsen, se "entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños".⁷

Para esta corriente, el objeto del Derecho es la desnuda norma jurídica. Así, "la ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden".⁸

Uno de los grandes aportes de Kelsen es el de diferenciar la lógica formal de la **lógica jurídica**, la cual se desenvuelve en el plano del **deber ser**. Por ello, "tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los

dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá" o para tomar un ejemplo concreto: "Si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de modo diferente: "Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse". He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "Si alguien os presta un servicio debéis agradecersele"; "si alguien da la vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".⁹

Aparentemente, los aspectos positivo y natural del derecho parecen irreconciliables.

Sin embargo, autorizada doctrina mejicana nos revela que esto no es una verdad absoluta, al distinguir los siguientes criterios¹⁰:

El Derecho intrínsecamente válido es aquel que conocemos como Derecho Natural; pero, en sentido puro, es la conciencia valorativa de cada ser humano.

El Derecho formalmente válido es el creado y reconocido por la autoridad competente, investida para ello.

El Derecho positivo es aquel Derecho que tiene la característica de la eficacia, o sea, es aquel Derecho que se cumple.

En resumidas cuentas, tanto el Derecho Natural como el que emana de la autoridad pueden ser Derecho positivo en la medida en que estos sean acatados. El siguiente cuadro¹¹ ilustra mejor esta afirmación.

7. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducida por Moisés NIVE de la edición en francés de 1953. EUDEBA, Buenos Aires, 1982, p. 15.

8. *Ibid.*, p. 45.

9. *Ibid.*, p. 26.

10. Eduardo GARCÍA MAYNEZ. *Op. cit.*, p. 44.

11. Tomado de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. cit.*, p. 45. El autor, combinando los tres conceptos que propone, enuncia las siguientes posibilidades:

*1.- Derecho formalmente válido, sin positividad ni valor intrínseco.

2.- Derecho intrínsecamente válido, dotado además de vigencia o validez formal, pero carente de positividad.

3.- Derecho intrínsecamente válido, no reconocido por la autoridad política y desprovisto de eficacia.



Para la **Escuela Histórica** el Derecho se encuentra en la conciencia popular. En efecto, para esta corriente "todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a los cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador".¹²

Estas concepciones se encuentran dentro de una **primera etapa, que podríamos llamar intuitiva o pre-tridimensionalista**, en la cual el fenómeno jurídico es entendido unilateralmente, con exclusión de sus demás elementos. No todos los juristas, por cierto, concibieron al Derecho de esta manera. Hubo un sector de la doctrina que comprendió el fenómeno jurídico en su estructura tri-elemental, sin embargo, de una manera desarticulada. Reale, califica esta posición como una **teoría tridimensional genérica o abstracta**, por cuanto, concibe a los elementos constitutivos del Derecho sin relacionarlos coherentemente, es decir, "abs-

tractamente" considerados. El jurista brasileño alinea dentro de esta posición en Alemania a Emil Lask, Gustav Radbruch, Fechner, Hans Welzel; en Italia a Iclio Vanni, Giorgio del Vecchio, Norberto Bobbio; en Francia a Paul Roubier, Francis Lamand, Michel Villary; en el área del *Common Law* a Roscoe Pound, Julius Stone, entre otros.

El pensamiento jurídico madura y comprende que no se puede captar lo jurídico sin la presencia integral de sus elementos. Wilhem Sauser introduce su teoría de la "mónada de valor", en la cual el elemento axiológico del Derecho es primordial, por cuanto integra tanto a la conducta como a la norma. Jerome Hall desarrolla el integrativismo jurídico desde un punto de vista sociológico. Observa Reale que:

"El problema que queda abierto tanto en la postura de SAUSER como la de HALL consiste en saber cómo se relacionan los tres elementos en la unidad esencial a la experiencia jurídica, pues sin unidad de integración no hay "dimensiones", sino meras "perspectivas" o "puntos de vista".¹³

4. Derecho formalmente válido, sin valor intrínseco, pero provisto de facticidad.

5. Derecho positivo, formal e intrínsecamente válido.

6. Derecho intrínsecamente válido, positivo, pero sin validez formal.

7. Derecho positivo (consuetudinario), sin vigencia formal ni validez intrínseca".

12. VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Traducido por: POSADA EDEVAL, Adolfo. Valparaíso, 1978, p. 20.

13. REALE, Miguel. *Teoría tridimensional de Derecho*. EDEVAL, Valparaíso, 1978, p. 90.

En Latinoamérica convergen una serie de pensamientos que dan como resultado la teoría tridimensional específica del Derecho. Carlos Cossio, distingue los **objetos mundanales**, es decir, aquellos que tienen como soporte un objeto material o una objetivación de la vida humana, de los **objetos egológicos**, cuyo sustrato es la propia conducta humana. Ambos objetos-mundanales y egológicos- son especie del género **objetos culturales**. Para el filósofo argentino, el Derecho es un objeto cultural egológico. El objeto del Derecho es la conducta humana, que tiene estructura valorativa y la norma es la que se integra a la conducta. En resumidas cuentas, para Cossio, la conducta humana es el elemento integrador de las normas y los valores.

Dentro de este panorama, surge el **tridimensionalismo específico** a través de sus creadores Miguel Reale y Carlos Fernández Sessarego. Ambos, sin tener un conocimiento del otro, elaboraban esta nueva concepción del Derecho, coincidiendo en la inescindibilidad de sus elementos; pero, al mismo tiempo, divergiendo en algunos aspectos. No son pocos los trabajos realizados al respecto¹⁴, sin embargo considero una exigencia hacer lo propio:

Miguel Reale, quien acuña el nombre a la "Teoría Tridimensional" y hace la distinción de las corrientes abstracta y específica dentro de ella, observa que:

"Desde su origen, esta es, desde la aparición de la norma jurídica, que es síntesis integradora de hechos ordenados según valores, hasta el momento final de su aplicación, el Derecho se caracteriza por su estructura

*tridimensional en la cual hechos y valores se dialectizan, esto es, obedecen a un proceso dinámico"*¹⁵

Fernández Sessarego, en su tesis de bachiller, expresa que:

*"La ciencia jurídica o ciencia del Derecho, o simplemente Derecho, se constituye por la integración de tres elementos: norma-pensamiento, conducta humana-objeto y valor-finalidad. Tres elementos que pertenecen al ámbito del Derecho, que se exigen mutuamente, y que al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica"*¹⁶

Ambos estudiosos llegan a captar la forzosa relación existente entre los elementos que integran al Derecho, sin abstraerse en ninguno de ellos, por lo cual su posición es la de un tridimensionalismo específico o concreto. No obstante, existe una serie de matices entre ambas posiciones que intentaré aclarar:

En cuanto a la nomenclatura del objeto a estudiar, Reale utiliza el término "dimensión", mientras que Fernández se refiere a "elementos", palabra que proviene del latín *elementum*, que significa substancia primaria. Reale, si bien admite que:

*"Es corriente (...) el empleo del término "dimensión" para indicar la cualidad o posición de algo en función de una cierta perspectiva o plano de análisis"*¹⁷, él lo hace para utilizarlo en un sentido filosófico y no en aquel físico-matemático. Para

14 Justamente SOBREVILLA, David y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, hacen lo propio en el libro *El Derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del Derecho*. Studium, Lima, 1987, que es la edición de una parte de la tesis inédita de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Bosquejo para una determinación antropológica del derecho (1950)*. Del mismo modo TORRES Y TORRES-LARA, Carlos, hace una comparación en un artículo titulado *Un nuevo libro: El Derecho como libertad*, *Dominical*, Lima, 07.02.88, p. 14.

15 REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Traducido por: BRUFUJ PRATS, Jaime. Ediciones Pirámide, Madrid, 6ª edición, 1984, pp. 70-71.

16 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del Derecho*, Librería Studium Ediciones, Lima, 1987, p. 68.

17 REALE Miguel. *Op. Cit.*, p. 126.

el filósofo brasileño "dimensión" es un "processus, cuyos elementos o momentos constitutivos son hecho, valor y norma".¹⁸

Respecto al elemento fáctico del Derecho, Reale se refiere al "hecho", mientras que Fernández a la "conducta humana". El primero expresa que "es menester distinguir entre hecho del derecho, global y unitario entendido como acontecimiento espiritual e histórico, y el hecho en cuanto factor o dimensión de dicha experiencia. En este segundo caso la palabra hecho indica la circunstancialidad condicionante de cada momento particular en el desarrollo del proceso jurídico. Ahora, hecho, en esta acepción particular, es todo aquello que en la vida del derecho corresponde a lo ya dado en el medio social y que valorativamente se integra en la unidad ordenadora de la norma jurídica, resultando de la dialéctica de dichos tres factores el derecho como "hecho histórico-cultural".¹⁹

Para Fernández, la conducta humana es "libertad metafísica fenomenalizada. Libertad que se manifiesta. Y, por poseer un sentido, por tener una contextura estimativa, es un objeto cultural"²⁰, agregando lo siguiente:

*"Pero, además, y para que sea posible la ciencia del Derecho, esa conducta en su relación intersubjetiva y realizando determinados valores debe estar representada, mentada, por normas, desde que toda ciencia comporta un orden de conocimientos sobre su "objeto"."*²¹

Es aquí donde se encuentra una diferencia sustancial, porque Reale objetiva el hecho, se queda en su mención normativa, mientras que Fernández llega al contenido ontológico del Derecho: vida humana, para luego ser signifi-

cada por la norma. Es más, el profesor brasileño expresa que:

*"El problema de la conducta es, sin duda primordial, pues todo lo que se contiene en la experiencia jurídica a ella puede y debe remontarse, directa o indirectamente, como a su fuente creadora o reveladora, ciertamente, pero sería grave error olvidar que cualquier acto humano encuentra, como soporte o condicionamiento, algo ya históricamente objetivado por obra del espíritu, como conducta, por así decir, institucionalizada".*²²

En mi opinión, Reale concibe su "hecho jurídico" de una manera estática, mientras que Fernández enfoca la "conducta humana" dinámicamente.

Es importante destacar dentro de esa concepción, **cómo es la manera en que se correlacionan los elementos del Derecho.** Reale expresa que:

*"La correlación entre dichos tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la "implicación-polaridad" existente entre hecho y valor de cuya tensión resulta el momento normativo, como solución superadora e integrante en los límites circunstanciales de lugar y tiempo (concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de implicación y complementariedad)".*²³

El mismo autor admite que su dialéctica es genérica de aquella propia de Hegel o de Marx, y agrega que:

"Según la dialéctica de implicación-polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el hecho y el valor de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se

18 Loc. Cit.

19 Op. cit., p. 128.

20 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., p. 70.

21 Ibid., p. 79.

22 Miguel REALE, Op. Cit., p. 127.

23 Ibid., pp. 100-101.

mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura normativa como momento de realización del Derecho.²⁴

Fernández, basándose en Husserl, distingue entre signo sensible, significación, objeto y el hecho real. Aplicando estos conocimientos al campo del Derecho, sostiene que:

"No podemos confundir- siguiendo al ya citado Husserl- la significación con el objeto y con el hecho. La significación es la norma, el juicio con que pensamos el objeto del Derecho. Y tal objeto es la libertad que se exterioriza en su relación con otras libertades fenomenalizadas. El objeto del Derecho no es, por lo tanto, un "conjunto de ideas" fabricadas por el hombre y que "apuntan a valores". Aquellas ideas, aquellos juicios, aquellos pensamientos mencionan, en tanto que son significaciones, a un objeto que es la conducta humana social.²⁵

Se insertan los valores en el Derecho, a través del siguiente planteamiento:

"Los valores son seres ideales que valen y que son objetivos. Pero esta objetividad es una objetividad para la vida humana, están insertados en ella y sólo en ella tienen sentido. La conducta es portadora y realizadora de valores. Los realiza y los injerta en las cosas a las que otorga, por tal hecho, un "sentido". Los valores por este hecho son en cierta forma inmanentes a la conducta desde que ella es valorativa. La conducta no "tiende" hacia valores, no "apunta" hacia valores, como algo externo a ella, sino que realiza esos valores permanentemente,

como una totalidad desde que, por ser dato de libertad, consiste en un elegir valorativo, siendo, en sí, estimativa. La conducta es pues substrato de valores.²⁶

Culmina Fernández, concluyendo que "es así como se despliegan los elementos que conforman al Derecho; elementos que se exigen mutuamente sin confundirse y que cobran unidad en el "objeto" Derecho. Conducta, norma y valor son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho que en su unidad integral motivan su aplicación. Y el Derecho no es ninguno de estos tres elementos en forma aislado. El Derecho no es conducta; el Derecho no es valor; el Derecho no es norma. El Derecho es la integración de aquellos elementos: es conducta humana en su interferencia intersubjetiva, realizando a dejando de realizar valores jurídicos, representada a través de normas que son juicios imputativos de deber ser de carácter disyuntivo.²⁷

De la confrontación de estas dos posiciones se llega a la conclusión de que, si bien Reale admite la tridimensionalidad del Derecho, le da un mayor relieve a la norma jurídica, como elemento integrativo del hecho y del valor, acercándose, peligrosamente, a una abstracción del Derecho hacia las normas, quizá al no poder superar la influencia positivista que tiene, influencia que lo lleva a reducir al Derecho a una ciencia de objetos ideales.

En cambio, Fernández concibe al Derecho bajo una óptica egológica, no lo considera como una conducta humana "objetivada" tal como lo hace Recaséns Siches.²⁸ Enfoca a la conducta humana en su aspecto dinámico, como soporte de valores. Conducta humana, que es libertad metafísica fenomenalizada, porque para actuar tenemos que elegir, para elegir tenemos que

24 REALE Miguel, Op. Cit., p. 71.

25 FERNANDEZ SESSAREGO Carlos, Op. Cit., p. 75.

26 *Ibid.*, p. 78.

27 *Ibid.*, pp. 99-100.

28 RECASENS SICHES, Luis, Op. Cit., p. 26. Sin embargo, el autor observa que existe la posibilidad de revivir esas objetivaciones, incluso aportando modificaciones.

preferir y para preferir tenemos que valorar. Esta es pues la estructura estimativa de la conducta humana, objeto del Derecho, cuya significación se da a través de las normas jurídicas.

Reale, nos habla de un proceso dialéctico, proceso que se cumple en la realidad humana; pero que no es forzoso en la experiencia jurídica en la manera que la concibe. Para este autor, el hecho y el valor se coimplican sin confundirse uno con el otro y, como resultado de ello, la norma los integra y los sintetiza.

Intentaré validar ambas teorías: el artículo 1969 del Código Civil establece que *"Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo"*. Reale explicaría la tridimensionalidad de este modelo jurídico de la siguiente manera:

Hecho=>	Aquel que causa un daño a otro (tesis)
Valor=>	Causar un daño a es una conducta disvaliosa (antítesis)
Norma=>	Aquel que un daño a otro está obligado a indemnizar (síntesis)

Fernández Sessarego, por su parte, explicaría que:

La conducta humana: causar un daño a otro, tiene una **estructura valorativa** negativa y ello se representa en la **norma jurídica** con un precepto que tiene la siguiente sanción: *"Aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizar"*.

Como podemos observar, ambas posiciones explican satisfactoriamente el modelo contenido en el artículo 1969 del Código Civil

Veamos otros ejemplos: el artículo 1142 del Código Civil regula que: *"los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y canti-*

dad". En verdad, cuesta aplicar, en este enunciado, la dialéctica de implicación-polaridad propuesta por Reale. Podremos argumentar, bajo la perspectiva de Fernández Sessarego, que la conducta humana regulada, en este caso, la acción de determinar los bienes, requiere de certeza, a efectos de dar seguridad a las relaciones jurídicas.

El artículo 52-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Supremo No. 179-2004-EF, publicado el 08 de diciembre de 1994), incorporado por el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 972, publicado el 10 de marzo de 1997, vigente desde el 01 de enero de 2009, establece que:

"La renta neta de capital obtenida por persona natural, sucesión indivisa y sociedad conyugal que optó por tributar como tal, domiciliadas en el país están gravadas con una tasa de seis coma veinticinco por ciento (6,25%), con excepción de los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades a que se refiere el inciso i) del artículo 24° de esta Ley, las cuales están gravadas con la tasa de cuatro coma uno por ciento (4,1%)".

Creo que es indudable que ninguno de los dos modelos dogmáticos explicará satisfactoriamente esta disposición. ¿Dónde está la tensión entre el hecho y el valor? ¿O la estructura valorativa de la conducta humana?... salvo que mencionemos que la solidaridad social hace que paguemos impuestos. Ello nos lleva a la conclusión que, si bien –en líneas generales– podemos encontrar tres elementos en el derecho, ellos no siempre se interrelacionan según las teorías bajo comentario. Estas explican parcialmente dicha fenomenología. Sin embargo, no se niega la utilidad de las mismas para entender la interacción de los elementos constitutivos del Derecho.

Ello, repito, no pretende negar el carácter tridimensional del Derecho. Es por estas reflexiones que me parece sumamente sugestiva la definición en la cual se sostiene que *"el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada"*

en función de justicia²⁹, a la cual agregaría; y de otros valores o criterios.

III. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

La clasificación del Derecho Público y del Derecho Privado es de antigua data. Se remonta al viejo Derecho Romano. Conviene en que se trata de "una de las clasificaciones más discutidas y difíciles de fundamentar jurídicamente"³⁰. Por ello, sin ningún ánimo de originalidad, enumeraré los principales criterios de diferenciación.

1. Teoría del interés jurídico protegido

Ulpiano decía "Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem" (el Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; Privado, el que concierne a la utilidad de los particulares).³¹ Evidentemente, se trata de un criterio vago e ignora que los intereses públicos y privados no se hallan desvinculados.³² Baste citar el ejemplo del Derecho de los Consumidores, un área de manifiesto interés general; pero que pertenece al Derecho Privado. Incluso, autorizada doctrina argentina ha calificado este criterio de "estéril".³³

2. Teoría de la naturaleza de los sujetos

Esta posición también se remonta al Derecho Romano. Se sostiene que si en una relación jurídica está presente el Estado o un órgano del

mismo, ésta será de Derecho Público; mientras que si sólo es protagonizada por particulares, será de Derecho Privado. Sin embargo, en no pocas ocasiones el Estado puede intervenir sin ejercer el *ius imperium* (poder de sometimiento a los particulares), como es el caso de alquilar un inmueble: aquí —qué duda cabe— la relación jurídica es de Derecho Privado.

3. Teoría de la naturaleza de las relaciones jurídicas

Otro criterio se basa en la dicotomía "coordinación-subordinación" para delimitar si se está frente a una relación de Derecho Público o de Derecho Privado. Calificada doctrina alemana sostiene que "la oposición entre el Derecho Privado y el Derecho Público, puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación de coordinación, los unos con respecto a los otros. Por tanto, regula el Derecho Privado las relaciones de los individuos como tales, en tanto que el Derecho Público regula relaciones entre distintos sujetos dotados de imperium, o la organización y funciones de estos mismos sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder".³⁴ Por ello, "la relación es de derecho privado, si los sujetos de la misma encuéntrase colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de derecho público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos de poder público o dos Estados soberanos".³⁵

29 ARAUZ CASTEX, Manuel. *Derecho Civil, Parte General*, tomo I, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974, p. 9.

30 ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia*. 38ª edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2007, p. 19.

31 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 131-132.

32 *Ibid.*, p. 132.

33 BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil, Parte General*. 13ª edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 17.

34 JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducido por DE LOS RÍOS URRUTU, Fernando. 2ª edición, Compañía Editora Continental México D.F., 1958, pp. 311-312.

35 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 134.

Si bien esta posición es la que más se acerca a explicar la tenue línea divisoria entre lo público y lo privado, no está exenta de excepciones: piénsese en la relación entre padres e hijos menores de edad, en la cual (no obstante haya un respeto a los espacios de autodeterminación del menor, y al principio de su mejor interés) se está ante una relación de subordinación; pero de derecho privado.

IV. CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL

Como no podía ser de otra manera, existen diversas posiciones para definir la principal materia del Derecho Privado y siempre nos remontaremos a Roma. Por ello, *"el Derecho romano constituye la elaboración jurídica más importante que puede haber brindado un pueblo en toda la historia de la Humanidad. Desde la Ley de las XII Tablas, cuyo origen se remonta (según la tradición) a los años 451 a 449 a.C. hasta la elaboración del Corpus Iuris Civile por mandato del emperador Justiniano (529 a 533 d.C.) transcurrieron diez siglos en los cuales se desarrolló una intensa labor, que resulta tan fecunda que puede decirse, sin temor a exageración alguna, que el derecho patrimonial de los códigos actuales sigue siendo un mero desarrollo de las construcciones legislativas, consuetudinarias, pretorianas y jurisprudenciales del Derecho Romano. Y su influencia aparece por doquier aún en otros campos, por lo que la comprensión de este fenómeno es indispensable para el conocimiento del Derecho civil actual, no ya con la simple finalidad de la indagación histórica sino para reconocer las fuentes de nuestro derecho vigente"*³⁶

1. Como Derecho de cada Estado o país (*Ius civile*)

Históricamente, el *Ius civile*, era el Derecho que se le aplicaba al ciudadano romano, libre y *pater familias* en contraposición al *Ius gentium* que era para los que no ostentaban ese *status*. Autorizada doctrina italiana sostiene que *"el reclamo a la tradición siempre debe ser cauto en una materia en la cual las naciones mutan históricamente de significado aunque conserven identidad de términos"*³⁷. Por ello, mal podría hacerse en identificar el actual Derecho Civil, con el *Ius civile* romano. Incluso *"el Ius civile como derecho del civis, del ciudadano romano, no se identifica con el Derecho Privado. Es cierto que el genio de la jurisprudencia romana construyó con preferencia las instituciones privadas (personas, familia, propiedad, obligaciones, herencia), pero dentro del Ius civile hay instituciones que son extrañas al Derecho Civil; así, las de carácter penal, procesal y eminentemente político o administrativo"*³⁸.

2. Como sinónimo de Derecho Privado

Una clásica doctrina alemana afirmó que, *"el derecho civil es derecho privado"*³⁹. Lógicamente, no hay una sinonimia conceptual entre Derecho Civil y Derecho Privado. El Derecho Privado es una de las ramas del Derecho dentro de la cual está el Derecho Civil. Así, en una actualización del texto de la doctrina citada se llega a advertir que no pertenecen al Derecho Civil *"en ese sentido estricto"*, el derecho mercantil, el derecho industrial, el derecho del trabajo y los derechos de autor.⁴⁰

36 RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. J. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 18.

37 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*. 2ª edición, Giuffrè, Milán, 2002, p. 35.

38 DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 4ª edición, primera reimpresión, Tecnos, Madrid, 1982, p. 47.

39 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil (Parte general)*, Volumen I, 13ª revisión por NIPPERDEY, Hans Carl. Traducción de la 39ª edición alemana por PEREZ GONZALEZ, Blas y ALGUER, José Bosch, Barcelona, 1953, p. 1.

40 Así, NIPPERDEY, Hans Carl. Nota en ENNECCERUS, Ludwig. *Op. Cit.*, p. 2.

3. Teorías residuales

Las definiciones que se alinean en esta corriente pretenden explicar el contenido del Derecho Civil a partir de la enumeración de disciplinas jurídicas que son extrañas a esta disciplina. En este sentido, se sostiene que "de todos modos, resta un enorme contenido propio del derecho civil, el cual puede definirse negativamente, por exclusión: todas aquellas relaciones de derecho privado que no están comprendidas en alguna de sus especialidades. El derecho civil conserva así el estudio de los lineamientos básicos de la ciencia del derecho, necesarios en cualquiera de esas especialidades. (...) Para definirlo positivamente debe observarse que es la coexistencia de los hombres como tales, es decir, en tanto no se les asigna alguna característica especial: el sujeto de derecho civil no actúa como funcionario, ni como comerciante, ni como juez, ni como trabajador".⁴¹ Si bien se trata de una definición que asume también posición descriptiva, no deja de basarse en el método del descarte, y por lo tanto, no es útil para tener una aprehensión cabal del concepto del Derecho Civil.

4. Definición descriptiva

Se limita a desarrollar el contenido del Derecho Civil. Dentro de esta posición está quien sostiene que el Derecho Civil "tiene por objeto las relaciones jurídicas de las que puede ser titular o en las que puede intervenir cualquier ciudadano; es el Derecho que afecta a todos; comprende la protección de la personalidad, las normas de capacidad comercial y de la responsabilidad civil, el derecho del patrimonio, las normas sobre el dominio y los demás derechos reales, el nacimiento, contenido y extinción de los contratos y relaciones obligatorias, la obligación de indemnización de daños, y, por último, los derechos de familia y de sucesiones".⁴²

Así, partiendo del esquema que tenemos en el Código Civil peruano de 1984, el Derecho Civil nacional está conformado por:

Título Preliminar, regula los principios del sistema jurídico.

Derecho de las Personas, norma y regula al concebido, la persona natural, la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas.

Acto Jurídico, regula la validez y los efectos jurídicos de la manifestación de la voluntad de los sujetos en el ejercicio de su autonomía privada.

Derecho de Familia, norma las relaciones matrimoniales, la unión de hecho, la relación paterno-filial, así como las instituciones supletorias de amparo, entre otros.

Derechos de Sucesiones, regula la transmisión sucesoria testamentaria e intestada.

Derechos Reales, norma los poderes jurídicos de los sujetos sobre los objetos de derecho.

Las Obligaciones, regula las relaciones jurídicas patrimoniales.

Fuentes de las Obligaciones, comprende los contratos, la gestión de negocios, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual.

Prescripción y Caducidad, norma la extinción de los derechos por el transcurso del tiempo.

Registros Públicos, regula los principios registrales a efectos de hacer oponibles los derechos de las personas.

Derecho Internacional Privado, norma los conflictos de las leyes en el espacio.

Título Final, contiene normas de derecho transitorio principalmente.

Sin embargo, considero que las "definiciones inventario" si bien dan una visión más o menos completa de lo que comprendería -en este caso- el Derecho Civil, no dan una idea clara de su esencia.

4. Definición esencial del Derecho Civil

Se podría definir al Derecho Civil como aquella rama del Derecho Privado que está conforma-

41 ARAUZ CASTEX, Manuel. Op. Cit., p. 19.

42 SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil. Teoría y práctica*, I. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 10.

da por un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas existenciales, familiares y patrimoniales de los sujetos de derecho.

Esta definición implica, forzosamente, explicar algunos conceptos básicos, con cargo a desarrollarlos posteriormente.

La situación jurídica es la posición que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico.

Puede ser:

Activa o inactiva (si le permite al sujeto -o no- posibilidades de actuación).

De ventaja o de desventaja (si favorece -o no- al sujeto).

Existencial (referida a la titularidad de derechos de la persona, como vida, libertad, intimidad, entre otros), **patrimonial** (con contenido económico) o **familiares**.

De ello se deriva que el **derecho subjetivo** es una situación jurídica de ventaja activa y el **deber** es una situación jurídica de desventaja activa.

La relación jurídica es la vinculación entre dos o más situaciones jurídicas.

El **sujeto de derecho** es una categoría genérica que consiste en ser un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible siempre y en última instancia a la vida humana.

El Libro I del Código Civil Peruano regula a los siguientes sujetos de derecho "específicos":

El concebido, es el ser humano desde la concepción hasta antes del nacimiento. Sujeto de derecho privilegiado por cuanto lo es para todo cuanto le favorece.

Persona natural, el ser humano individualmente considerado desde el nacimiento hasta antes de la muerte.

Persona jurídica, la cual - a su vez- puede ser:

Persona jurídica individual, la persona natural o jurídica que, para cumplir un fin (lucrativo o no lucrativo), cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento para protegerse dentro del tráfico jurídico (es el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada).

Persona jurídica colectiva, es la organización de personas (naturales o jurídicas) que se agrupan en la búsqueda de un fin (lucrativo o no lucrativo) y que cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la inscripción en Registros Públicos o a través de una ley).

Una característica importante de la persona jurídica es que, por regla general, goza de **autonomía patrimonial perfecta**, es decir, que aparte de no haber confusión entre la persona jurídica y el miembro o miembros que la integran, no hay confusión patrimonial (artículo 78 del Código Civil).

Organización de personas no inscritas, es la agrupación de personas (naturales o jurídicas) que actúan conjuntamente con fines no lucrativos; pero que no han cumplido con la formalidad de su inscripción registral. Tienen autonomía patrimonial imperfecta.

Esta no es una categoría cerrada, por cuanto existen **otros sujetos de derecho**, como es el caso de la **sociedad conyugal** bajo el régimen de la sociedad de gananciales y la **unión de hecho** (artículo 326 Código Civil), entre otros.