

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

DERECHO PÚBLICO
MÁS
DERECHO PRIVADO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	13
NOTA PREVIA	15
TESIS	17

CAPÍTULO I

BASES PARA UNA PROPUESTA TEÓRICA SOBRE LA *SUMMA DIVISIO*

I. CULTURA JURÍDICA Y DIVISIÓN DERECHO PÚBLICO <i>VERSUS</i> DERECHO PRIVADO	21
II. RELATIVIZACIÓN Y PERMANENCIA DE LA <i>SUMMA DIVISIO</i>	25
III. TEORÍAS EXPLICATIVAS	30
1. Teorías objetivas	31
1.1. Interés general <i>versus</i> interés particular	31
1.2. Autonomía de la voluntad	32
1.3. Igualdad de partes	34
1.4. Personalidad <i>versus</i> comunidad	36
1.5. Valoración de los criterios objetivos	37
2. Teorías subjetivas: el destinatario de las normas como criterio	38
2.1. Formulación teórica	38
2.2. Correcciones a la teoría del sujeto: el Derecho privado como Derecho común	40
3. Crítica metodológica	45

	Pág.
IV. OBJETO Y SENTIDO DE LA PROPUESTA EXPLICATIVA	46
V. APROXIMACIÓN ESTRUCTURALISTA	49
1. Contextos históricos	50
1.1. Origen de la distinción.....	50
1.2. Permanencia de la <i>summa divisio</i> : recepción y Derecho de la monarquía absoluta	51
1.3. Imperio y reforma	52
1.4. Derecho público y Derecho natural a fines del Antiguo Régimen: ius-naturalismo e ilustración	53
1.4.1. El racionalismo de Domat	54
1.4.2. Dou y la <i>summa divisio</i> en la Ilustración	57
1.5. Revolución burguesa.....	58
1.6. Resistencia frente a la revolución: escuela histórica del Derecho	61
1.7. Conclusión	62
2. Contextos nacionales	63
2.1. <i>Public and private law</i>	63
2.2. <i>Droit public et droit privé</i>	68
2.3. <i>Öffentliches Recht und Privatrecht</i>	69
3. Contextos políticos	72
VI. APROXIMACIÓN SECTORIAL Y TIPOLOGICA.....	75

CAPÍTULO II

EL CONTEXTO DE UNA POSIBLE PROPUESTA EXPLICATIVA

I. LA CONSTITUCIÓN Y LA <i>SUMMA DIVISIO</i>	81
II. INDIFERENCIA DE DESTINATARIOS DE LAS NORMAS	87
III. ORDENACIÓN VERTICAL DEL PODER: ORGANIZACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS	88
1. La Administración como «organización de cumplimiento» del Derecho	89
2. El poder judicial como «organización de cumplimiento» del Derecho.....	93
3. Estructura de la organización jurisdiccional.....	96
4. Distribución horizontal del poder	99

CAPÍTULO III

LA PROPUESTA TEÓRICA

I. ENUNCIADO	101
II. DISTINCIÓN ENTRE NORMA DE CONDUCTA Y GARANTÍA DE SU EFICACIA	102

	Pág.
III. DISTINCIÓN RESPECTO DE LAS TEORÍAS SUBJETIVAS	104
IV. ENCAJE EN LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER.....	106
V. UTILIDAD EXPLICATIVA SECTORIAL.....	107
VI. RAZONES PARA LA ELECCIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN DE CUMPLI- MIENTO.....	109
1. División de poderes y organizaciones de cumplimiento	109
2. Eficacia	111
3. Seguridad jurídica.....	114
4. Tipología de intereses públicos	115
5. Flexibilidad.....	118
6. Economicidad y eficiencia.....	119
VII. LÍMITES DE LA OPCIÓN O COMBINACIÓN	121
1. Planteamiento	121
2. El derecho a la tutela judicial efectiva.....	122
3. La posición constitucional de la Administración.....	123
4. El sistema competencial como límite	123
5. Principios constitucionales como límites al poder de opción.....	124

CAPÍTULO IV
FALSACIÓN DE LA PROPUESTA

I. DERECHO DE VECINDAD	127
1. Mandatos conformadores a la Administración	128
2. Prohibición de perjuicios a terceros como norma primaria y unitaria.....	129
2.1. Diversidad de fuentes normativas para las prohibiciones de vecindad...	130
2.1.1. El art. 590 CC y las normas «administrativas»	130
2.1.2. Normas urbanísticas de distancias	133
2.1.3. Normas constitucionales de «vecindad»	134
2.2. Pluralidad de intereses en la norma de vecindad	135
2.3. Pluralidad de destinatarios en la norma de vecindad.....	135
3. Formas organizativas para el cumplimiento de las prohibiciones de vecindad..	136
II. PARTICULARES EN RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO	138
1. Planteamiento	138
2. Regulación de las «entidades colaboradoras»	140
3. Contratación en sectores especiales.....	142
II. ADMINISTRACIÓN EN RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO	144
1. Planteamiento	144

	<u>Pág.</u>
2. El Derecho privado especial de la Administración.....	148
2.1. Integración constitucional del Derecho privado aplicable a la Administración	150
2.2. Adaptación sistemática del Derecho privado aplicado a la Administración.....	151
2.3. El poder de creación del Derecho privado de la Administración	153
BIBLIOGRAFÍA.....	157

TESIS

La *summa divisio* es una realidad cultural del Derecho. Éste es el dato empírico del que parte el presente estudio. Negar la existencia contemporánea de la oposición entre Derecho público y Derecho privado sería, simplemente, falsear la realidad. Ahora bien, partiendo de la existencia real de la *summa divisio* como categoría teórica o cultural es conveniente indagar sobre cuál puede ser el sentido o significado actual del binomio público-privado a la vista de la realidad del Derecho contemporáneo. Pues la *summa divisio* no se toma aquí como un concepto apriorístico, como una emanación de la razón natural, sino —mucho más modestamente— como una posibilidad explicativa, necesariamente cambiante en su contenido, del Derecho de cada tiempo y lugar.

En este estudio se sostiene, como propuesta explicativa, que en cada sector o ámbito jurídico se da una diferente combinación de Derecho público y Derecho privado. Esta premisa se lleva al título del libro, que precisamente por eso se llama *Derecho público* más *Derecho privado* y no, como hubiera sido lo esperable, *Derecho público* versus *Derecho privado*. Se parte de la premisa, por tanto, de que las ramas o ámbitos materiales del Derecho no son susceptibles de clasificación en uno de los dos órdenes de la *summa divisio*. Más bien, la *summa divisio* es un instrumento de análisis o disección de cada uno de los sectores normativos. Y con ese objetivo analítico sobre cada sector normativo, la *summa divisio* sirve para identificar en qué medida, en cada sector jurídico, los parámetros de conducta que definen las normas se apoyan, para su efectivo cumplimiento, en el poder judicial o en la Administración pública. Hablamos de Derecho privado (*iusprivacidad*), o de formas jurídico-privadas, cuando las leyes confían el eficaz cumplimiento de sus mandatos al poder judicial. Y hablamos de Derecho público (*iuspublicidad*), o de formas jurídico-públicas, cuando las leyes encargan a la Administración, con mayor o menor intensidad, el cumplimiento del Derecho. En el bien entendido, claro está, de que en última instancia toda actuación administrativa es susceptible de control judicial (art. 106.1 CE).

Esta propuesta puede explicar, en mi opinión, tanto el Derecho tradicional como algunos sectores o formas normativas contemporáneas o emergentes. Del Derecho de las obligaciones y contratos se puede decir, con carácter general, que es Derecho privado. Porque su aplicación se confía al poder judicial y, consecuentemente, al libre ejercicio de acciones procesales por los interesados. Lo determinante para hablar de Derecho privado no es el destinatario del Derecho de obligaciones (pues éste también se aplica a los sujetos públicos en defecto de regulación especial) ni su contenido mismo (pues gran parte del Derecho de los contratos es materialmente idéntico al contenido en la legislación de contratos del sector público). Pero igual que se puede calificar sin dificultad al Derecho tradicional de las obligaciones y contratos (el del Código Civil) como Derecho privado, también hay que llamar la atención sobre la presencia de la Administración en otros sectores contemporáneos de regulación del tráfico jurídico. El Derecho de los consumidores y usuarios, por ejemplo, añade a la Administración, junto al poder judicial, al objetivo de cumplimiento efectivo de los derechos y deberes establecidos por la ley. Lo mismo puede decirse para el Derecho de los seguros, el Derecho de la competencia o el Derecho de familia. Se trata de sectores normativos en los que, por razones de seguridad jurídica, economicidad o eficacia de la regulación, la ley ha incorporado a la Administración, mediante técnicas preventivas (autorizaciones, certificaciones, etc.), represivas (inspecciones y sanciones) o mediadoras (arbitrajes), al objetivo del eficaz cumplimiento del Derecho. En esa medida se puede decir que estos sectores normativos, e incluso muchas de las concretas normas positivas que lo integran, incorporan formas regulativas tanto de Derecho público como de Derecho privado. Porque los objetivos legislativos, y aun las concretas normas de conducta, no se apoyan sólo sobre el hipotético ejercicio de una acción procesal que resuelva un juez, sino también sobre la actividad de la Administración pública, tanto de oficio como a instancia de los particulares interesados.

La propuesta teórica sobre la *summa divisio* también puede explicar sectores normativos que tradicionalmente se vienen encuadrando en el Derecho público. No hay dificultad en considerar que el tradicional Derecho de policía o de seguridad es, en sustancia, Derecho público. Porque aunque en él se contienen mandatos para diversos sujetos (particulares y agentes públicos), lo cierto es que la Administración pública es la organización constitucional encargada de hacer eficaz aquellos mandatos, tanto mediante intervenciones preventivas (autorizaciones o comunicaciones previas y, cada vez en mayor medida, la planificación) como mediante las clásicas acciones represivas (órdenes de hacer o no hacer, coacción administrativa directa, inspecciones y sanciones, etc.). Pero también podemos considerar que en sectores clásicos de la acción estatal que hoy han pasado total o parcialmente a los particulares (funciones certificantes en el ámbito de la seguridad industrial o del medio ambiente, prestación de servicios de interés económico general) hay también un alto grado de *iuspublicidad* o de formas regulativas jurídico-públicas. Porque aunque las leyes regulan actividades entre particulares (certificaciones o informes de conformidad, suministro de energía eléctrica o de servicios de telecomunicaciones), el cumplimiento de ese Derecho no se confía en solitario a los jueces a través de las acciones procesales, sino que por distintas técnicas (inspecciones, controles, habilitaciones o acreditaciones previas, verificaciones, arbitrajes voluntarios, sanciones) la Administración tiene atribuida una importante función

de garante de la eficacia de la regulación. En este sentido, la propuesta teórica de este estudio consigue explicar, a mi juicio, el Derecho de aquellos sectores que han pasado al ámbito del mercado pero donde la Administración mantiene una posición estratégica de garante. En estos sectores normativos se combinan de forma natural formas jurídico-privadas y formas jurídico-públicas de cumplimiento del Derecho.

La propuesta explicativa de este estudio no niega que grandes sectores del Derecho, sobre todo del Derecho tradicional, puedan ordenarse correctamente mediante otras concepciones de la *summa divisio*. Es innegable que conforme al criterio del destinatario de las normas (los particulares o el Estado) se puede explicar y clasificar la mayor parte del Derecho. Pero no por completo. Porque hay normas que se aplican a todos los sujetos jurídicos; porque hay normas originariamente destinadas a los particulares cuya aplicación se extiende a la Administración; o porque hay normas inicialmente administrativas cuya aplicación se extiende también a los sujetos privados (por ejemplo, sobre la adjudicación de determinados contratos). También la construcción de la *summa divisio* a partir de la sustancia o contenido de las normas (por ejemplo, atendiendo al interés que buscan, el general o el particular, o a su relación con la autonomía de la voluntad) puede explicar una buena parte del Derecho. Pero no todo. Porque difícilmente se puede negar el interés general en el régimen actual de los contratos de seguros, de consumidores y usuarios, o de edición y publicación. Y porque difícilmente se puede negar que las normas sobre subvenciones o prestaciones públicas asistenciales sirven no sólo al interés general, sino también al interés muy individual de sujetos concretos. Al final, los criterios materiales sobre la *summa divisio*, aunque explican muy bien algunos sectores del ordenamiento, dejan fuera muchos ámbitos o sectores normativos contemporáneos donde la imbricación entre interés general e individual es un signo de los tiempos.

En mi opinión, la propuesta explicativa de este estudio, basada en cuál es la organización de cumplimiento del Derecho —si el poder judicial o la Administración pública—, elude las objeciones que tradicionalmente se han proyectado tanto sobre las tesis objetivas como subjetivas de la *summa divisio*.

Tan importante como la tesis expuesta y defendida en este estudio es el itinerario metodológico del que resulta. En primer lugar, en este estudio se renuncia al pretendido valor sistemático de la oposición entre Derecho público y Derecho privado. A mi juicio, el binomio público-privado no es hoy útil para clasificar el conjunto del Derecho. La *summa divisio* es hoy, más bien, un instrumento analítico para comprender las distintas formas regulativas que están presentes en cada sector material del ordenamiento jurídico. Por eso, de cada sector regulado podrá decirse que es más o menos jurídico-público o jurídico-privado, pero no que se adscribe a una de las dos esferas del Derecho.

De otro lado, se hace hincapié en el estudio en que la *summa divisio*, en tanto que categoría del pensamiento, está lógicamente determinada por cada contexto histórico-político concreto. Se acoge en este sentido una actitud estructuralista para la formulación de cualquier propuesta explicativa del Derecho. A tal efecto se detalla en el libro el distinto sentido histórico de la *summa divisio* desde Las Partidas hasta hoy. Y se detalla cómo ciertos objetivos políticos (como la independencia de los Estados alemanes

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 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»¹. 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* § I.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-

¹ 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 histórico². 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 sucesorias³.

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 privado⁴. 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

² 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.

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

⁴ 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 social⁵. 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

⁵ 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 feminista⁶. 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 privado⁷. 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 particulares⁸. 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 (TRLCSPP). 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 privados⁹. Así ocurre en el urbanismo, tradicionalmente abierto a la colaboración de los particulares tanto en la planificación como en la ejecución y gestión urbanísticas¹⁰. 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-

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

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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 xx¹¹. 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 particulares¹². 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*¹³. En ello, quizá, los autores han partido de una sobreestimación de la división misma¹⁴. 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

¹¹ 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.

¹² 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.

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

¹⁴ 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 jurídica 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*¹⁵.

b) Una segunda opinión crítica está en la *insuficiencia de la dicotomía* para captar la esencia del Derecho¹⁶. 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 1794¹⁷. Los postulados elementales del *Derecho de comunidades* han sido seguidos en parte hasta hoy¹⁸. 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 burguesa¹⁹. 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 políticas²⁰, y con las crecientes organizaciones, corporaciones o agrupaciones propias del Estado social²¹.

¹⁵ *Ibid.*, p. 91.

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

¹⁷ 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».

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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).

²¹ «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