

El Derecho público y el Derecho privado*

Public Law and Private Law

Alejandro GUZMÁN BRITO

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

a.guzman@vtr.net

RECIBIDO: 21/09/2015 // ACEPTADO: 01/12/2015

Resumen: El trabajo sostiene que hay, al menos, dos razones que justifican el uso de la expresión «derecho público». Una es que los ámbitos que pertenecen naturalmente al público, en donde se encuentra destacadamente lo estatal, necesita una cierta regulación, otra, es que resulta natural que tal regulación sea elaborada por el público (hoy se entiende que a través de sus representantes). Correlativamente, el derecho privado es aquel que regula los ámbitos correspondientes a los particulares; y aquel que elaboran los particulares (a través de sus negocios privados). Por diversas circunstancias, los Estados se ven conducidos a tener que regular la esfera privada de la manera en que suelen regular la esfera pública, porque algo en los intereses particulares ha trascendido a aquella esfera, es decir, merced a normas indisponibles e inderogables por los acuerdos privados; entonces se forma un especial derecho público contenido en leyes y otras fuentes que normalmente pertenecen a lo público. Cuando decimos que la organización constitucional y administrativa de un país pertenece al derecho público, decimos algo distinto a lo que se dice cuando va verificado que el derecho que regula la esfera privada está contenida en leyes que los particulares tienen que observar y no pueden renunciar ni cambiar

Palabras clave: Derecho Público; Derecho Privado; esfera pública; esfera privada; normas dispositivas; normas no dispositivas.

Abstract: The paper argues that there are at least two reasons for the use of the term «public law». One is that the areas that naturally belong to it, remarkably the state, needs some regulation, another is that it is natural that such regulation is made by the public (today it is understood that through their representatives). Correspondingly, private law is one that regulates the relevant areas to individuals; and individuals who produce it (through their private business). For various reasons, the States are driven in the same way to regulate the private sphere they often regulate the public sphere, because something in the private interests has transcended that sphere, that is, thanks to inalienable and irrevocable standards by private agreements; then is formed a special public law contained in laws and other sources that normally belong to public law. When we say that the constitutional and administrative organization of a country is public law, we say something other than what is said when going verified that the law governing the private sphere is contained in laws that individuals have to observe and can not resign or change.

Keywords: Public Law; Private Law; public sphere; private sphere; stantory rules; no dispositive rules.

* Por invitación de *Persona y Derecho* republico una versión revisada y parcialmente reducida de mi artículo originalmente aparecido la *Revista de Derecho Público*, 19-20 (Santiago de Chile, 1976), pp. 385-393, que al comienzo fue un discurso que pronuncié para inaugurar, en mi calidad de decano, las VII Jomadas de Derecho Público, celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, entre los días 15 y 17 de julio de 1976. Véase también A. GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001, § 1, pp. 15-23

I. INTRODUCCIÓN

1. Sean cuales sean nuestras particulares inclinaciones intelectuales, científicas o ideológicas, desde las cuales juzgar el hecho de que lo público tienda a invadir toda la esfera de lo personal y, por ende, su derecho, el fenómeno es algo cierto. La tan antigua distinción entre derecho público y derecho privado cada vez más pierde su configuración sustancial y sus límites recíprocos y, junto a las acotadas márgenes del derecho privado contenido en sus códigos tradicionales, se ha venido a desplegar un conjunto normativo de nuevo cuño¹, que tiende a superar dichos códigos de modo creciente.

Este conjunto de derecho no-codificado es un derecho nuevo que acaso no presentara dificultades científicas especiales, si las concepciones que lo hubieran animado hubiesen sido las mismas o similares a aquellas que sabemos insuflan el derecho de los códigos. Es cierto que aun así una gran labor científica y jurisprudencial se abriría para los juristas frente al tratamiento de ese nuevo derecho. Pero tal labor consistiría en la inserción casi natural y no forzada de las nuevas manifestaciones normativas en el sistema previamente dado, y el anterior dominio secular de ese sistema por parte de los juristas, haría relativamente fácil la tarea de integración del nuevo derecho en el antiguo.

La dificultad está, no obstante, en que las concepciones inspiradoras del derecho nuevo ya no son más coincidentes con las animadoras del antiguo. Esto significa propiamente que no estamos ante el mero y natural desarrollo del antiguo derecho a partir de sus propias premisas, sino frente a la superposición al antiguo de un derecho distinto, fundado en premisas autónomas y separadas de las de aquél. Los obstáculos que la integración entre ambos derechos presenta nos parece que quedan insinuadas por la circunstancia de que, por regla general, tal integración ni siquiera se ha intentado.

2. Una indagación exhaustiva sobre el concepto de los derechos público y privado no es necesaria aquí. Bien conocido es que la fuente de la noción está representado por un célebre texto de Ulpiano contenido en Dig. 1,1,1,2,

¹ Para ponderar este fenómeno no solo ha de tomarse en cuenta la legislación parlamentaria, mas también, y de manera especial, la delegada e irregular y los reglamentos y poner especial énfasis en la normativa inferior (resoluciones, directivas, instrucciones, etcétera) emanada de los jefes de servicios y entes administrativos, que es enorme.

que los compiladores justinianos extrajeron del libro I de las *Institutiones* de aquel jurista, y que reza: «Dos son las posiciones² de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que mira al estado de la cosa romana (*rei Romanae*); privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública y otras privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, en los sacerdocios, en las magistraturas. El derecho privado es tripartito, pues ha sido recogido de preceptos naturales, de gentes y civiles»³. Estas ideas fueron expresadas por quien escribía en los momentos finales de la época clásica, en el primer tercio del siglo III d.C., y no reflejan toda la concepción de aquello que los romanos entendieron bajo la contraposición *ius publicum* – *ius privatum*, sino una noción más restringida como la única vigente en esos momentos, no bien que asimismo proviniera de épocas anteriores⁴. Por otro

² El término «*positio*» traduce al griego «*thésis*», y significa una proposición general indemostrable, cuya función es la de servir de premisa en un silogismo, sentido en el cual se acerca a un *axioma*. En la época humanista *positio* es interpretado como *principium* (de conocimiento): véase J. DROSAEUS, *Iuris universi iustinianae methodus, olim a Cicerone optimo iuris artifice praescripta* (Parisiis, Dupuys, 1545), p. 69v, quien define las «*positiones*» como «*principia, quae quum demonstrari non possunt, non necesse est tamen ea discentem natura habere*» («principios que, como no pueden ser demostrados, no es menester, sin embargo, que el estudiante los tenga por naturaleza»). De esta manera, *ius publicum* y *ius privatum* son dos principios indemostrables, pero no evidentes, del conocimiento derecho, que la mente adquiere con el estudio.

³ «*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 publice utilia, quaedam privativa. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus*».

⁴ Este concepto restringido de derecho público como el concerniente a la *res Romana*, que expresa Ulpiano, ya estaba vigente en la época republicana, según lo demuestra el siguiente pasaje de CICERÓN, *De oratore* I,201: «*Iam illa non longam orationem desiderant, quam ob rem existimem publica quoque iura, quae sunt propria civitatis et imperii [...] oratori nota esse debere; nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili scientia necessaria est, sic in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus... publici iuris auctoritas et regendae rei publicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debet*» («Ahora bien, por qué razón estimo yo que también los derechos públicos que son propios de la ciudad y del imperio [...] deben ser conocidos por el orador, son cosas que no requieren de un largo discurso; pues tal como en las causas y en los juicios de los asuntos privados con frecuencia el discurso [sc. del orador] debe ser extraído del derecho civil y por ello, como antes dijimos, al orador le es necesaria la ciencia del derecho civil, así en los asuntos públicos de los juicios, de las asambleas, del senado [...] la autoridad del derecho público y el método y ciencia de regir a la república deben ser materiales tratados por esos oradores que se ocupan de la república»). Claramente contraponen Cicerón el derecho que es propio de la ciudad y el imperio (entendido como poder de mando), de los asuntos públicos, de las asambleas de ciudadanos, del Senado (todo esto que Ulpiano sintetizará como aquél que «mira al estado de la *res Romana*»), a las causas y los juicios de los asuntos privados que son lo propio del *ius civile*.

lado, es muy posible que el texto original de Ulpiano haya sido modificado en la época posclásica⁵.

La dicotomía del *ius* que contiene este texto ha servido de base a un desarrollo conceptual e institucional que llega hasta nuestros días. Sabido es que las tesis que intentan describir lo que sean uno y otro son variadas e incluso contradictorias. Nosotros no podemos entrar pormenorizadamente en el asunto. Nos limitaremos a resumir nuestros propios conceptos.

II. EL DOBLE CONCEPTO DE DERECHO PÚBLICO⁶

1. Al parecer, como antes ha quedado dicho, el signo que marca la sustancia del derecho nuevo es el signo de lo público. Pero debemos aclarar qué entendamos por la expresión «público» en su sentido genuino, no necesaria ni totalmente ligado a lo estatal, que tan sólo constituye una parte de lo público.

Ese genuino sentido está dado por la etimología de nuestra expresión, cuya base se encuentra en *populus-populicus* de donde *publicus*, tal vez con una contaminación con *pubes*⁷. *Publicus*, siendo el adjetivo que corresponde al sustantivo *populus*, es, pues, lo concerniente al *populus* o, como diríamos hoy, a la sociedad. La contraposición más propia de *publicus* es *privatus*, aquello que concierne al *privus*, esto es, en nuestro actual lenguaje, al particular, al individuo (partícula o pequeña parte) integrante de la sociedad. En esta contraposición, lo pertinente al poder social, que desde el siglo XVI llamamos «Estado», va incluido en lo público, porque dicho poder es, de manera primigenia, una organización destinada al regimiento de la sociedad y no de los particulares.

Esta consideración más amplia de lo público es esclarecedora, y explica situaciones que no se explican con la acepción de «público» con un sentido íntegra y totalmente congruente con lo estatal. Nos referimos a aquellas situa-

⁵ La frase «*sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*» («pues unas cosas son útiles pública y otras privadamente») parece un añadido, tal vez una glosa. La contraposición de Ulpiano no era entre lo útil públicamente (derecho público) y lo útil privadamente (derecho privado), sino entre lo que mira al estado de la *res Romana* (derecho público) y lo que mira a la utilidad de los particulares (derecho privado). O sea, empleaba dos criterios distintos para configurar cada ámbito. El anotador del texto quiso unificar los criterios, con base en la utilidad, pública o privada.

⁶ Parte de lo que se dirá se inspira en Á. D'ORS, *De la «privata lex» al derecho privado y al derecho civil* (1949), después en ID., *Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1961, pp. 243-263.

⁷ Según E. BENVENISTE, «*Pubes*» et «*publicus*», en *Revue de Philologie*, 29 (1955), pp. 7-10.

ciones, cada vez más frecuentes, de intervenciones potestativas en detrimento de lo privado pero sin beneficio, al menos directo, de lo estatal, y que, por lo tanto, no podrían calificarse de públicas, si «público» se identifica con «estatal».

2. Todo lo anterior implica, al menos en el orden de los conceptos teóricos, el reconocimiento de la existencia de dos esferas: la pública, cuyo sujeto, por así decir, es precisamente el *populus*, y la privada, cuyo sujeto es el *privus*, el particular. Como quiera que cada una de ellas exige la regulación proveniente de un cierto derecho, lo que caracteriza en general y a este respecto a ambas esferas y lo que las diferencia es la específica capacidad de cada sujeto para dar a su respectiva esfera, de modo autónomo y suficiente, la regulación que le corresponda. De esta manera, una es la actividad que desarrolla el *populus* a través del poder público, en la gestión de su propia esfera, mediante actos políticos y administrativos y principalmente a través de la ley⁸, que, por tal razón, los romanos la llamaban precisamente *publica*; y otra es la que realiza el particular, en la gestión de la suya, principalmente por medio de otra clase de ley, que por lo mismo aquellos calificaban de *privata*. Hoy día ya no hablamos más de ley pública y de ley privada, sino simplemente de ley y de negocios jurídicos, pero observamos que un remoto resabio de aquella primera distinción es la consideración de «ley para las partes» que algunos códigos civiles suelen dar al contrato⁹. En consecuencia, podemos reservar la expresión «derecho público», en una primera acepción, para aquél generado por los órganos públicos mediante actos políticos y administrativos, y principalmente a través de las leyes (públicas), para regular la esfera de asuntos públicos, es decir, de la sociedad y de su organización de poder, que ahora es el Estado. Así ocurre, por ejemplo, con las leyes que organizan los distintos departamentos de la Administración. Ellas constituyen un derecho público

⁸ Nuevamente Cicerón nos ilustra acerca de esta contraposición *ius publicum – ius privatum*, omitida por Ulpiano, en *Partitiones oratoriae* 37,130. Hablando del *ius scriptum*, dice él que puede ser privado y público; y que el público está constituido por la ley, el senadoconsulto, el tratado internacional, mientras que el privado por los testamentos, el convenio privado, la estipulación («*Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud; publicum lex, senatusconsultum, foedus; privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio*»). Sobre este sentido de la contraposición: E. ERHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen* (1902, reimp. Aalen, Scientia, 1970), pp. 159-158. Véase, asimismo, Á. D'ORS, *De la «privata lex» al derecho privado y al derecho civil*, cit. (n. 1), pp. 246-247.

⁹ Véanse, por ejemplo, Código Civil francés, art. 1134 inciso 1º; Código Civil italiano, art. 1372; Código Civil de Chile, art. 1545.

por su autor: el Estado; por su materia, pues de organizarse a sí mismo se trata; por su fuente, porque la ley es un acto del Estado; y por el conocimiento a que se destina, es decir por su publicidad, ya que todos pueden enterarse del contenido de esas leyes.

3. El derecho privado, en cambio, es el que formulan los particulares mediante su actividad negocial para estatuir en la esfera de sus asuntos peculiares, vale decir, de las cosas que se encuentran a su disposición y de los servicios que son capaces de prestar. Tal ocurre, por ejemplo, cuando un particular emite su testamento, con el cual regula el destino de sus bienes para después de morir; o cuando dos particulares celebran un contrato de arrendamiento de cosas, en el que prescriben sobre el uso de cierto objeto que viene del arrendador por parte del arrendatario y el precio a que quedará sujeto ese uso en contrapartida, etcétera. Propiamente hablando, el testamento y el arrendamiento de esos ejemplos constituyen un derecho privado: privado por sus autores y partes, porque privados son éstos; privado por la materia a que se refiere, porque atañe a cosas y asuntos privados; privado por su fuente, porque el testamento y el contrato son negocios de particulares; privado por el conocimiento que se tiene de esos actos, porque se otorgan y celebran en privado y el *populus* no tiene por qué enterarse de ellos.

Ahora bien, el derecho privado está regido por el principio de libertad, según el cual los particulares pueden regular la esfera de su competencia como quieran. En este sentido, es posible definir al derecho privado, en su acepción más estricta, concerniente, por ende, a las cosas y servicios con valor económico, como el derecho de la libre adquisición y conservación de las cosas y del libre cambio recíproco de éstas y de servicios entre los individuos. En un sentido más amplio, merced a una discutible tradición, pertenecen al derecho privado las ramas denominadas de las personas y de la familia en su aspecto no patrimonial.

4. Sin embargo, la naturaleza de las cosas exige a veces que el poder público asuma una cierta intervención en el ámbito propio de los particulares. Esto generalmente se debe a la emergencia de abusos cometidos por los particulares en sus regulaciones privadas, o de otros problemas, que por ello mismo trascienden la pura esfera privada, e invitan a una regulación general de mandatos y prohibiciones protectores. Lo cual implica una disminución de la original libertad de la que los particulares gozaban para arreglar todo lo concerniente a las cosas de que disponen y a los servicios que pueden prestarse. Para ello, el instrumento adecuado de intervención resulta ser precisamente

la ley (pública), aquella cuyo objeto normal, sin embargo, está constituido por la esfera pública.

Estos mandatos y prohibiciones o, más en general, estas regulaciones obligatorias provenientes de la ley pública que afectan a la esfera privada, también constituyen un derecho público –en un segundo significado de la expresión–, cuyo efecto es el indicado de privar a los particulares de su libertad para actuar como quieran o para regular como deseen con sus actos jurídicos la esfera de competencia que les es propia, de guisa de deber tomarse necesariamente en cuenta ese derecho, bajo amenaza de sufrir ciertas sanciones (*ius cogens*). Tal ocurre, por ejemplo, con las leyes que disponen sobre el número de testigos que deben intervenir en un acto jurídico, como el testamento, o sobre sus demás formalidades, o con aquellas que prohíben celebrar determinado contrato a ciertas personas o disponen su celebración con determinadas cláusulas, etcétera

Así que las leyes que imponen al particular un estatuto relativo a su propia esfera privada, con carácter necesario, no son leyes de derecho privado sino precisamente de derecho público, aunque intervengan en la materia normalmente reservada al derecho privado. Sólo que aquí derecho público está tomado en el segundo significado, es decir, en el de intervenciones públicas en la esfera privada, y no en el primero, esto es, en el de derecho regulador de la esfera naturalmente pública, vale decir, la social y estatal.

5. Conviene insistir en estas ideas. Damos el nombre de derecho público, pues, al derecho generado por las leyes públicas destinado a regular la esfera propia de la sociedad y de su organización de poder, que ahora es el Estado. Pero, como quedó dicho, el poder público suele regular, también mediante leyes públicas, los ámbitos propios de los particulares. Ello se justifica porque entonces quiere decir que algo de la esfera privada ha pasado a tener incidencias interesantes a lo público.

Estos mandatos y prohibiciones o, más en general, estas regulaciones vinculantes contenidas en la ley pública que afectan a la esfera privada, también constituyen un derecho público, cuya característica consiste en que el particular, al regular él mismo, a través de sus negocios jurídicos, la esfera de competencias que le es propia, las debe tomar necesariamente en cuenta bajo sanción de ineficacia de dichos negocios.

De esta manera, existe una doble concepción del derecho público o, lo que es igual, que un derecho puede ser público, pero de doble y distinta manera: uno es el derecho público, resultante tal por ser el propio de la esfera

pública, y que es entonces público por su origen y por su objeto; y otro aquel que es público por entrar a regular, desde un punto de vista publicístico, una esfera, como la privada, que normalmente no le competería regular.

6. Es normal que tanto el derecho público propio de la esfera pública, como el público afectante de la privada se contengan en la ley (pública); pero no debería ser normal que el derecho propio de la esfera privada, es decir, el derecho privado, también se contuviera en leyes públicas, sino, únicamente, en negocios jurídicos o leyes privados. No siempre ha sido así, y a tal eminencia de la ley pública sólo se ha llegado por un largo proceso histórico, según el cual lo normal ahora es que el derecho privado aparezca formulado también en leyes públicas. De hecho, el Código Civil y el de Comercio, por ejemplo, son leyes formalmente públicas, aunque solo en pequeña proporción contengan mandatos y prohibiciones¹⁰, es decir, derecho público en la segunda acepción, en tanto la mayoría de sus disposiciones corresponden estrictamente a un derecho privado, que igual sería o podría ser aunque nada dijera al respecto la ley¹¹. En tales circunstancias, la exacta configuración que debe darse a esa gran mayoría del Código Civil o del de Comercio es la de ser leyes públicas concernientes a la esfera privada.

7. Es distintivo de estas normas de derecho público que rigen las relaciones privadas su carácter irrenunciable y necesario, lo cual significa que las conductas y negocios jurídicos privados deban adecuarse a ellas de modo ineludible, bajo sanciones de diversas clases (penas, multas, nulidades, inoponibilidades, etcétera), sin que, por otro lado, puedan cambiarlas los particulares.

¹⁰ Una norma como la del artículo 1.057 CC.: «*El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición si no hubiere dudas acerca de la persona*» –que escojo al azar– no es imperativa, pese a su apariencia de tal. Dentro del sistema del derecho civil es solo una proposición obtenida lógicamente a partir de ciertas premisas. La prueba es que esa proposición era aceptada en el derecho romano no porque una ley la hubiera establecido, sino porque los juristas la formularon con base en criterios, como digo, lógicos (Dig. 30, 4 pr.). En otras palabras, da lo mismo que el artículo 1057 diga lo que dice o que no lo dijera, aparte la comodidad que implica para los litigantes que lo diga, porque igual sería válido lo que dice. Lo extraño hubiera sido que dijera lo contrario.

¹¹ Si, por hipótesis, el Código Civil o el de Comercio fuesen reducidos a solo las normas imperativas y prohibitivas que contienen, el resto, que actualmente está en ellos, seguiría siendo usado en el tráfico civil o comercial como derecho entre privados. Solo que para conocerlo los usuarios y abogados, en vez de recurrir a leyes (como hacen con los actuales códigos completos) acudirían a libros de doctrina, a repertorios de sentencias judiciales y al examen de las prácticas usuales, tal y como solía hacerse antes de la época de la codificación.

De donde el principio de que «el derecho público no puede ser alterado por pactos de los particulares» (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*)¹². Las demás normas contenidas en leyes públicas que atañen a la esfera privada, y que no constituyen un derecho público, porque no son obligatorias, pueden ser derogadas por las convenciones y los actos privados, respecto de los cuales son, por ende, supletorios.

En realidad, el problema de la renunciabilidad y supletoriedad de las leyes sólo tiene sentido respecto de leyes cuyo tema está constituido por la esfera privada. Porque, ¿qué sentido tiene, en efecto, hablar de renunciabilidad por los particulares tratándose de leyes constitucionales, de impuestos, penales o que organizan los servicios públicos? Si se quiere, puede decirse que la norma que tipifica el delito de homicidio o aquellas que establecen y regulan los impuestos son irrenunciables por lo particulares o que no suplen su voluntad y que no pueden los privados sustituirlas por otras; pero francamente ello carece de mucha utilidad. Recurrir a esa noción tiene plena corrección, en cambio, con respecto a las legítimas hereditarias o a ciertas normas sobre regímenes patrimoniales del matrimonio y a infinitas otras.

En casos muy excepcionales las categorías de la renuncia y supletoriedad pueden darse aún a propósito de esta clase de leyes, pero nunca en relación con un particular, sino respecto de los propios agentes públicos que actúan como tales y no en su calidad de particulares. De esta manera, la renuncia y la supletoriedad, como criterios de distinción entre derecho público y derecho privado siguen vigentes de modo plénísimo, pero sólo tienen lugar entre el derecho privado y el derecho que es público en cuanto se contiene en leyes que imponen un estatuto al particular, que éste, a lo sumo, sólo puede aceptar o rechazar en bloque, sin poder modificarlo.

8. Nuestro punto de partida fue diferenciar lo público de lo estatal, en el sentido de que esto último constituye tan sólo una parte de lo primero. Si hacemos penetrar lo jurídico en el ámbito público, nos habremos de encontrar con que se forma entonces un derecho público constituido de doble manera: uno es el derecho público que atañe inmediatamente a lo estatal, y otro el derecho público que, sin incumbir a lo estatal, consiste en la presentación de estatutos a la esfera particular, publicísticamente concebidos, porque

¹² Dig. 2, 14, 38. Pero el principio, bajo formulas diversas, se repite varias veces en las fuentes: véase E. EHRLICH, *Beiträge*, cit. (n. 8), pp. 191-195.

la sociedad, a través de sus órganos, llegó a considerar que no podía dejarse a la libertad de los particulares la regulación de determinados aspectos de su esfera natural de competencias, debido a las implicancias extra privadas que conllevan. Este segundo sentido del derecho público es el que ahora nos ha interesado destacar.

III. LA PUBLIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. El fenómeno de transformación jurídica al que asistimos y del que hablamos al principio, ha consistido precisamente en cada vez más sobrecargar la esfera privada con regulaciones provenientes del *populus*, de carácter irrenunciable y no-supletorio. Esto implica la imposición de un derecho público a la esfera privada, la cual cada vez más tiene menos posibilidades de dictarse su propio estatuto. Como quiera que hay ciertas leyes que afectan la esfera privada, las cuales ofrecen al particular un estatuto, pero que no se lo imponen, la aparición de aquel otro derecho ha venido a implicar una modificación sustancial en el plano objetivo de las normas. No sólo la esfera particular se ha visto más intensamente regulada, sino que el derecho que antes se ofrecía como supletorio, se ha visto modificado por un derecho público irrenunciable. A esto queríamos aludir cuando al comienzo decíamos que el derecho nuevo que nos rige está marcado por el signo de lo público.

Esta publicación de la esfera privada proviene preferentemente del ámbito del derecho administrativo. En ese derecho si bien hay aspectos fundamentales cuya consideración de derecho público es similar a la consideración de derecho público del derecho constitucional, porque se refieren esos aspectos a la organización del ámbito propio de la cosa pública, existen otros, y cada vez más crecientes, que son de derecho público en el sentido de imponer regulaciones de carácter irrenunciable y no supletorio a la esfera privada. Gráficamente podríamos decir que el derecho privado se administrativiza.

2. Lo peligroso de este fenómeno, aparte del juicio que en sí nos merezca, es la tendencia a resolver las situaciones conflictivas por el trámite administrativo y no por el trámite judicial.

Mientras el derecho administrativo se mantuvo como derecho público en el sentido de regular el ámbito de la cosa pública, es decir, su ámbito natural y específico, no se sintió la necesidad de la intervención jurisdiccional, que es la forma propia de intervención pública en el caso de conflictos producidos en el ámbito de la esfera privada. Pero, extendido el derecho

administrativo a esa esfera privada, la consecuencia natural hubo de ser la judicialización de ese derecho. Paradojalmente, pues, este último, que es público, se vio sometido a una técnica del derecho privado, por lo que a este problema se refiere. Y parece que ésta es la única salvaguardia que la decaída esfera privada tiene frente al fenómeno de administrativización de su derecho propio, el derecho privado.

IV. CONCLUSIÓN

Vivimos una época de transformaciones sustanciales en el derecho y enormes problemas se nos presentan, de cuya adecuada solución dependerá la configuración de formas de vida más verdadera. Suele acusarse a los juristas de siempre ir a la zaga de los acontecimientos, y quizá esto sea cierto. Pero el hecho tiene una explicación que consideramos definitiva. El derecho es una forma de especulación espiritual que, sin embargo, está llamada a ser aplicada a determinadas realidades. El retraso de los juristas con respecto a las realidades se debe a la necesidad de que sus especulaciones pueden llegar a tener efectiva acogida social. No nos dejemos, pues, impresionar por sociólogos y estadísticos que desearían ver forzadas las cosas, imponiendo los hechos por sobre el derecho. La misión del derecho no es precisamente la de adaptarse a los hechos sino, al revés, adaptar éstos a sus regulaciones: de lo contrario, el derecho habrá perdido su razón de ser. Una época de crisis lo que menos exige es apresuramiento e improvisación y demanda, por el contrario, examen, parsimonia y reflexión.

