

## CAPITULO II

### El Derecho objetivo en particular

#### § 7.—*Definiciones y caracteres del Derecho objetivo*

Filomusi, Enc. §§ 6, 7, 11, 12, 16; Vanni, Lec. pág. 62; Holtzendorff, Enc. I. pág. 298; Merkel, Enc. § 102 y siguientes; Chironi y Abello, Tratt. pág. 3; Coviello, Man. I, § 5; Crome, Par. gen., pág. 28 y § 20; Windscheid, Pand. I, §§ 27, 30; Regelsberger, Pand. I, § 17, 27.

El Derecho objetivo puede definirse como el conjunto de reglas impuestas a los particulares en sus relaciones externas, con carácter de universalidad, emanadas de los órganos competentes según la constitución y obligatorias mediante la coacción. Considerando más de cerca su naturaleza y caracteres conviene estudiar separadamente los distintos elementos que lo componen.

a) *Fuente*.—Toda norma jurídica cualquiera que sea su fuente especial dimana del Estado. Porque es fin del Estado disciplinar las fuerzas individuales y coordinales para la consecución de los fines a que tiene de la sociedad; así, solo al Estado corresponde determinar el Derecho, fijar las normas jurídicas a las cuales los sometidos a ellas deberán ajustar su conducta.

En tal sentido se puede afirmar que todo el Derecho positivo es estatal y exclusivamente estatal porque ningún otro poder fuera del constitucionalmente soberano puede dictar normas obligatorias y dotarlas de coacción.

No es, pues, Derecho objetivo el Derecho racional o natural de que se ha tratado ni el que la ciencia elabora y prepara (Derecho científico) (1) cuando no coinciden con el Derecho vigente

(1) Ver Filomusi, Enc. § 26, Savigny, Sistema I, págs. 67 y siguientes.

ni tampoco aquel que se halle en vías de formación en la conciencia popular que no haya sido reconocido aún por el Estado.

Esta teoría de la «estatalidad» del Derecho es reciente y se opone a otras doctrinas más antiguas, correspondientes a estadios ya pasados de la evolución jurídica según las cuales la creación de la norma no era obra exclusiva del Estado concebido como poder soberano, sino también y en gran parte del pueblo con sus usos y costumbres, como fuente inmediata del Derecho objetivo. En otros tiempos los usos y costumbres del pueblo tuvieron un valor grandísimo como fuente del Derecho autónomo e independiente de la fuente estatal; históricamente debe considerarse esta fuente como exclusiva o preponderante en los orígenes. Pero con la nueva estructuración de los Estados modernos, de la división absoluta de poderes (por virtud de la cual sólo el poder legislativo tiene la facultad de dictar normas universales y obligatorias) sobre todo con la codificación que iniciada en el siglo XVIII se difunde en el siglo siguiente y domina hoy en casi todos los Estados, la costumbre no sólo ha perdido gran parte de su antigua importancia, sino que ha asumido también un carácter nuevo y se ha convertido, sobre todo en ciertas ramas del Derecho, en fuente indirecta y mediata de normas en cuanto que las normas no las crea ella directamente sino el Estado. La norma consuetudinaria es norma sólo en cuanto el Estado le reconoce eficacia y le concede, con expresa disposición, el valor de regla universal y obligatoria. Esto se aclarará al tratar de las fuentes del Derecho.

El Estado dicta las normas mediante los órganos que tienen esta misión constitucionalmente reconocida.

Determinar cuáles sean estos en cada organización estatal, es una cuestión de hecho que se resuelve en cada caso según la organización constitucional del Estado.

En el Derecho romano eran órganos de la producción del Derecho, el Rey y el pueblo en sus comicios en la primera época, la plebe en los concilios, los Magistrados (en el sentido romano de la palabra) principalmente el Pretor, el Senado y finalmente el Emperador, en los primeros tiempos en concurrencia con aquellos y en época posterior de modo exclusivo. Hoy en todos los

Estados organizados según el principio de la división neta de poderes, de la separación absoluta del poder legislativo, del judicial y del ejecutivo y que aceptan el principio de la representación nacional, la potestad de hacer las leyes reside en el legislativo por regla general constituido en las monarquías constitucionales por las asambleas representativas y por el Soberano.

Como sea posible, además de la existencia de las normas jurídicas así formadas, la de otras emanadas del poder ejecutivo, cuales sean los medios de comprobación de la existencia de las normas y en qué límites sea dable al Juez juzgar de la constitucionalidad de las leyes, se explicará al tratar de la doctrina de las fuentes y de los principios que presiden a la aplicación e interpretación de las leyes.

Aquí basta sólo tener presente que si la norma dimana de un órgano incompetente, no es obligatoria y no constituye derecho.

b) *Forma y contenido.*—La forma en que se manifiesta la norma jurídica es siempre y necesariamente la de un mandato, de una orden que impone a los subordinados una determinada conducta. Quien no la observa, la viola, y como tal violación sólo puede concebirse hecha por los que le están sometidos, cuando se comete se castiga con las sanciones que la ley acompaña a la inobservancia, cuando los medios preventivos no sean aptos a evitarla.

Este mandato, lógicamente no puede asumir sino la forma de un mandato positivo o negativo: en la primera, el precepto declara lo que se debe hacer y que, de no existir la norma, podría no hacerse (imperativo); en la segunda, lo que no se debe hacer y que, si la norma no existiera, podría hacerse (prohibición) (1). Verdad es que desde un cierto punto de vista todo

(1) Esta terminología halla su modelo en las fuentes romanas, de las cuales deriva. Ver Modestino en I., T. D. I. 3, *Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire*, y Crisipo, citado por Marciano, *Lex omnium regim est divinarum et humanarum rerum: Oportet autem... regulam esse iusti atque iniusti quae fieri oporteat jubens quae vero non oporteat prohibens*. Otros adoptan terminologías diversas, oponiendo el mandato imperativo positivo al imperativo negativo. No hay razones de preferencia

precepto, cualquiera que sea su forma, puede reducirse a un imperativo, porque también la norma que prohíbe puede ser concebida positivamente como orden de observar el precepto prohibitivo y, recíprocamente, toda norma puede reducirse a una forma negativa, en cuanto que el precepto de hacer puede configurarse como prohibición de no hacer o de hacer algo diverso de lo que el precepto prescribe. Lo que en tal distinción debe tomarse en consideración es su contenido substancial en las relaciones de la esfera de libertad asignada a cada uno, porque concebida idealmente la libertad individual sin limitaciones, esto es, como la posibilidad de que cada uno se comporte del modo que más le plazca, el Derecho interviene con sus preceptos en su regulación imponiendo al individuo determinados actos y prohibiendo otros. De modo que teniendo en cuenta que todo el ordenamiento jurídico, o sea el conjunto íntegro de las normas, da lugar a un mandato general que es positivo en cuanto impone la observancia de los preceptos, y negativo al mismo tiempo en cuanto prohíbe obrar contra sus disposiciones; los preceptos al dirigirse a la actividad de los sometidos, son siempre o mandato o prohibición de hacer algo (normas imperativas, normas prohibitivas).

En otros términos, el Derecho no se circunscribe a una mera limitación negativa de la esfera de libertad al prohibir actos que o podrían constituir lesiones de la esfera de libertad ajena o que son considerados como contrarios a las finalidades de todo el agregado social, sino que exige además una directa e inmediata subordinación de la actividad de los particulares, imponiendo a los mismos determinados actos y prestaciones.

Pertenecen a la última especie, por ejemplo, las disposiciones que imponen a los ciudadanos el pago de las contribuciones, a los cónyuges el deber de asistencia, a los parientes dentro de ciertos grados y bajo determinadas condiciones el de la presta-

por una u otra con tal que resulte siempre clara la contraposición entre las obligaciones de hacer y de no hacer y no se confunda el valor del término negativo, tomado aquí en el sentido de prohibición, con otra significación totalmente diversa y que designa otra categoría de normas negativas. Ver más adelante.

ción de alimentos, al propietario de la fuente el de proceder a su limpieza, etc.

Pertenecen a la categoría de las prohibiciones las leyes que se oponen por y a la venta de objetos artísticos o antiguos sin previo aviso al Estado, las que prohíben el comercio de géneros que constituyen monopolio del Estado, las que prohíben la disolución del matrimonio por divorcio o el matrimonio entre parentes dentro de un cierto grado, las que reprimen y castigan los delitos, como son todas las leyes penales (1).

No es, sin embargo, la forma exterior del precepto la que determina su carácter imperativo o prohibitivo, pudiendo muy bien darse el caso de preceptos imperativos materialmente expresados con fórmula negativa y viceversa, prohibiciones expresadas positivamente. Lo decisivo es la substancia, el contenido real de la norma, y esto no se puede averiguar si no es poniendo el precepto en relación con la esfera de libertad del individuo.

Es cuestión muy discutida la de si además de estas dos categorías fundamentales de normas existe o puede existir una tercera constituida por aquellas que, en cuanto que ni ordenan ni prohíben, sino que tan sólo permiten, son llamadas permisibles (normas permisivas) (2).

En efecto; no parece que entre el mandato de hacer y el de no hacer haya una tercera figura que se reduzca a un permiso de hacer. Fuera de aquello que los preceptos del Derecho positivo imponen o prohíben, está la esfera de la libertad y de la autonomía individual en que es consentido a los particulares el

(1) A este propósito, conviene observar que Modestino, en la I. T. D. 1. 3, afirma que la *legis virtus* consiste, a más de en el *imperare*, *vetare* y el *permittere*, en el *punire*, y el *punire* no debe entenderse como una categoría distinta del mandato o la prohibición, porque va incluido en el *vetare*. El haberlo añadido obedece a haber fundido el citado jurisconsulto distinciones diversas y heterogéneas, y se refiere más bien a los diversos medios con que la observancia de la norma viene tutelada y no a la forma y contenido de la norma.

(2) A más del citado pasaje de Modestino, ver Quintiliano, Inst. 7, 5, 5: *Lex omnis c... aut iubet aut vetat aut permittit.*

obrar y comportarse libremente, precisamente porque no hay restricción en este campo autónomo. Esta esfera de libertad constituye lo *lícito jurídico*; el cual resultando implícitamente, por determinación negativa, del conjunto de los mandatos y prohibiciones, no hay necesidad de que sea particularmente determinado con normas específicas, ni podría serlo, dada la infinita extensión del campo en que la actividad humana puede desenvolverse. Tutelado por el Derecho en cuanto que mientras en su ámbito ningún deber negativo o positivo es impuesto al individuo, incumbe a todos los demás la obligación negativa de abstenerse, de no turbar el goce de la libertad del individuo que constituye su contenido. Lo lícito jurídico viene, por consiguiente, delimitado por el conjunto mismo de las normas particulares, ya que fuera de éstas es dada libertad a cada uno de realizar o no actos que no resulten impuestos o prohibidos.

Así razonan los que niegan la posibilidad racional de la existencia de normas permisivas o que la niegan como categoría autónoma e independiente de las otras dos. A lo cual se añade por otros que las normas que vengan expresadas en forma permisiva entran en las dos categorías fundamentales, debiendo ser consideradas como un imperativo o una prohibición (1). De modo que por lo que respecta al último miembro (*permittere*) añadido a los dos primeros (*imperare* y *vetare*), la distinción profesada por Modestino sería errónea (2).

La argumentación en sí, en abstracto, es exacta. Sin embargo, puesto que normas permisivas existen en todo ordenamiento jurídico, aunque desde el punto de vista abstracto no debieran existir, por resultar el campo de lo lícito jurídico determinado ya por la existencia de las otras dos categorías de normas, conviene indagar si tienen estas normas permisivas una función y

(1) Ver Windscheid, *Pand.* I, pág. 81, núm. 7; Pacifici *Inst.* pág. 48, n. I; Perozzi, *Inst. di Dir. rom.* I, pág. 57, n. L y pág. 58, n. L. Un más amplio estudio puede hallarse en Jhon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, páginas 292 y siguientes y 345 y siguientes; Regelsberger *Pand* I, pág. 114, núm. 9 y en los autores aquí citados.

(2) Ver Savigny *Sistema*, I, pág. 80, núm. 4, y sobre el texto romano: Döring, *De quadruplici Legis virtute*, Diss. Ezford, 1776.

un contenido especial que, al mismo tiempo que las distinga de las otras, constituya la razón de su existencia y autonomía. Ahora bien; consideradas en su contenido estas normas, poseen una función propia que consiste, o en suprimir una prohibición precedente o en abolir una limitación impuesta por una norma anterior, de modo que ésta debe ahora aplicarse sin excepciones, o en resolver una duda provocada por otra norma o, en fin (y este quizá sea el campo de aplicación más amplio de las normas permisivas), en determinar con más precisión y en regular las condiciones objetivas o subjetivas bajo la observancia de las cuales debe realizarse una acción o una omisión (1).

Finalmente, de todas estas categorías surge una cuarta constituida por las normas *meramente negativas*. Son aquellas en que se declara que para un determinado hecho no puede admitirse ni un imperativo ni una prohibición o que, verificándose un hecho, debe cesar el imperativo o la prohibición anejos a otro (2).

Habría, además, una norma general, base de todo ordenamiento jurídico, para establecer que fuera de las limitaciones impuestas por las normas imperativas o prohibitivas ninguna otra limitación se impone al individuo. La función, pues, de esta norma general y complementaria sería la de cerrar el ordenamiento jurídico excluyendo que las normas particulares puedan extenderse a otros casos distintos de los por ellas considerados, con lo que vendría demostrada la imposibilidad de existir lagunas en el ordenamiento jurídico y la integridad lógica del mismo (3). Hay que advertir que esta norma, en la función que

(1) Ver Savigny I; Glück, *Erläuterung der Pandekten* I, § 14 a § 15; Filomusi, *Enc. Giurg.*, pág. 30; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.<sup>a</sup> edición, Leipzig, 1890; I, pág. 101 y siguientes; Del Vecchio, *Il concetto del Diritto*, págs. 85 y siguientes.

(2) Ver Windscheid, *Pand* I, pág. 80; Bierling, *Juristische Prinzipienlhere*, Freiburg, 1893, I, pág. 91 y siguientes; Windscheid (loc. cit., números 2 al 3), da como ejemplo de la primera especie de norma negativa la que declara no haber obligación de pagar las deudas del juego, y como ejemplos de la segunda, la obligación extinguida por el pago, las acciones prescritas ya por haber transcurrido los treinta años.

(3) Ver Zitelmann, *Lücken in Recht*, Rektovatsvede, Leipzig, 1903, páginas 19 y siguientes. Anschütz, *Lucken in den Verfassungs und*

se le asigna, no puede tener un contenido negativo, sino que debe tener, y tiene, un contenido positivo en cuanto excluye la aplicación de los preceptos particulares a otros casos en ellas no previstos (1); por tanto, no puede entrar en la categoría aquí tratada.

c) *Carácteres y dirección*.—La norma, sea mandato o prohibición o permisión, es un imperativo dirigido a la universalidad, es un precepto universal que se dirige a todos los sometidos a la soberanía y de todos exige observancia.

Puede repetirse para ella lo que escribía Papiniano de la ley en sentido técnico, L. I. D., I. 3: *Lex est commune praeceptum* (2). Este carácter de universalidad no se pierde aun cuando la norma tienda a regir la conducta de grupos determinados y más restringidos dentro de un agregado más amplio y sea dictada para una determinada clase de personas. Es más: cuando la norma, desviándose de los principios fundamentales e inspirándose en conceptos y utilidades particulares contiene reglas que frente a las generales y comunes pueden considerarse excepcionales (Derecho singular, ver § 9), no por eso deja de ser una norma de eficacia universal y que se aplica a todas aquellas personas y en todas aquellas relaciones que reunan los requisitos en ella previstos.

La universalidad consiste en esto: en que dándose los requisitos y supuestos exigidos por la norma, ésta se aplica a todas las relaciones que en ella entran, siendo cuestión indiferente el mayor o menor número de personas y de relaciones que por ella son regidos.

De ello se deduce que no son normas todo lo que se acuerda o decide en casos singulares y es principio básico de todo

*verwaltungsgesetzen*, en el *Verwaltungs-archiv* XIV, 1906, pág. 323.

(1) Tal demostración ha sido dada ampliamente por Donati, *Il problema delle norme dell'ordinamento giurídico*, Milán, 1910, págs. 28 y siguientes. Ver más adelante lo que se dice al hablar de las lagunas.

(2) Ver la definición de Demóstenes citada por Marciano en la L. 2. D. I. 3. *Lex id est cui omnes homines parere decet propter multa... rei publicae communis sponsio, secundum quam omnes qui in civitate sunt vivere oportet.*

buen sistema constitucional el de que el poder legislativo no debe dictar normas particularistas de aplicación restringida.

Hay, sin embargo, materias en las que el precepto no puede menos de ser particularista, porque para regular una determinada relación singular puede requerirse una norma especial emanada del poder legislativo, o porque lo imponga una precedente norma general, o porque lo aconsejen razones políticas de oportunidad, de conveniencia. Así, por ejemplo, la ley, que según los artículos 19 y 21 de nuestro Estatuto, debe fijar cada vez la lista civil del Rey, la asignación anual del Príncipe heredero llegado a la mayor edad o con ocasión de matrimonio, la pensión de los Príncipes y la dote de las Princesas, la pensión de viudez de las Reinas, también, por ejemplo, en el caso de conceder una pensión a la viuda de un funcionario, a quien de no mediar un precepto especial no le correspondería, etc.

Pero tales normas, como se ha dicho, no crean Derecho objetivo; su eficacia se limita a conferir un derecho a las personas a que se refieren (mas raro es el caso de que quiten derechos correspondientes a una persona); no tienen, por consiguiente, la eficacia de las demás normas jurídicas por hallarse desprovistas del carácter de universalidad. La tesis aquí aceptada ha sido discutida y algunos sostienen que la universalidad no es carácter esencial de la norma (1), y serían ejemplos de ello los transcritos. A lo cual se opone por otros que también las leyes con preceptos particulares son universales en cuanto que el precepto va dirigido a los funcionarios públicos para su ejecución (2). La primera afirmación no parece fácilmente demostrable, no siendo como no es fácil concebir normas que dirigiéndose a uno solo creen Derecho objetivo y, además, la teoría enunciada sólo aparentemente consigue dar carácter de universalidad a tales normas, ya que el deber de los funcionarios de ejecutarlas deriva no del precepto particular, sino de otra norma de carácter universal la cual garantiza a cada uno los derechos que le son atribuidos y, por consiguiente, también aquellos que son concedi-

(1) Ver Laband, *Staatsrecht*, II, págs. 1 y siguientes.

(2) Ver Filomusi, *Enc. giur.*, pág. 73, núm. 2.

dos particularmente a una determinada persona, y tal garantía no es posible si los funcionarios no hacen respetar el precepto. Así que de todo esto concluimos que tales preceptos no crean Derecho objetivo (1).

Esto nos conduce a examinar otra cuestión muy debatida entre los escritores, y es la de saber a quién va dirigida la norma jurídica.

En términos generales, se afirma que se dirige a los súbditos, a los ciudadanos, a los que con las obligaciones y limitaciones por ella establecidas impone, prohíbe o permite hacer algo. Se cree por otros que se dirige a los órganos del Estado, a los funcionarios públicos, a los cuales se les impone la obligación de velar por el respeto de las leyes y de exigir de todos su observancia (2).

Ninguna de estas doctrinas es rigurosamente exacta. Se fija solamente en un aspecto de las relaciones entre el Estado y los súbditos la doctrina que ve en los funcionarios públicos los destinatarios únicos de la norma jurídica, la cual, si bien se dirige a éstos, puesto que el Estado les asigna como misión el hacerla observar, esto es sólo el medio para conseguir y asegurar la universal observancia. El fin de la norma es tan sólo regir y gobernar las acciones de los súbditos y por ello a éstos primordial y principalmente va dirigida la norma.

Por otra parte, no siempre la norma se dirige a los ciudadanos; en alguna ocasión se dirige a los funcionarios, y a éstos exclusivamente, porque no se trata de confiarles el encargo genérico de procurar la observancia de la ley por parte de los ciudadanos, sino de determinadas obligaciones que los particulares no serían capaces de cumplir. Todas las normas de aplicación que

(1) Puede estudiarse más ampliamente este argumento en Jhon: *Das Gesetz in formellen und materiellen Sinn*, en el *Archiv. für Offentl. Recht* V. 2. (1890).

(2) Ver Jhon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, págs. 140 y siguientes; Jellinek, *Gesetz und verordnung*, Friburgo de Brisgovia, 1887, páginas 214 y siguientes; Seligmann, *Beiträge sur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag*, Berlín, 1886, págs. 98 y siguientes, y por último, Jhon, *Der Normenadressat en los Iherings Saarbücher*, L. (N. F. XIV), 1906, páginas 1 y siguientes.

determinan el modo cómo otra norma debe actuarse, son normas dirigidas a los órganos del Estado, y esto puede decirse igualmente de las leyes llamadas formales, como son las leyes del presupuesto, las relativas a concesiones de obras públicas o reconocimiento de la capacidad a asociaciones y otros entes colectivos, etc.

d) *Sanción*.—Al tratar de las relaciones del Derecho y la moral se ha hablado del concepto de la coacción, y se ha visto cómo el criterio fundamental de distinción entre los dos campos sea precisamente aquella nota de que van necesariamente acompañadas las normas jurídicas. Conviene ahora ahondar algo en el asunto y examinar más detenidamente en qué consiste aquélla, tanto más cuanto que hay tratadistas que niegan que la coacción sea un momento necesario en el concepto del Derecho.

Se ha dicho ya que la norma jurídica es obligatoria, en virtud del orden jurídico que sujeta la voluntad de los particulares al poder soberano. Toda ulterior indagación acerca del fundamento último de la obligatoriedad—es decir, si ésta se basa sobre el concepto de la colaboración que han tenido en su confección los mismos que están sometidos a ella, o en el reconocimiento o adhesión que éstos prestan al precepto que emana de otros o, finalmente, sobre el sentimiento íntimo de los particulares de que la norma responde a los universales sentimientos de una determinada sociedad o de que es necesaria—, debe ser abandonada a la filosofía del Derecho.

Pero, ¿de qué manera se manifiesta esta obligatoriedad?

El Derecho objetivo exige de los sometidos la observancia de sus preceptos, y la exige a toda costa. No se realizarían los fines a que tiende el Derecho si la norma que se considera necesaria a aquellos pudiera ser observada por unos y violada por otros. Precisa que el ordenamiento apreste los medios idóneos para que el individuo sea constreñido a su observancia y para que si se muestra rebelde a la norma sea de nuevo sometido a ella. Estos medios, la sanción, son varios, pues las normas no todas emplean los mismos ni en igual medida. Unas veces provee a esto con una sanción directa, cuando ofrece, por ejemplo, el medio para forzar al individuo a ejecutar lo que la norma pres-

cribe; así sucede con respecto a la prestación del servicio militar; quien quiere sustraerse a él, viene coactivamente obligado a prestarlo; con respecto a la contribución territorial, al contribuyente que no paga se le confiscan sus bienes y el Estado satisface su crédito con el producto de la venta de los mismos. Otras veces, en cambio, apela a sanciones indirectas cuando impone perjuicios patrimoniales o penas a quien no observa la norma, lo que ocurre especialmente en todas las normas prohibitivas cuando la prevención no es suficiente o idónea a impedir que el acto prohibido se realice, y en todas aquellas que exigiendo una actuación estrictamente personal del sometido, no se prestan a un constreñimiento físico directo e inmediato.

Esta fuerza externa o física en que el imperio de la norma se manifiesta, constituye la coacción, la cual no es sino la *última ratio*, el remedio extremo a que el Derecho recurre para obtener su observancia.

Conviene, en efecto, no olvidar que los motivos por los cuales los súbditos observan la norma jurídica son de doble forma; se puede prestar sumisión a ella de un modo espontáneo, por determinación libre del agente en cuanto existe en él convencimiento íntimo, no sólo de su utilidad por responder plenamente el precepto a los sentimientos de la universalidad, sino también de su práctica y racional necesidad en el ordenamiento social; y pueden también los súbditos prestar obediencia a la norma, porque siendo todo transgresor amenazado con un mal, el sometido tienda a evitarlo. Donde falta la determinación espontánea interviene la amenaza de la sanción para conseguir su observancia, y cuando ni siquiera ésta es eficaz interviene la coacción efectiva, la fuerza física que constriñe, y si la violación se ha cometido restablece el orden perturbado.

Por consiguiente, si bien la coacción no contiene en sí ni agota toda la esencia del Derecho, constituye un elemento necesario sin el cual la norma jurídica no se distinguiría de la moral. Sin embargo, la coacción en acto no debe considerarse como momento esencial del Derecho, pero sí la posibilidad de la coacción.

Aquellos que niegan que sea esencial al concepto del Dere-

cho (1), observan que situar la autoridad del Derecho en la fuerza, es expresar una proposición antijurídica; que la obligatoriedad de la norma radica en el momento psíquico interno, en el poder del espíritu; de modo que no dejaría de ser Derecho aquel que no fuese acompañado de una sanción exterior, cuando los súbditos todos libremente lo observasen; que no toda norma jurídica, finalmente, es susceptible de coerción externa, y no por eso dejan de ser normas de Derecho y normas obligatorias aquellas en que falta esta actitud. Como ejemplo, aducen toda una rama de la enciclopedia jurídica, el Derecho internacional, donde no existiendo, como no existe, un poder superior a la soberanía de los Estados particulares, la observancia de las normas no puede, en definitiva, obtenerse sino apelando a las armas; por otra parte, algunas normas de Derecho público interno que en cuanto van dirigidas a poderes soberanos del Estado no pueden ir acompañadas de sanción y la sumisión a las normas, se contía al sentimiento moral de los mismos; y, finalmente, hay preceptos del Derecho privado que son por sí mismos incapaces de coerción, como el deber de la asistencia y el de la cohabitación o el de la fidelidad recíproca entre los cónyuges (art. 130 del Código civil) (2).

Todas estas objeciones arrancan de las consideraciones más arriba hechas. Es inconcebible, incluso en un terreno abstracto e ideal, un ordenamiento jurídico que se base exclusivamente en la espontánea observancia de sus preceptos por parte de los que le están sometidos; y el no haber existido jamás, es decir, no habiéndose jamás conocido una sociedad que haya prescindido de los medios coactivos, demuestra que tal pensamiento es completamente erróneo. Pero aun cuando se concibiese un Estado constituido de ese modo, es decir, sin necesidad de recurrir para nada a la coacción, precisaría prever la posibilidad de que uno de los súbditos se rebelase contra la norma y para este caso disponer de medios coercitivos. Ciento que la coacción no constituye la esencia toda del Derecho y que no únicamente sobre ella

(1) Ver Windscheid, Pand, I, § 37, pág. 172, núm. 4, y los demás autores citados por Fadda y Benza, págs. 540 y siguientes, y por Filomusi, *Enc. giur.*, § 11, pág. 14.

(2) Concuerda con el art. 56 del Código civil español.

descansa la obligatoriedad de la norma; pero si por una parte el Derecho consigue su propia actuación por motivos de índole ética, por el reconocimiento de la bondad y justicia intrínseca de la norma, por una espontánea prestación de obediencia, por el sentimiento de honradez y de sociabilidad, por otra hay que convenir en que tales motivos no son suficientes porque sin la amenaza de la coacción muchos no la observarían, y sin la actuación concreta de aquélla la transgresión quedaría impune.

Ni los ejemplos aducidos ni otros que pudieran aducirse demuestran la tesis que combatimos. Sería discutible si en las normas de Derecho internacional falta el elemento de la coacción y si no puede este elemento verse en el empleo de medios bélicos, los cuales, en cuanto son disciplinados con reglas reconocidas universalmente por los Estados (hoy sobre todo, que se han estipulado numerosas convenciones sobre la materia) (1), pueden

(1) Son de capital observancia las estipuladas en La Haya en las dos Conferencias de la Paz celebradas en 1899 y 1907. La segunda sobre todo, que tuvo por fin dar un mayor desenvolvimiento a los principios humanitarios proclamados en la primera y que dió lugar a catorce convenciones referentes a la resolución pacífica de los conflictos internacionales, a las deudas contractuales, rotura de hostilidades, leyes y costumbres de guerra terrestre, derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en la guerra terrestre, régimen de los buques mercantes al romperse las hostilidades, trasformación de éstos en buques de guerra, colocación de minas submarinas, bombardeo, aplicación a la guerra marítima de la Convención de Ginebra de 22 de Agosto de 1864, consideración de los heridos de guerra, restricciones al derecho de captura en la guerra marítima, institución del Tribunal Internacional de presas, derechos y deberes de los neutrales en la guerra marítima. Ver el texto del acta final de 19 de Octubre de 1907 en *Riv. di dir. internaz.*, II, 1907, págs. 408 y siguientes.

A estas convenciones precedieron otras tendiendo a regular jurídicamente la guerra o a aminorar sus efectos, como la Convención de Ginebra de 22 de Agosto de 1864 y la de San Petersburgo de 11 de Diciembre de 1868, la primera referente a la condición de los heridos de guerra, y la segunda prohibiendo el uso de ciertas armas explosivas.

Además, no hay que olvidar la enorme importancia que en este respecto tiene la costumbre, que cada vez se difunde más, de recurrir al arbitraje en la resolución pacífica de los conflictos internacionales, a cuyo fin son de gran significación los Tratados generales de arbitraje, median-

considerarse jurídicos y como un sustitutivo de los medios ordinarios por los que se actúa la coacción en las demás ramas jurídicas (1). La necesidad de la coacción es algo irrebatible, y los casos que se citan en que la coacción está ausente, serán más bien casos de derechos imperfectos que por naturaleza propia no se prestan a la coacción. Así sucede con respecto a aquellas normas de Derecho público cuya observancia se confía al elevado sentimiento de justicia de los poderes soberanos—porque no es posible en la práctica construir órganos superiores a los órganos de soberanía—, y cuya violación implicaría un trastorno tal que provocaría la destrucción del Estado mismo (2).

te los cuales preventivamente se someten al juicio de los árbitros las controversias que puedan surgir entre dos Estados. Italia fué la primera nación—lo mismo que en la equiparación de los extranjeros a los ciudadanos que propuso tales Tratados, y a ella se debe que se vayan difundiendo. Se deben recordar aquí los Tratados generales de arbitraje estipulados con Perú (18 de Abril de 1905), con Dinamarca (16 de Diciembre de 1905), con la República Argentina (18 de Septiembre de 1907), con Méjico (16 de Octubre de 1907), con Holanda (20 de Noviembre de 1909) y con Noruega (4 de Diciembre de 1910), que someten al arbitraje todas las cuestiones, reservando solamente aquellas que conciernen a la independencia y al honor de las naciones y siendo los árbitros los que determinan las que entran en tal categoría. El texto puede verse en *Riv. di Dir. int.*, I, 1906, págs. 27, 31; II, 1907, págs. 551, 554; VI, 1912, págs. 624, 621. Ver otras convenciones y ver Jusinato, *Gli ultimi progressi dell'arbitrato internazionale*. Rev. citada, I, págs. 16 y siguientes.

(1) Todos los citados medios particulares construídos con esfuerzo por espacio de mucho tiempo, con la asídua elaboración de los principios del Derecho internacional, parece que han de ser superados por la recientísima creación de la última guerra: la Sociedad de Naciones. Con ella se crea una vasta organización que comprende a las grandes y pequeñas potencias, que teniendo por misión la conservación de la paz entre los pueblos, tiene poder de intervenir en todo conflicto, de decidir sobre el derecho de los contendientes, y con el auxilio de fuerzas internacionales a tal fin organizadas imponer al Estado rebelde la observancia de sus decisiones. El Estatuto de la Liga preve toda una serie de medidas coercitivas que tienden a impedir el que los contendientes recurran a las armas. (Ver el texto en *Alti Parlamenta, Camera Legisl.*, 24 Sess., 1913-1919, doc. 1.233.)

(2) Así, por ejemplo, puede ser impuesto al Soberano, a las Asambleas legislativas, a los Ministros, un acto determinado que están obliga-

Hasta en el campo del derecho privado se tienen Derechos que bajo este aspecto aparecen como imperfectos; ejemplo, la obligación natural, a la cual falta la coacción en la forma más o menos plena y directa de la acción, pero que no por eso deja de ser vínculo jurídico. No siempre que la coacción parece faltar, falta en efecto; puede ser indirecta, como en el caso de la obligación de la cohabitación, el cual si no puede ser impuesto físicamente no está totalmente desprovisto de coerción (si bien indirecta) por efecto de la disposición del art. 133 del Código civil que autoriza al manido a negar alimentos a la mujer que sin justa causa se ausenta del domicilio conyugal negándose a volver, y hasta a proceder, según las circunstancias, al secuestro temporal de las rentas parafernales de la misma (1).

Hay preceptos, los cuales, por la naturaleza misma de las cosas o por causas de la relación que regulan o por otras razones de carácter ético o político, no pueden ser coactivos y otros en los que la coacción es menos plena o es indirecta; de modo que hay derechos que surgen imperfectos y permanecen siempre lo mismo, mientras que otros se hallan en vías de formación y tienden a convertirse en perfectos. Estas figuras anormales no autorizan a la afirmación de que la coacción sea al derecho indiferente. La fórmula más precisa que debe adoptarse es la de afirmar que no la *coacción* sino la *posibilidad de la coacción eventual*, es un concepto inseparable del Derecho objetivo (2).

dos a cumplir por la ley. Pero es evidente que el rehusar el Soberano promulgar una ley debidamente votada en la Cámara y el Senado y por él sancionada, la negativa del Parlamento a aprobar el presupuesto del Estado, o la de los Ministros a revocar providencias declaradas nulas por incompetencia, exceso de poder o violación de la ley por la Sección IV del Consejo de Estado, minarían más o menos gravemente las bases fundamentales del Estado, comprometerían su vida en el interior y en el exterior y harían cesar sus funciones todas.

(1) En el Código civil español no existe disposición equivalente a la que en el texto se cita; sin embargo, podrá lograrse prácticamente ese efecto con el derecho que el art. 149 concede al obligado a prestar alimentos de elegir para su efectividad entre el pago de la pensión que se fije y la recepción y mantenimiento en su propia casa del que tiene derecho a ellos.

(2) Ver en tal sentido Bekker, *andekten* § 18, pág. 47, n. e. y Zeit-

e) *Objeto.*—Objeto de la norma jurídica, son las relaciones de los hombres entre sí y con el mundo exterior. Estas relaciones, que aun cuando son relaciones del hombre con las cosas, se resuelven siempre en relaciones de hombre a hombre (ya que como el Derecho está constituido *hominum causa*) (ver D. fr. 2, l. 5), no puede existir sino entre hombres) (I); no todas las posibles relaciones humanas, sino entre las infinitas de la vida social, solamente aquellas que se manifiestan dignas de protección jurídica. Y en cuanto éstas son reguladas por el Derecho, constituyen las *relaciones jurídicas*, las cuales pueden definirse como «relaciones de la vida, reconocidas por el Derecho objetivo y por él determinadas y disciplinadas».

La más precisa determinación del concepto de relación jurídica depende del análisis de los elementos que la integran, es decir, del sujeto de la relación, del objeto, del hecho en que la relación se manifiesta (o por la cual se modifica) la tutela o defensa que la protege. Este análisis, que no puede por ahora ser comprendido en detalle, será asunto de ulterior exposición, cuando se estudien los principios relativos a esta materia. Queriendo ahora limitarnos a la formulación del concepto general bastará fijarse:

I) *En cuanto al elemento subjetivo.*—Que toda relación jurídica presupone un sujeto al cual es atribuída una facultad o

schr für vergl. *Rechtswissenschaft* I, páginas 110 y siguientes; Fadda y Bensa, l. c.; Filomusi loc. cit.; Del Vecchio, *Il concetto del Diritto*, páginas 111 y siguientes.

(1) En este sentido pero sólo en éste es exacta la afirmación de Windscheid, Pand I, § 38, pág. 173, según la cual no pueden concebirse las relaciones del hombre con la cosa: el Derecho rige las relaciones humanas y no las que pueda haber el hombre con los demás seres sensibles pero no inteligentes (animales) y con las cosas inanimadas. Pero Windscheid exageró su opinión al negar (l. cit., pág. 174, núm. 3) que en algunos derechos la relación jurídica se constituye directamente entre persona y cosa como ocurre con los Derechos reales, en virtud de los cuales se atribuye a la persona un señorío en la cosa. La cuestión que es de carácter eminentemente filosófico, tiene una gran importancia jurídica y no sólo doctrinal en el campo precisamente de los Derechos reales por el modo en que deban concebirse y definirse. Hablaremos de esto más extensamente al tratar de la distinción entre Derechos reales y de crédito.

pretensión, en vista de un fin que el Derecho considera digno de tutela. Sujeto de la facultad es el hombre, el individuo (1). Pero puesto que no todos los fines pueden ser alcanzados por el particular, puesto que hay muchos que sobrepasan la vida del hombre y no por eso el ordenamiento jurídico deja de estimarlos dignos de protección, la facultad o pretensión puede ser atribuída a entes colectivos especiales, constituidos por varias personas o por la consagración permanente de un patrimonio a la consecución de tales fines; entes (personas jurídicas) que resultan así semejantes al individuo en cuanto son titulares de facultades, y, por consiguiente, sujetos de relaciones jurídicas. En el sujeto de la relación así concebido, no se agota todo el elemento subjetivo de la misma; a más de este que es el aspecto activo hay el aspecto pasivo, esto es: frente al sujeto activo a quien corresponde la facultad o pretensión, se halla el sujeto pasivo a quien incumbe la obligación o deber. Esta duplicidad del elemento subjetivo es una consecuencia natural de darse la relación entre los hombres, porque no puede a uno competir y ser garantizada por el Derecho objetivo una facultad, sin que de ello derive una limitación en los demás, un deber que es general y negativo en todos los otros, obligados a respetar el derecho del titular y que puede ser particular y de contenido vario en un individuo que resulte particularmente obligado frente al primero.

2) *En cuanto al elemento objetivo.*—Objeto de la relación, y por tanto de la facultad que es atribuida al sujeto activo pueden ser las cosas, los actos de una persona o eventualmente la persona misma. Es objeto la persona misma en ciertas relaciones en que la facultad conferida al sujeto activo es un poder particular o soberanía que se ejercita sobre personas sujetas a la misma por motivos diversos. Tales son, por una parte, en las relaciones de familia, las potestades familiares, la patria y la marital por virtud de las cuales los hijos y la mujer se hallan sometidos al poder del padre y del marido; por otra, en las relaciones entre Estado y ciudadano, la soberanía por la que los

(1) Sobre la cuestión de si pueden haber derechos sin sujeto, se hablará más adelante.

miembros del organismo estatal están sujetos al imperio del poder soberano. Pero también aquí, como en la esfera precedente de las relaciones familiares, la sujeción no puede interpretarse tan amplia que conduzca a la destrucción de la libertad; figuras que admitan una sumisión tan completa del hombre que lo reduzcan al estado de esclavitud, han desaparecido ya del Derecho actual, como existía entre los romanos, y, en general, en las antiguas culturas (1). En todas las demás relaciones en que no aparecen como objeto las cosas, no es objeto la persona, sino un acto de la misma. El acto puede ser una acción positiva o una omisión que tenga un contenido o utilidad económica o una utilidad ideal o espiritual, sea o no valorable económicamente, pero debe representar siempre una utilidad, ya que el Derecho no tutela ninguna relación inútil al individuo o a la sociedad. Pueden, finalmente, ser objeto las cosas, partes del mundo externo, susceptibles de ser sometidas al poder del hombre y de ser por éste destinadas a la satisfacción de las propias necesidades.

3) *En cuanto a la causa generatriz de las relaciones jurídicas.*—Las causas que producen la relación son varias, algunas dependientes de la voluntad del titular, otras independientes o necesarias. Estas causas no son hechos cualesquiera, sino sólo aquellos a los que el Derecho objetivo reconoce el poder producir, modificar o extinguir un derecho, aquéllos a los cuales le atribuyen consecuencias jurídicas. Tales hechos llámanse *hechos jurídicos*. Cuando se hayan comprobado todos los supuestos, de los cuales el Derecho objetivo hace brotar los efectos propios de un determinado hecho, puede considerarse *nacida* la relación jurídica y el derecho subjetivo adquirido por el titular. Los supuestos deben darse todos; cuando sólo se den algunos, ni surge la relación ni se adquiere el derecho; puede tenerse una simple *expectativa*, que es, no obstante, tomada en consideración por el ordenamiento y eficazmente tutelada como esperanza de un derecho futuro.

(1) Sobre si puede concebirse como objeto del derecho la persona, o sea de construir una especial categoría de derechos, se hablará más adelante.

4) *En cuanto a la tutela.*—Para ser elevadas a dignidad de relaciones jurídicas las relaciones de la vida deben ser protegidas por una norma jurídica. En virtud de esta tutela, que da lugar a la posibilidad de la *coerción*, la facultad que corresponde al individuo como consecuencia del hecho jurídico, se convierte en Derecho del titular y es defendida de los ataques del obligado o los terceros. La tutela ejercitada por el Estado como único investido de los poderes de represión y de coerción puede, sin embargo, ser actuada por el propio titular cuando el ataque violento e imprevisto no dé tiempo a los órganos estatales para intervenir pronta y eficazmente.

Ahora, en la serie varia y múltiple de las relaciones jurídicas (1), unas son simples, están reguladas por una sola norma jurídica y otras complejas, que son reguladas por varias normas. Por otra parte, las relaciones particulares no se presentan nunca separadas y aisladas; hay entre ellas nexos más o menos íntimos, por los cuales resultan orgánicamente coordinadas en grupos homogéneos por la unidad del fin a que tienden, y por ello hay nexos también entre las normas que regulan aquéllas.

El conjunto de normas a un fin coordinadas y las relaciones todas que ese conjunto disciplina constituyen la *institución jurídica*.

Las instituciones jurídicas aparecen enlazadas unas con otras en grupos mayores y en sistemas según la materia a que se re-

(1) Sobre la teoría general de la relación jurídica, ver Filomusi, Enc. giur., § 43; Vanni, Lez., páginas 121 y siguientes, Merkel, Iur. Enc. §§ 145 y siguientes, 185, 206; Savigny, Sistema I, § 4, páginas 36-37, § 52 y siguientes pág. 335 y siguientes; Puchta, Pand. § 29, pág. 47; Barling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriff*. Fráburg, 1894-98, § 182 y siguientes. Cicala, *Rapports giuridico Diritto subjetivo e pretesa*. Torino, 1909, páginas 1-32, somete a revisión las anteriores teorías y rechaza la idea de una relación entre el sujeto del Derecho y el mundo exterior que sustituye por una relación entre la persona y el Derecho objetivo, relación puramente ideal análoga a la que en lo moral sería la relación entre la persona y la norma religiosa. Elementos o términos de la relación jurídica, serían de una parte el sujeto, es decir, la persona a la que el Derecho se atribuye de otra el objeto, es decir, la norma de Derecho objetivo. Dudo que una tal relación puramente ideal aclare la teoría.

fieren. De aquí las distinciones y clasificaciones de las relaciones, de las cuales la más amplia es la de relaciones de Derecho público y relaciones de Derecho privado.

### § 8.— *Derecho público y Derecho privado*

Filomusi, Enc. § 39; Brugi, Intr. §§ 18, 23; Venni, Lez. pág. 87; Holtzendorff, Enc. I página 298, pág. 434; Chironi, Ist. I, § 2; Gianturco, Sist. I, pág. 107; Chironi y Abello, Tratt. I. pág. 8; Covello, Man. I, pág. 11; Savigny. Sist., I, § 9; Regelsberger, Pand. I, § 28.

La división del Derecho objetivo en público y privado, fué ya establecida por la ciencia jurídica romana (1) y romana también es la más antigua definición de las dos ramas: *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quedam publica utilia, quaedam privatum* (I. I § 2, D. II, § 4, Inst I. I), definición que se ha utilizado y reproducido en el campo del Derecho moderno. Sin embargo, es inadecuada para expresar el propio y verdadero contenido de las dos ramas del Derecho y para designar sus caracteres diferenciales. Adoptando la *utilitas* como criterio y declarando ser público el Derecho que se refiere a la utilidad pública y privado el que concierne a la privada se concede demasiada importancia a un elemento que no es exclusivo y se presupone una separación absoluta del interés público y del interés privado que no existía ya en el ordenamiento jurídico romano y que es inadmisible en absoluto en el nuestro.

El criterio del interés y de la utilidad es un elemento para distinguir unas normas de otras: en las de Derecho público se da la preponderancia de la utilidad pública del Estado, en las de Derecho privado prevalece la utilidad de los particulares; la distinción no puede fundarse exclusivamente en la utilidad de la norma.

(1) Sobre el proceso histórico de la diferenciación del derecho público y privado en Roma, véase el documentado trabajo de Bonfante, *La progressiva diversificazione del Diritto pubblico e privato in Roma (Riv. it di Dir. sociol. 1902, 6, 1)*.

Precisa fijarse en los sujetos a los que las normas se refieren y también en los fines que las normas persiguen. Ahora bien, bajo este doble aspecto es fácil ver normas que tienen por sujeto el Estado y otras en que el sujeto es el particular; así como es igualmente fácil distinguir sus fines, que son; en unas, regulación de las relaciones políticas, organización de los poderes del Estado, desenvolvimiento de la actividad de los órganos del mismo para la conservación de los fines estatales, y en otras, por el contrario, la regulación de las relaciones jurídicas particulares, la actividad privada de los ciudadanos. Con esta diversidad causada a un mismo tiempo por la diversidad del sujeto y por la del fin se enlaza la distinción que nos ocupa; constituye el Derecho público las normas de la primera categoría; el Derecho privado las de la segunda.

Todo esto no basta, sin embargo, para dar el concepto integral de una y otra rama ni para señalar sus límites.

Deberá ante todo tenerse en cuenta que la norma no asume carácter público solo y exclusivamente cuando es sujeto de la misma el Estado y fin suyo la organización de éste: hay, al lado del Estado, y con carácter de subordinados, otros agregados políticos menores, entre los cuales se distribuye el poder soberano y a los que corresponden determinadas circunscripciones territoriales: agregados políticos, que ejercen especiales funciones públicas y que completan, en los territorios que tienen asignados, la obra del Estado ya que por éste no podrían directamente actuar todos los fines de la convivencia social, y por esto precisamente son conferidas a los mismos las funciones que más estrictamente se refieren a los fines particulares y locales. El Municipio, la Provincia, otras circunscripciones provinciales o regionales son esas organizaciones menores de carácter político. Ahora bien; cuando estos organismos son sujetos de la norma u objeto del fin que persigue el Derecho es igualmente público.

En segundo lugar, no basta que el Estado o los entes menores citados aparezcan como sujetos de una relación para inferir sin más que se trata de una norma perteneciente al Derecho público. El Estado, y con él las demás organizaciones menores, s

normalmente obran como poder político y soberano que ejerce funciones de gobierno y de imperio, asume también, por necesidad misma de los fines de carácter público que persigue, funciones que no son de soberanía ni gobierno. Sobre todo en la gestión de su patrimonio puede el Estado ser titular de derechos y ejercitar facultades o contraer obligaciones de modo no diverso a como actuaría el particular o cada una de las colectividades (personas jurídicas) que persiguiendo fines privados no están ni pueden estar investidas de poderes políticos o de potestad soberana. Cuando el Estado, la Provincia, el Municipio, obran con tal carácter, se aplican a ellos las mismas normas que se aplican a las relaciones entre particulares, esto es, las normas de Derecho privado que con esta aplicación no se transforman en públicas.

Precisando, pues, el concepto antes expuesto, puede decirse que:

a) Es *Derecho público* el conjunto de normas que regulan la organización y la actividad del Estado y de los demás entes políticos menores o disciplinan las relaciones entre los ciudadanos y estas organizaciones políticas;

b) Es *Derecho privado* el conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí o las relaciones entre éstos y el Estado o las demás susodichas agregaciones, con tal que éstas no ejerzan en la relación funciones de poder político o soberano.

No faltan escritores que buscan en otros elementos el carácter propio de las dos ramas y el criterio de su distinción; y hay otros que quieren fundarlo exclusivamente en uno u otro de los citados elementos. Así, por ejemplo, fijándose solamente en el fin, que es predominantemente privado en el Derecho privado y predominantemente público en el Derecho público, sostienen que ambos campos se distinguen por esto: que tendiendo las normas en el primero a tutelar intereses particulares de los individuos, a ellos corresponde decidir cuándo les conviene actuar el fin, de modo que cada uno tiene la facultad de renunciar libremente a él (*iure suo uti nemo cogitur*); en el segundo, dada la diversa naturaleza de los fines, la actuación de los mismos es

necesaria, de modo que las normas tienen siempre un carácter absoluto y constringente (1).

En otros términos: mientras en el Derecho público al derecho subjetivo corresponde un deber público, imponiendo a quien se halla investido con él la obligación de ejercitarlo, en el privado, no estando separado el derecho del deber, éste no tiene carácter de necesidad, pudiendo sustraerse al mismo los particulares con sólo renunciar al primero.

Pero esta afirmación no es del todo exacta, y para combatirla se citan ejemplos de derechos que entran en el campo del Derecho público que, como los privados, no implican un deber absoluto; tal es, por ejemplo, el derecho del sufragio, a cuyo ejercicio se puede libremente renunciar (2).

Toda consecuencia ulterior que de aquel criterio se quisiera deducir, sería falsa; y es errónea y ha dado lugar a dificultades invencibles en la doctrina, la deducción que se ha hecho de considerarse admitida en el Derecho privado la posibilidad de una derogación convencional de las normas de Derecho objetivo, prohibida absolutamente en el Derecho público; el principio *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (3), que se refiere a otra distinción, es falso en ésta, habiendo como hay numerosas

(1) Ver Vanni, Lez. pág. 89; Brinz, Pand I, § 68.

(2) Así sucede en el Derecho positivo italiano y en muchos otros pero hay algunos países en los que el ejercicio del Derecho del sufragio es obligatorio como ocurre en Bélgica, Suiza y España. Muchos sostienen que confiriéndose el derecho electoral no en interés del particular sino en el general del Estado, implica un deber público el de participar en la constitución de las representaciones políticas o administrativas y tiene mucha importancia para el Estado el que sean éstas expresión genuina de la voluntad general. En Italia se discutió la obligatoriedad del voto en el congreso jurídico de Florencia de 1891 (*Atti del III Congresso giuridico*, Firenze 1891; ver Codacci-Pisanelli, *Scritti di Diritto publico*, 1900, página 213 y siguientes) y un proyecto del ministro Luzzatti que lo quería obligatorio, fracasó.

(3) Así Papiniano en la l. 38, D. 2-14, análogamente Ulpiano, l. 45, § 1 D. 50, 17. *Privatorum conventio juri publico non derogat*. Sobre la importancia y alcance de este aforismo ver Araugis Ruiz, *Ius publicum privi pactis* (*Dir. prat. di Dir. priv.*).

normas en Derecho privado que los particulares no pueden derogar.

Es asimismo insuficiente el criterio de la patrimonialidad, en virtud del que se atribuyen a la regulación del Derecho privado las relaciones jurídicas que tienen un contenido patrimonial y al Derecho público las demás; porque hay derechos públicos que tienen contenido patrimonial y otros privados que carecen de tal contenido.

No nos parece mejor la teoría mantenida por Jhon (1), que partiendo de la naturaleza de la tutela de que la norma está provista, designa como Derecho público el protegido por una acción pública ejercitable por los funcionarios públicos, y como de Derecho privado las que son protegidas con acciones privadas concedidas a los ciudadanos. No es la naturaleza de la acción lo que determina el carácter de la norma, sino a la inversa. Hay también que observar que no faltan normas de Derecho público cuya tutela es ejercida por los particulares y otras en las que la acción de los funcionarios públicos no puede ejercerse sin la iniciativa de los particulares, como sucede en los delitos perseguitables, tan sólo previa querella del ofendido (ver delitos de injuria, calumnia, Código penal, artículos 400, 480 y 482; delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias, artículos 336, 344 y 356; delitos menores [algunos] contra la propiedad, artículos 417, 418 y 420, etc.) (2).

El criterio más completo es el indicado anteriormente y que descansa en el doble elemento de sujeto y fin de la norma (3).

(1) *Rechtsnorm und subjectives recht.*

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 400 del Código italiano concuerda con el 482 en relación con el 480 del Código penal español; los 336 y 344 con el 463 y el 356 con el 449. Los delitos previstos en los artículos 417 y 418 del italiano son los comprendidos en los números 5.<sup>º</sup> y 6.<sup>º</sup> del 548 del español; y al 420 corresponde el núm. 2.<sup>º</sup> del 530; pero estos tres últimos a diferencia de lo que en el italiano ocurre en el español son perseguitables de oficio.

(3) Ver entre otros Ranelletti, *Il concetto di pubblico nel Diritto* (Riv. it p. l. Sc. giur XXXIX, 1905); *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettive* (Studi per Fadda II, pág. 247 y siguientes). Ver también Raggi, *Ancora sulla distinzione tra Diritto pubblico e Diritto privato*, Riv. it. p. l. Sc. giur: LV, 1915, págs. 111 y siguientes.

El ser tan distintos uno y otro campo no debe inducir a la creencia de que no existan nexos íntimos entre ellos; ni la influencia más o menos grande que en las normas de Derecho privado ejerza el interés público o social debe autorizar a situar en la esfera del Derecho público preceptos que pertenecen al privado.

El criterio del interés o utilidad que más arriba rechazamos como base exclusiva para la distinción tiene gran importancia desde otro punto de vista que da lugar a una ulterior clasificación de las normas, de naturaleza enteramente diversa.

Hay, en efecto, en el conjunto de preceptos referentes al Derecho privado, algunos que son dictados con miras a una utilidad general o social, que trascienden de la esfera del interés particular y privado de los individuos, siendo éstos los sujetos y las relaciones entre éstos el fin de tales preceptos. Toda norma jurídica, es cierto, se inspira siempre en el interés de la convivencia social y tiende a la consecución de fines generales de esa convivencia, pero hay algunas que aun perteneciendo al campo del Derecho privado miran a una utilidad universal de la comunidad y su predominio la substraen al arbitrio y autonomía del particular restringiendo su libertad.

De tal naturaleza eran para los romanos las normas que exigían la conservación íntegra de la dote de la mujer, o tendían a asegurar la patrimonial integridad del pupilo, prohibiendo el pacto por el que se eximía al tutor de la rendición de cuentas, y ello porque *interest rei publicae mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* (I. 2, D. 23. 3.) *interest rei publicae rem pupilli salvam fore*, por la más eficaz tutela que las personas menores o incapaces deben hallar en el Estado; o también aquellas que prohibían que se pactase preventivamente la irresponsabilidad por dolo (1) o prohibían la preventiva renuncia de la acción procedente de delito (2), porque es interés general el no patrocinar ni estimular actos contrarios a la buena fe o a los pre-

(1) Paulo I 27 § 3, D. 2. 14. *Illud nulla pactione efficipolest, ne dolus praestetur.*

(2) S. 27 § 4, D. 2. 14. *Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti di paciscar ne furti agam vel inniziazum si feceris.*