

## LA DIVISIÓN DEL ORDEN JURÍDICO EN EL ÚLTIMO TERCIO DEL SIGLO XX

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *La teoría romana.* 3. *La teoría de la naturaleza de los sujetos.* 4. *La teoría de la naturaleza de las relaciones jurídicas.* 5. *Las ramas del orden jurídico a fines del siglo pasado.* 6. *La negación de la división del orden jurídico.* 7. *El comienzo de la superación de la concepción bipartita. Radbruch.* 8. *Las ideas de Gurvitch.* 9. *Una concepción tripartita excluyendo al derecho social.* 10. *Diversas opiniones sobre el derecho social.* 11. *Una hipótesis de trabajo sobre una posible división del orden jurídico.*

1. *Introducción.* El Derecho es uno, una es su naturaleza; sin embargo se ha solidado desde tiempos muy antiguos dividirlo en público y privado por varias razones: i) en virtud de fines didácticos, para la mejor comprensión del orden jurídico se clasifican las normas para poderlas estudiar con disciplina y método —según expresión de Duguit—; ii) por la existencia del Estado y la necesidad de que prevalezcan, si existe conflicto, los intereses generales sobre los individuos;<sup>1</sup> y iii) especialmente en nuestros días, por razones fácticas como son la existencia de jurisdicciones diferentes según la relación sea de derecho público o privado; la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es un ejemplo; y otro es la creación de entes públicos con un régimen jurídico diferente a los privados como el caso de los organismos descentralizados y las universidades.

Es decir, por razones didácticas y fácticas, la antigua idea de dividir el orden jurídico subsiste, desde luego con un sentido diverso del que tuvo en la época romana o del renacimiento.

El pensamiento y los acontecimientos de índole social que se han vertido en el Derecho han tenido una influencia en esta división: aparte de que las normas del derecho privado y público son contempladas con diversa axiología, mismas que han destruido, de acuerdo con los diferentes países y en diversos grados, la concepción individualista de la vida; ha nacido todo un sector del derecho con el objetivo de *proteger* a los grupos más débiles de la comunidad. Las necesidades y las aspiraciones de grandes sectores de la población han venido irrumpiendo en la forma jurídica para lograr que se les asegure un nivel de vida mínimo que debe ser decoroso para poder llevar realmente una existencia humana.

Tratamos en este ensayo de precisar algunos pensamientos sobre la división del orden jurídico, cómo esta idea fue evolucionando hasta lograrse una concepción tripartita del derecho.

<sup>1</sup> Mouchet, Carlos. *La distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, en “Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico”, volumen XXIII, número 3, México, 1954, p. 201.

Con base en la anterior exposición, proponemos como hipótesis una posible división del orden jurídico que corresponda al último tercio del siglo XX. Bien nos damos cuenta que cualquier división que se construya en estos tiempos, en pocos años resultará obsoleta porque las ramas jurídicas se están multiplicando al adquirir autonomía una serie de ramas que hasta hace poco podían ser englobadas en otras.

Además, la concepción de la división del orden jurídico continúa variando conforme la socialización del derecho sigue avanzando, y tal es la razón de que comúnmente se oiga hablar de que el derecho público ha ido, poco a poco, interviniendo y ocupando campos que tradicionalmente han pertenecido al privado.

2. *La teoría romana.* Difícil es determinar cuándo surgió o quién fue el primer autor que distinguió entre derecho público y privado. Para algunos tratadistas la distinción proviene de Grecia<sup>2</sup> y ya en ciertos párrafos de Aristóteles se encuentra su origen, como cuando distingue entre los *asuntos privados* y los *tribunales públicos*. Para otros, fue Cicerón en su obra *Brutus* quien por primera vez estableció la pauta para la división del orden jurídico. En dicha obra se encuentra la siguiente oración: *Non Publicum ius, non privatum et civile cognoverant.* Y en otro de sus escritos se lee: *Scriptorum autem privatum aliud est, publicum lex senatus consulta foedus; privatum, tabulae, pactum conventum stipulatio.*<sup>3</sup>

Del párrafo anterior se puede deducir que las fuentes del derecho público son las *normas*; y que en cambio las del privado son las declaraciones de la autonomía privada.<sup>4</sup>

Livio habló de que la ley de las Doce Tablas constituyó el *fons omnis publici privatique iuris*; sin embargo, las Doce Tablas no contienen disposiciones de derecho político. Por tanto, la expresión de Livio hay que entenderla en el sentido de que las leyes romanas, tanto el *ius publicum* como la *interpretatio* de los *prudentes*, provienen de la legislación mencionada.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. *La distinción del Derecho en público y privado* en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", año XXXII, núms. 340-341, Madrid, 1956, p. 637.

<sup>3</sup> "Quizás sea Cicerón el primero que técnicamente formula la división. La poca juridicidad de muchas de sus frases podría ser un obstáculo al valor probatorio de nuestra tesis. Pero es que precisamente la división que estudiamos trasciende más allá de los límites del Derecho para entrar en la Filosofía del mismo, campo que es ya de la especialización ciceroniana; por eso no es raro que su espíritu filosófico, más que jurídico, captase con mayor sutilidad esta división, que a su vez es también más filosófica que jurídica, a pesar de que sea del campo más puro de la moderna filosofía del Derecho, la escuela kelseniana, de donde han partido los ataques más duros contra el contenido de esta división", en Pérez Leñero, José. *Sobre la distinción romana entre "ius publicum" y "ius privatum"*, en "Información Jurídica", número 73, Madrid, 1949, p. 884.

<sup>4</sup> D'Ors, Alvaro. *De la "Privata Lex" al Derecho privado y al Derecho Civil* en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", volumen XXV, número 1, Coimbra, Portugal, 1949, pp. 31-32.

<sup>5</sup> D'Ors, Alvaro, obra citada, p. 36.

Empero, la primera vez que la distinción fue establecida con toda claridad se encuentra en la célebre frase de Ulpiano: *Jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem.*

Esta teoría ha sido denominada “del interés”, ya que según el interés en cuestión, ese acto será de derecho público o de derecho privado. Así, cuando está de por medio el interés general, el interés del estado, es derecho público; pero cuando el interés implicado es el de los particulares, entonces es derecho privado. O con otras palabras, las normas que miran al estado son de derecho público, mientras que las normas que los particulares pueden ordenar de acuerdo con sus preferencias, es decir, con su interés, son derecho privado.<sup>6</sup>

Los juristas han tratado de encontrar el significado preciso a la frase de Ulpiano y en esta búsqueda se han perdido muchos de ellos. También la teoría ha recibido una serie de críticas, pero entre las más importantes se puede señalar una, la que indica que se basa en una noción subjetiva como es el concepto de interés, ya que el interés es atribuir valor a la consecución de determinados fines, sin importar si ellos son por esencia valiosos, amén que la noción de interés no permite establecer con un criterio científico una línea divisoria.<sup>7</sup>

Delimitar el derecho público del privado no es nada fácil, y los romanos no precisaron dónde acababa el interés de los particulares y empezaba el interés del estado. Así, la división no fue tajante, no son dos partes del derecho separadas, sino que es una clasificación flexible que se amolda a las necesidades de tiempo y lugar. Podemos decir que los romanos trataron de dar una pauta con la teoría del interés, quisieron establecer un punto de partida, pero nunca una división rígida, ya que el derecho es uno, aunque en su realización se enmarquen diferentes facetas e intereses.

También se ha dicho que en Roma, establecer qué pertenecía al derecho público fue muy sencillo: ya que dependía de la publicidad o no de la norma; es decir, toda aquella norma que se publicaba pertenecía al ámbito del derecho público; en sentido contrario, las que no se publicaban, pertenecían al privado.

En esta forma el derecho privado abarcaba al derecho patrimonial y obligacional, y todo el campo restante era público.<sup>8</sup>

3. *La teoría de la naturaleza de los sujetos.* Principalmente son los tratadistas franceses los sostenedores de este criterio. Así, derecho público regula “la estructura del Estado y, demás organismos titulares de poder público y, en segundo lugar, reglamenta las relaciones en que participan con ese carácter de titulares de poder público. El derecho privado, por su parte, reglamenta la estructura de todos aquellos organismos sociales que no participan en el ejercicio del poder

<sup>6</sup> D'Ors, Álvaro, obra citada, p. 37.

<sup>7</sup> Eduardo García Maynez. *Introducción al estudio del Derecho.* México, 1961, p. 133, y Mouchet, Carlos, obra citada, p. 190.

<sup>8</sup> Pérez Leñero, José, obra citada, p. 913.

público y las relaciones en las que ninguno de los sujetos interviene en su carácter de titular de poder público".<sup>9</sup>

En esta forma Paul Roubier indica que el derecho privado reglamenta las relaciones entre los particulares y que el derecho público reglamenta la constitución del estado, en tanto que organismo investido de poder público, y sus relaciones tanto con los otros estados como con sus propios sujetos.<sup>10</sup>

El problema de esta teoría es que tenemos que averiguar cuándo el sujeto es de derecho público y cuándo es de derecho privado; además, hay que determinar cuándo el estado y los organismos titulares de poder público intervienen con tal carácter. Por esto, los seguidores de esta teoría lo único que hacen es cambiar el planteamiento del problema pero sin darle ninguna solución.

4. *La teoría de la naturaleza de las relaciones jurídicas.* Esta teoría es seguida por múltiples juristas pero uno de sus exponentes más preclaros es Jorge Jellinek.

Para Jellinek existen en la sociedad dos tipos de relaciones. En uno, los individuos están en relaciones de coordinación unos con otros. Es decir, se encuentran en un plano de igualdad, están en situaciones semejantes, ninguno se haya en situación superior al otro; estas relaciones son reglamentadas por el derecho privado.

El segundo tipo de relaciones regula sujetos dotados de *imperium*, es decir que en esas relaciones los sujetos no están en un plano de igualdad, sino que la relación es de poder, de jerarquía, se encuentran en diferente situación, la línea relacional ya no es horizontal sino vertical, y es el derecho público el que regula este segundo tipo de relaciones.

Pero Jellinek aclara que esta oposición no es en ninguna forma absoluta.

El derecho privado está unido estrechamente al público, y todo el derecho privado descansa sobre la base del derecho público.

"Esto nos enseña *a priori* cuán difícil es en cada caso particular fijar los límites entre el Derecho Privado y el Público. El Estado y las asociaciones de Derecho Público no son tan sólo titulares del poder público, sino que son también sujetos económicos, que con los propios medios que corresponden a cualquiera otra personalidad, administran los bienes, no ejercitando para ello el poder público."

"Si, pues, de una parte el Derecho Privado sólo es posible sobre la base del Público, éste en cambio, tiene frente al Derecho Privado una existencia totalmente independiente. El Derecho Público es aquel que establece relaciones entre una comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales o le están subordinadas."<sup>11</sup>

Hay que examinar con cuidado la tesis de Jellinek, porque creemos que ha sido mal comprendida. Primero, está dentro del espíritu romano de que la distinción no es tajante, de que no son dos sectores independientes, sino al contrario,

<sup>9</sup> De la Cueva, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I, México, 1964, p. 211.

<sup>10</sup> Roubier, Paul. *Théorie Générale du Droit*. Paris, 1951, pp. 291-292.

<sup>11</sup> Jellinek, Jorge. *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1943, pp. 313-314.

ya que la división no es absoluta y el derecho privado se apoya en el público.

En esta forma, la frontera entre el derecho público y el privado no es rígida, aunque existe un criterio, el que propone, para que en cada caso concreto se trate de aclarar si esa relación pertenece al derecho público o al privado.

Aclara que derecho público no es sinónimo de arbitrariedad porque el poder del estado no es poder ilimitado sino poder que se ejerce dentro del marco jurídico.<sup>12</sup>

Jellinek presenta una clasificación de las ramas jurídicas divididas en derecho público y privado.

El público a su vez subdividido en: I) Derecho público en sentido amplio y II) Derecho internacional.

El derecho público en sentido amplio subdividido en: 1) derecho judicial con dos ramas: a) derecho penal y b) derecho procesal; 2) derecho administrativo; 3) derecho político en sentido estricto o constitucional, y 4) derecho canónico.

La tesis de Jellinek ha sido criticada, se dice que las relaciones entre los estados constituyen relaciones de coordinación y son derecho público. Esta crítica es superflua pues el mismo Jellinek aclaró esta situación. También se le imputa que a su vez el estado interviene en relaciones de coordinación. Esto es cierto, pero debemos recordar que el estado siempre se encuentra en una situación de privilegio respecto a los particulares.

Este pensamiento ha influido en varios autores aunque le den diversos matices y facetas,<sup>13</sup> ya que sí constituye un principio que auxilia para la división del orden jurídico.

5. *Las ramas del orden jurídico a fines del siglo pasado.* Con las ideas anteriores vamos a tratar de presentar cómo estaban estructuradas las ramas del orden jurídico en lo que podríamos denominar una tesis clásica: el Derecho dividido en público y privado.

El derecho privado subdividido a su vez en: a) derecho civil y b) derecho mercantil.

El derecho público subdividido en: a) derecho constitucional, b) derecho administrativo, c) derecho penal, d) derecho procesal y e) derecho internacional,

<sup>12</sup> Jellinek, Jorge, obra citada, p. 314.

<sup>13</sup> "Por eso, mientras que en el primer caso, o sea, en las relaciones de subordinación la condición de la obligación establecida en las normas es producto de una voluntad extraña al obligado, en el segundo supuesto el hecho condicionante de la obligación se establece por la voluntad de los particulares que participan en el negocio jurídico. No importa que unas incidan en la esfera de las otras, ya que en toda norma jurídica participan, en cierto grado, los principios de subordinación y de coordinación. Sólo lo que interesa poner de manifiesto es que unas y otras responden a distintos procesos técnicos. Por eso hoy día ya no tiene ningún sentido metajurídico, como veíamos que sucedió en el Renacimiento con Maquivelio, la distinción del Derecho en privado y público. El Derecho público actualmente no tiene un mayor valor que el Derecho privado. Por consiguiente, actualmente no es admisible la consagración de una esfera al arbitrio estatal" en Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, obra citada, pp. 646-647.

y este último subdividido en: i) derecho internacional público y ii) derecho internacional privado.

Podemos afirmar que ésta fue una división bastante generalizada del orden jurídico.

Todos los intentos para tratar de separar nítidamente dónde acababa el derecho privado y dónde comenzaba el público, fracasaron; y podemos asentar que así tenía que ser, pues de acuerdo con las tesis romana y de Jellinek ésta es una clasificación flexible, no son dos campos separados e incomunicados, sino forman una unidad y tienen la misma esencia y el mismo sustento.

6. *La negación de la división del orden jurídico.* Algunos autores niegan que el orden jurídico se pueda dividir; y entre éstos, hemos escogido el pensamiento de Kelsen, quien al respecto no ha sostenido un criterio uniforme.

Para el célebre autor de la escuela de Viena la distinción responde a la irrupción de la política en el derecho.

“La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ellos que los *actos públicos* del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.”

Así, la Teoría pura del derecho ve un acto del estado tanto en un contrato como en la decisión de un juez, ya que ambos son “actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistématico, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél”.<sup>14</sup>

Esta distinción entre derecho público y privado responde a una noción ideológica, ya que en el derecho privado se haría una aplicación estricta de la ley al caso particular, pero en el campo, la aplicación puede ser aun en contra de la ley si las circunstancias así lo pidieren.

En esta forma, la división del orden jurídico, este dualismo, no tienen ningún valor científico sino sólo ideológico.

Al afirmarse que el derecho público es superior al privado, lo que se quiere hacer es destruir la idea de que las autoridades administrativas sólo son ejecutoras de las leyes, con lo que se logra hacerlas creadoras autócratas del Derecho e independientes de la legislación democrática que es la que realizan los representantes elegidos por el pueblo.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, 1960, p. 182.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Estado*, México, 1965, p. 117.

Nosotros creemos que Kelsen equivocó el problema porque hay que recordar que ya Jellinek aclaró que derecho público no es sinónimo de arbitrariedad sino que se encuadra dentro de los límites del derecho, y además tenemos que admitir que no podemos tratar en la misma forma una relación jurídica donde intervenga el estado a una en donde se abstenga de hacerlo.

Además, la división no es un principio dogmático ni *a priori*, sino una pauta para tratar situaciones diferentes en forma distinta.

7. *El comienzo de la superación de la concepción bipartita. Radbruch.* El distinguido profesor de la Universidad de Heidelberg afirmó que la superación del feudalismo aconteció al mismo tiempo que se palpó, que se hizo clara, la distinción entre el derecho público y el privado. Y que el comienzo de una nueva época —la del derecho social— se caracteriza por las limitaciones que el derecho público ha venido imponiendo al privado, especialmente a la propiedad y a la libertad contractual.<sup>16</sup>

Para Radbruch la distinción entre derecho público y privado es de carácter *a priori* —con lo que no estamos de acuerdo— y está aún vigente, aunque la división no sea nítida, ya que surgen nuevas ramas jurídicas como el derecho del trabajo y el derecho económico, que no pueden encuadrarse ni en el derecho privado ni en el público, sino que más bien forman una mezcla de normas de la famosa división del orden jurídico.

Y así nace toda una nueva zona que es el derecho social, que es producto de una nueva concepción del hombre y del derecho, de ese hombre sujeto a las relaciones sociales, del hombre contemplado ya no como una mónada, como un ser individual, sino como un ente que forma parte de un grupo social.

“El Derecho social no conoce simplemente personas; conoce patronos y trabajadores, obreros y empleados; el Derecho penal socialmente orientado no conoce solamente delincuentes: conoce delincuentes de ocasión y habituales, corregibles e incorregibles, plenamente responsables y parcialmente responsables nada más, delincuentes juveniles y delincuentes adultos... Es la formación de estos tipos lo que hace que se destaque la posición social de poder o de impotencia de los individuos... La idea central en que el Derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen.”<sup>17</sup>

Así, la clásica división del orden jurídico en público y privado se quebró, se rompió, para dar lugar, para dar paso, a una nueva concepción: la división tripartita del derecho en: público, privado y social.

El problema de la división del orden jurídico se puede contemplar de acuerdo con el método dialéctico: la tesis, la división bipartita; la antítesis, la negación de la división del orden jurídico; la síntesis, el derecho se divide en tres campos: el público, el privado y el social.

<sup>16</sup> Radbruch, Gustavo. *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, p. 168.

<sup>17</sup> Radbruch, Gustavo. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1965, pp. 161-162.

Estaba naciendo el derecho del siglo XX, el derecho de las reivindicaciones para los grandes grupos que tradicionalmente han sido explotados.

8. *Las ideas de Gurvitch.* Pasamos ahora a exponer una teoría sobre el derecho social que ha tenido gran importancia, aunque su naturaleza es de índole sociológica.

Para Gurvitch el derecho social nace espontáneamente en las agrupaciones humanas y no es derecho de coordinación (privado) ni de subordinación (público), sino de *integración o de inordinación*, “porque su finalidad consiste en lograr la unión de los integrantes de todo agrupamiento social mediante un acuerdo de voluntades que crea sin necesidad de organización alguna y sin coacción incondicionada, un poder social que obra sobre los individuos; pero no como exterior a ellos, sino como fuerza interna creada por ellos mismos”.

Para Gurvitch el objeto del derecho de integración tiene la sustancia exclusiva de su reglamentación en la vida interior del grupo, porque la eficacia del derecho social no pasa más allá de los límites del grupo que él forma, o mejor dicho, *integra*.

El derecho social tiene varias especies, a saber:

- i) objetivo y subjetivo,
- ii) puro e independiente,
- iii) puro, pero sometido a la tutela del derecho estatal,
- iv) anexado por el estado, pero autónomo, y
- v) condensado en el orden del Derecho del Estado democrático.

i) Hablar de derecho social objetivo y subjetivo es traer estos conceptos generales y fundamentales del derecho al campo específico del derecho social.

ii) El derecho social puro lo es porque “no tiene a su disposición medios de coacción incondicionada” y es independiente porque “en caso de conflicto no está sometido a las órdenes del Derecho del Estado, sino que, por el contrario, prevalece sobre ellos”. Como ejemplos apunta al derecho internacional y al derecho eclesiástico.

iii) El derecho social puro pero sometido a la tutela del derecho estatal, es aquél en que el estado legisla sobre asuntos de derecho social para evitar abusos, como es el caso del derecho familiar.

iv) Derecho social anexado por el estado, pero autónomo, es el que nace dentro de los grupos, pero por la importancia de los fines que persiguen esos grupos, ese derecho se vuelve obligatorio por mandamiento del estado; un ejemplo es el derecho de las instituciones descentralizadas.

v) Derecho social condensado en el orden del derecho del estado democrático es el derecho constitucional de un estado democrático.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Citado por Mendieta y Núñez, Lucio. *El Derecho Social*, México, 1953, pp. 18, 29-33.

La tesis de Gurvitch es de carácter sociológico y no jurídico y su concepto es tan extenso que realmente casi todo quedaría encuadrado dentro del derecho social, siempre que los miembros del grupo estén en un plano igualitario de colaboración y su finalidad sea lograr la unión entre ellos.

9. *Una concepción tripartita excluyendo al derecho social.* Pero no todas las concepciones que rompen con la clásica división del orden jurídico implican el derecho social. Así, Roubier acepta que existen algunas ramas jurídicas que no es posible colocarlas ni en el derecho público ni en el privado. Él prefiere denominar a esta nueva zona de lo jurídico: derecho mixto.

El derecho mixto se subdivide en derecho mixto concreto o profesional y en derecho mixto abstracto o regulador.

En el derecho mixto profesional se encuentra una serie de normas e instituciones que a la vez son públicas y privadas y que sería fácil separarlas, pero en su unidad se encuentra el derecho de una profesión.

El derecho mixto regulador comprende toda una serie de reglas relativas a la sanción, a la realización o a la aplicación de las otras ramas del orden jurídico, y se aplica tanto a las reglas del derecho público como del privado.

El derecho mixto profesional comprende las siguientes ramas:

i) El derecho comercial: que no sólo está integrado por normas de derecho privado, sino por instituciones públicas, comerciales, judiciales y administrativas (por ejemplo, las cámaras y bolsas de comercio).

A su vez, dentro del derecho comercial se encuentra el derecho marítimo, el derecho artesanal, el derecho de la propiedad industrial, literaria y artística.

ii) El derecho obrero: comprende un número más importante de normas de derecho público que el comercial, pero también tiene un buen número de reglas de derecho privado. Declara Roubier —su libro lo escribió en 1947— que el derecho sindical es una figura indecisa.

iii) El derecho agrario: sus normas inicialmente se encontraban en el derecho civil, pero ahora se caracteriza por la explotación agrícola y dentro de su ámbito se halla el derecho forestal.

El derecho mixto abstracto o regulador, a su vez, se subdivide en:

i) Derecho penal: hay un derecho penal público para los crímenes contra el estado y el interés general, un derecho penal privado para los delitos contra los particulares, un derecho penal comercial, un derecho penal obrero, etc.

ii) Derecho procesal: que es la manera como se van a hacer efectivos los derechos y en que las facultades entran en movimiento para la realización obrero, etcétera.

iii) Los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio: que dan nacimiento al derecho internacional privado con la finalidad de resolverlos.<sup>19</sup>

El pensamiento de Roubier ha sido criticado, afirmándose que no existen normas mixtas, ya que éstas necesariamente pertenecen ya sea al derecho público o al privado.<sup>20</sup>

10. *Diversas opiniones sobre el derecho social.* Precisemos ahora qué es el derecho social y cuáles son sus principales características.

En primer lugar, hay que asentar que la denominación derecho social ha sido muy criticada, aduciéndose que todo derecho es social porque se da en la sociedad; sin embargo, con esta expresión, tal y como expresa Fix-Zamudio, se "quiere significar una nueva dimensión jurídica, más humana, más justa, que penetra profundamente en la entraña misma de la naturaleza del hombre y abandona los esquemas abstractos y formalistas del derecho individualista y liberal".<sup>21</sup>

García Ramírez afirma que la expresión en cuestión ha tomado *carta definitiva de ciudadanía en el panorama de nuestra disciplina*, aunque esta locución sigue siendo equívoca.<sup>22</sup>

Es cierto que, desde el punto de vista gramatical, hablar de derecho social para resaltar una parte o sección del derecho es equivocado, pero también es cierto que dicha expresión ha perdido su significado gramatical y hoy en día posee una connotación técnico-jurídica que poco o nada tiene que ver con su sentido gramatical.

Ahora, debemos tratar de precisar que dos cosas diferentes son el derecho social y la socialización del derecho.

El derecho social es todo un sector del derecho que tiene características propias que nos permiten expresar una división tripartita del orden jurídico: en público, privado y social.

En cambio, la socialización del derecho es el fenómeno por medio del cual se atempera el sentido individual en las ramas tradicionales del orden jurídico; en otras palabras, las instituciones son amoldadas a las concepciones de la existencia en que se rompe el concepto abstracto de hombre para situarlo en el medio social; o como bien dice Barroso, la socialización del derecho implica "la transformación de todo el derecho preexistente a la luz de una nueva axiología, que tiene como valor central la tutela de intereses colectivos".<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Roubier, Paul, obra citada, p. 304-316.

<sup>20</sup> Mouchet, Carlos, obra citada, p. 187.

<sup>21</sup> Fix Zamudio, Héctor. *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el Derecho Mexicano* en "Revista de la Facultad de Derecho de México", tomo XIII, número 52, México, 1963, p. 897.

<sup>22</sup> García Ramírez, Sergio. *El Derecho Social*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", tomo XV, número 59, México, 1965, p. 633.

<sup>23</sup> Barroso Figueira, José. *La Autonomía del Derecho de Familia*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", tomo XVII, número 68, México, 1967, p. 818.

Veamos algunas opiniones sobre qué es el derecho social:

a) *José Isidro Somaré* afirmó que la relación jurídica del derecho social se presenta en un aspecto doble: primero, como relación de coordinación, pero una vez vinculadas las partes la relación se convierte en subordinación. Por esto —escribió— la relación jurídica del derecho social es *inordinadora* o *integradora*.

Si alguna de las estipulaciones del contrato individual contradice las reglas asentadas en leyes o en convenios, las primeras serán nulas porque el contrato individual está subordinado a las segundas.<sup>24</sup>

Examina la objeción de por qué se denomina derecho social a una determinada rama del derecho, cuando este elemento es común a todo el orden jurídico. Para él la denominación es correcta, teniendo en cuenta los grupos sociales a los que *preferentemente* se aplica.

Mientras al derecho individual le importa el hombre en cuanto tal, al social le interesa el hombre concreto dentro del grupo social —la masa—, ese hombre que es sociable y que se mueve dentro de la solidaridad.<sup>25</sup>

b) *Sergio Alvarez Castro* define al derecho social como la rama del orden jurídico que está constituida por la “doctrina que orienta y el conjunto de normas que regula la realización de la justicia social, tomando en consideración todos y cada uno de los sectores de una sociedad dada”.<sup>26</sup>

c) *Francisco González Díaz Lombardo* afirma que el derecho social “no conoce individuos, personas particularmente consideradas, sino grupos: patrones y trabajadores, obreros y empleados, campesinos, jóvenes o adultos, necesitados, ancianos y enfermos. Es un *Derecho igualador* de las naturales desigualdades y *nivelador de las desproporciones* que existen entre las personas, dejando la igualdad de ser un punto de partida del derecho para convertirse en meta o aspiración del Orden Jurídico. Casi siempre, detrás de cada relación jurídica privada asoma en el Derecho Social un interesado: *la colectividad*”.<sup>27</sup>

Este autor también señala que lo típico del derecho social es la relación de *integración*, con el objeto de diferenciar al derecho social de las relaciones de coordinación y subordinación propias del derecho privado y del público.

El derecho social no sólo quiere proteger al campesino y al trabajador dentro del ámbito de sus labores, sino además como un ser que tiene *una familia o dependientes económicos*, y el derecho social no supone una lucha destructiva, sino más bien *constructiva, integradora y dinámica*.

<sup>24</sup> Somaré, José Isidro. *El Derecho Social: su naturaleza, denominación y contenido*, en “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, de la Universidad Nacional de Córdoba, Año XIII, número 3-4, Córdoba, 1949, pp. 983-984.

<sup>25</sup> Somaré, José Isidro, obra citada, p. 999.

<sup>26</sup> Alvarez Castro, Sergio. *El Derecho Social*, en “Revista del ITAT”, número 18-19, México, 1963, p. 38.

<sup>27</sup> González Díaz Lombardo, Francisco. *Contenido y ramas del Derecho Social*, en “X Aniversario”, Generación de Abogados 1948-1953, Universidad de Guadalajara, México, 1963, p. 61.

Define al derecho social como una “ordenación de la sociedad en función de una integración dinámica, teleológicamente dirigida a la obtención del mayor bienestar social, de las personas y de los pueblos mediante la Justicia Social”.<sup>28</sup>

d) *Lucio Mendieta y Núñez* circunscribe al derecho social como “el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de individuos, grupos y sectores de la sociedad económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”.<sup>29</sup>

Asienta este distinguido autor que los juristas engloban dentro del derecho social al derecho: del trabajo, agrario, de seguridad social, económico, etcétera. Y se pregunta cómo es que estas materias tan diversas se pueden agrupar dentro de un solo concepto que es el derecho social.

Contesta que dentro de los textos legales citados hay un denominador común, ya que todos ellos:

- i) Se refieren a los hombres en cuanto forman parte de un grupo o de un sector bien definido,
- ii) Tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que protegen,
- iii) Regulan en forma principal intereses materiales, por esto son de índole económica, y
- iv) Tratan de limar las asperezas que surgen de los diferentes intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica.<sup>30</sup>

e) *Alberto Trueba Urbina* afirma que las características del derecho social se derivan de los factores que determinaron su nacimiento y su meta primordial, a saber: i) es *reivindicatorio* para aquellos cuyo único patrimonio es su trabajo y por esto está más cerca de la vida y de la realidad que el derecho público y el privado, ii) lucha por elevar el nivel de vida de los que laboran, y iii) pugna por la transformación de la sociedad burguesa hacia una estructura social más justa y más humana.<sup>31</sup>

f) *Criterio personal.* La base del derecho social son las necesidades de grandes grupos que componen la sociedad principalmente aquellos que tradicionalmente han sido explotados.

El derecho social tiene por finalidad que esos grupos y, en general, las personas que viven de su trabajo, conduzcan una vida sin privaciones materiales y con dignidad; es decir, una vida humana.

<sup>28</sup> González Díaz Lombardo, Francisco, obra citada, p. 63.

<sup>29</sup> Mendieta y Núñez, Lucio. *El Derecho Social*, en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año XV, número 1, Lima, 1951, p. 89.

<sup>30</sup> Mendieta y Núñez, Lucio, obra citada, pp. 87-88.

<sup>31</sup> Trueba Urbina, Alberto. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal del Trabajo*, México, 1965, p. 26.

El derecho social es el signo específico de toda una época, es la lucha por acabar con los sistemas jurídicos-políticos injustos que se basan en la explotación del hombre.

El campo del derecho social se va extendiendo para proteger a todo aquel que vive de su trabajo, sin importar si ese trabajo lo realiza en forma subordinada o no.

Ahora bien, debemos preguntarnos cuál es la característica del derecho social. Hemos visto que los autores tratan de precisar el derecho social a través de la relación de integración en contraposición a la de coordinación del derecho privado y de subordinación del público.

Sin embargo, pensamos que no se ha determinado qué se entiende por la integración de una persona a un grupo ni por qué ésta es el *quid* del nuevo derecho.

Nosotros creemos que, en el derecho social, más que de una relación de integración se debe hablar de *relación de protección*, ya que la finalidad última del derecho social es *proteger* a quien por su situación en la comunidad no se encuentra en un plano de igualdad real respecto a la parte contraria o a otros sujetos jurídicos, sino todo lo contrario, precisamente por su debilidad se le protege jurídicamente.

Pero el derecho social ha avanzado, ya no sólo persigue proteger al trabajador y al campesino en cuanto forman parte de grupos generalmente explotados, sino que se extiende a *proteger* a toda aquella persona que labora y otorga a la sociedad una labor útil; se quiere proteger a la persona contra los azares de la existencia: enfermedades, accidentes, pérdidas del trabajo, y que al llegar a la vejez tenga asegurado el nivel de vida a que está acostumbrado.

El derecho social, en esta forma, persigue no sólo lograr un nivel de vida decoroso para los grupos débiles sino asegurarles, así como a todo trabajador, tranquilidad ante el futuro.

Pero, en algunos países, el derecho social aún ha ido un paso adelante e incluye el proporcionar a todo niño o persona una educación apropiada para que pueda desempeñar una labor socialmente útil que le otorgue los medios suficientes y decorosos para subsistir. Además, también podemos hablar de un derecho social a la cultura para poder enriquecer la vida humana. Aquí se incluirán los derechos a la adquisición de publicaciones y espectáculos culturales baratos, como un complemento del derecho a la educación.

Luego, el derecho social implica una relación de *protección*.

II. *Una hipótesis de trabajo sobre una posible división del orden jurídico.* Partimos del supuesto que el orden jurídico se divide en tres grandes zonas: el público, el privado y el social.

El público es aquel que regula la organización del estado y de los organismos titulares de poder público y los vínculos en que intervienen con ese carácter; es decir, en relaciones de subordinación.

El privado es aquel que regula las relaciones entre los particulares o entre éstos y el estado y los organismos públicos en sus relaciones de igualdad; es decir, de coordinación.

El derecho social es aquel que regula y protege las relaciones de los individuos con la finalidad de asegurarles un nivel digno de vida.

Desde luego estamos situados dentro de la idea romana de que la división del orden jurídico no es rígida sino flexible y que, a veces, es muy difícil decir dónde acaba uno y dónde comienza el otro sector del orden jurídico.

Antes de proponer una posible división, hay que tener en cuenta que su carácter es relativo y quizás no muy preciso, pues, como afirmó D'Ors, hay instituciones que pueden ser contempladas desde esos dos ángulos visuales,<sup>32</sup> y desde luego existen casos de duda, donde únicamente a través de un criterio de preponderancia se puede decidir.

El derecho privado se subdivide en: 1) derecho civil y 2) derecho mercantil.

El derecho social se subdivide a su vez en:

1) derecho de trabajo, 2) derecho agrario, 3) derecho económico, 4) derecho de la seguridad social y 5) derecho procesal social.<sup>33</sup>

En nuestra opinión, en las cuatro primeras ramas que enunciamos del derecho social es clara la intención de *protección* que persiguen; e incluimos al procesal social porque al ser el instrumento para lograr esos derechos, se impregna de ese sentido social, aunque sus instituciones coincidan con las otras ramas del derecho procesal.

El derecho público se divide a su vez en:

1) Derecho constitucional, 2) derecho administrativo, 3) derecho municipal, 4) derecho internacional público, 5) derecho fiscal, 6) derecho bancario, 7) derecho aéreo, 8) derecho marítimo, 9) derecho internacional privado, 10) derecho familiar, 11) derecho penal y 12) derecho procesal.

Es necesario hacer algunas aclaraciones. Las ramas del derecho se han multiplicado de acuerdo con las necesidades actuales; así, hoy oímos hablar con la mayor naturalidad de derecho cósmico o de derecho nuclear, pero aún pensamos que se encuentran dentro del derecho internacional público, aunque tal vez pronto puedan lograr su autonomía.

Algunas ramas se han vuelto autónomas, como el derecho fiscal, que antes se encuadraba en el administrativo, el bancario en el mercantil, el familiar en el civil, etcétera.

<sup>32</sup> D'Ors, Alvaro, obra citada, pp. 41-42.

<sup>33</sup> Para Héctor Fix-Zamudio, obra citada, p. 899, el derecho social se manifiesta "con mayor intensidad en tres sectores claramente determinados: *el derecho del trabajo, el nuevo derecho agrario y el derecho de la seguridad social, o asistencial*". Para Barroso Figueroa, José, obra citada, p. 813, el derecho social tiene las siguientes ramas: el derecho laboral, el derecho agrario, el derecho de la seguridad social, y, con ciertas reservas, el derecho burocrático.

Sin embargo, hemos sido moderados y no hemos hablado de derecho minero, forestal, etcétera, ya que en nuestra opinión aún pertenecen al derecho administrativo. Así, tampoco nos hemos referido al derecho sindical, al derecho de huelga, por considerarlos dentro del derecho del trabajo.

Si nos detenemos a contemplar las ramas que componen el derecho público, vemos que las cuatro primeras que enunciamos se refieren al estado, a su estructura, a sus principales manifestaciones y relaciones con otros estados; que las dos siguientes ramas se refieren principalmente a relaciones de tipo monetario; que las dos subsiguientes se refieren a problemas de comunicación; el derecho internacional privado a los conflictos de leyes en el ámbito personal, territorial y temporal; el derecho familiar al núcleo fundamental de la sociedad, y las dos últimas son instrumentales en el sentido de que tienen por objeto asegurar el cumplimiento del propio derecho, ya sea como coacción o como instrumento para poner en ejercicio el derecho material.<sup>34</sup>

Al hablar del derecho constitucional como parte del derecho público nos estamos refiriendo a él como rama, ya que no desconocemos que el derecho constitucional es todo el orden jurídico, porque es su base y sustento. El derecho constitucional es la columna sobre la cual se edifican y construyen todas las ramas jurídicas, ya que el derecho constitucional les señala sus principios básicos y vitales sobre los cuales deben extenderse.

Pero bien, si el derecho constitucional puede identificarse con el orden jurídico, con la totalidad a la cual crea también es una rama específica que se va a ocupar de la estructura del estado; la creación, organización y atribución de competencia a los órganos del gobierno, así como las limitaciones a la actividad de los mismos.

En esta forma, el derecho constitucional es el todo, pero también es una de las partes de ese todo, que es el orden jurídico, y como tal, una de sus ramas.

No desconocemos que tratar de estructurar una división del orden jurídico en el momento actual es bastante aventurada ya que éste se encuentra en evolución y aún las ramas del Derecho no han encontrado su completo acomodo dentro de uno de los tres sectores señalados ni algunas ramas han logrado su completa autonomía.

<sup>34</sup> Interesante es la opinión de Barroso Figueroa, José, obra citada, pp. 838-839 en la que sostiene que: "En otros países, como el nuestro, el actual derecho de familia permanece aún integrado al civil. Tal y como se nos presenta, es resultado de la socialización que ha sufrido, en general, la ciencia jurídica. Debido a la naturaleza de las relaciones que rigen y al impostergable interés que el Estado tiene comprometido en el desarrollo del cuerpo familiar, el derecho de familia ha sido uno de los campos más fuertemente permeados por el fenómeno socializador... Previsiblemente en un futuro no muy lejano, el derecho de familia alcanzará en nuestro medio su plena autonomía al dar cumplimiento a todos los factores que este proceso ha menester; entonces abandonará el derecho privado para convertirse en una rama del derecho social."

Además, la división del orden jurídico no tiene carácter universal sino que cambia según tiempo y lugar; es decir, según los diversos países y las diferentes épocas.

Y estos cambios no son caprichosos, sino que obedecen a necesidades y circunstancias de esos lugares y tiempos.

Así, probable es que cualquier hipótesis de trabajo que al respecto se pueda presentar, resulte un poco o mucho obsoleta dentro de pocos años.

Jorge CARPIZO