



PERSPECTIVAS FILOSOFICO HISTORICAS DEL DERECHO PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Aunque la distinción de las perspectivas jusprivatistas y juspublicistas ha motivado numerosas polémicas, que abarcan posiciones afirmativas y negativas de la diferenciación, creemos que se revelan en ésta dos tendencias que, en diversos grados, están constantemente presentes en todo fenómeno jurídico (1). Pese a que el grado de diferenciación entre Derecho Privado y Derecho Público y la tensión entre ambos varían según las épocas y los lugares, opinamos que Radbruch tenía cierta razón cuando llegó a afirmar que se trata de conceptos jurídicos a priori, en el sentido "que con relación a todo precepto jurídico singular puede preguntarse con plenitud de sentido exigiendo respuesta, si este precepto pertenece al derecho público o al privado" (2). Diríamos, a nuestro parecer: si en este precepto -mejor, en esta adjudicación- prevalece el "sentido" del Derecho Público o el "sentido" del Derecho Privado (3).

2. No es inexplicable que la distinción del Derecho Privado y el Derecho Público tuvo su primer gran criterio de diferenciación (en cierta "complejidad impura"-4-) en la cultura jurídica romana (5). Pocas veces como en Roma se advierte una tensión tan grande entre el desarrollo

magnífico del Derecho Privado y la regresión del Derecho Público. Justiniano brindó una obra magnífica de "codificación" del Derecho Privado en el marco del frecuente sacrificio de la justicia en aras de un absolutismo publicista de estilo oriental. La superficialidad relativa de la cultura romana se manifiesta en el ajuste de individualidades del Derecho Privado, que también es en general menos "comprometedor" y más superficial, y en la creciente dictadura del Derecho Público. El mundo cultural romano, que no tenía profundos criterios de pertenencia a la comunidad, se valió del Derecho Privado y de un Derecho Público crecientemente autoritario para ajustar "partes" que en sí mismas tenían poca relación (6). Por eso, allí se ve con claridad la tensión entre las áreas de predominio de las dos perspectivas jurídicas que, cuando hay una integración profunda, resultan menos diversas.

Hay circunstancias en las cuales, por defección del marco conceptual del Derecho Público, los contenidos de éste son expresados en términos de Derecho Privado. Así ha sucedido, por ejemplo, en el feudalismo, apoyado en un régimen contractual entre señores y vasallos. Hay países, como Argentina, donde -quizás reflejando cierta falta de cohesión profunda- la organización fundamental se apoya en el Derecho Privado, de modo que la Constitución material se debe en los hechos más al Código Civil, aplicado durante muchas décadas sin mayores tropiezos, que a la Constitución formal, cuyo funcionamiento fue afectado por tan significativos traspiés. De aquí la gravedad de las circunstancias como la que vive nuestro país actualmente, ya que a través de la crisis económica peligró el funcionamiento del "criptoconstitucional" Derecho Privado (7). Por otra parte, hay casos, como el que aconteció con la

recepción del Derecho Romano justinianeo en muchas regiones de Europa, en los cuales el Derecho Privado es impulsado para aflojar los lazos de pertenencia a la comunidad.

La tensión entre Derecho Privado y Derecho Público es mayor en la "subfamilia" jurídica continental que en la del "common law", donde la distinción suele ser desconocida (8). No es por azar que los más grandes momentos del Derecho Privado continental se han vivido, bajo Justiniano, Napoleón y en la Alemania de espíritu bismarkiano de Guillermo II, en climas publicistas autoritarios. En cambio, el Derecho Público inglés se desenvuelve en términos de mayor individualidad y participación, afines al Derecho Privado, quizás porque en el fondo hay un más estabilizado sentido de pertenencia a la comunidad.

3. Pese a que la historia y la biografía están profundamente interrelacionadas (9), el Derecho Privado posee más predominio de lo biográfico y el Derecho Público tiene más sentido histórico, en relación directa con la mayor atención que se brinda en el Derecho Privado a los repartos y la mayor intervención que poseen en el Derecho Público las influencias humanas difusas. Aunque repartos e influencias humanas difusas están estrechamente vinculados, como el Derecho Privado y el Derecho Público, es claro que en el Derecho Privado los papeles de repartidores e incluso de recipiendarios están más determinados que en el Derecho Público. El Derecho Privado exige -sobre todo en su manifestación tradicional- una determinación mucho mayor de quiénes son repartidores y quiénes son recipiendarios: nadie celebraría un contrato con las proyecciones indeterminadas con que participa de una elec

ción gubernamental. Es más: el voto secreto es una muestra de que en el Derecho Público se promueven con relativa intensidad las influencias humanas difusas, en tanto en el Derecho Privado la "masificación" es algo que cuanto más se acepta y frecuentemente se trata de reencauzar (10).

4. En estrecha relación con su vinculación profunda con la justicia referida a los particulares, el Derecho Privado brinda más juego al valor utilidad y a la economía, pudiendo señalarse, en cambio, que el Derecho Público se abre más a los significados de otros valores, como la santidad, el amor, etc. Cuando el Derecho Público se vincula con la economía, lo hace frecuentemente para "reencauzarla" con referencia a otros valores. Puede decirse, de cierto modo, que el Derecho Privado se relaciona más con la "sociedad civil" y con la "infraestructura", en tanto el Derecho Público se vincula más con el Estado y la "superestructura". Así como sociedad civil y Estado e infraestructura y superestructura están interrelacionados pero son diferenciables, lo propio sucede con el Derecho Privado y el Derecho Público. Por el juego que tienen en él la utilidad y la economía, el Derecho Privado posee caracteres más dinámicos que el Derecho Público.

Al desenvolverse con más apego a la ejemplaridad, con menos planificación gubernamental, menos referencia "ideológica" e incluso menos proyecciones utópicas, el Derecho Privado tiene una marcha temporal y espacialmente menos accidentada, pudiendo superar más fácilmente los distintos períodos y las diferentes regiones. No es por azar que el Derecho Privado romano pudo utilizarse y reelabo



rarse más ordenadamente durante tantos siglos, ^{signados} en cambio, por grandes revoluciones y profundos enfrentamientos territoriales en el ámbito del Derecho Público (encaminados a veces, sin embargo, a influir en el marco del Derecho Privado) (11). Sin desconocer sus influencias recíprocas, es impresionante la "continuidad" del Derecho Privado frente a la "discontinuidad" del Derecho Público.

Hoy, sin embargo, asistimos a una época de relativa integración de lo público y lo privado y, sobre todo, de privatización profunda del Derecho. El desarrollo de la economía capitalista ha entronizado la utilidad y la individualidad, y el estilo de relativa "publicización" que suele impulsarse mediante soluciones como el seguro social, la protección del consumidor, etc. nos parece una mera yuxtaposición de individualidades de carácter privatista, donde las "pertenencias" y el "afecto" publicistas han desaparecido. Durante el siglo XIX, se desarrollaron el espíritu más individualista y privatista del Código Civil francés y el espíritu más comunitario ("popular") y publicista del Derecho alemán; pero en general cabe meditar si la burguesía no comenzó "hipotecando" el Derecho Público mediante el liberalismo y llegó, en nuestros días, a "disolverlo" en un sentido de relativa particularidad, consecuentemente "privatista", mediante la social-democracia. Si bien la social-democracia se piensa en términos de solidaridad, es difícil comprenderla con alcances de lealtad profunda y sacrificio por los demás, como lo exige el Derecho Público.

5. Si, como lo señalaba Carlos Cossio, la Filosofía del Derecho debe ser Filosofía de la Ciencia del Derecho (12), no cabe duda que en nuestro tiempo filosofar sobre el Dereo

cho Privado, captando muchas veces casi como un compar
timiento científico aislado, es especialmente legítimo
(13), sea -según corresponda- para descubrir la perspec
tiva jurídica diferente contenida en él o para eviden
ciar que se trata de un enfoque de la vida jurídica ple
na, en su "complejidad pura" (14).

- (*) Ideas básicas de debate en una clase del curso de postgrado "Filosofía del Derecho Privado" que el au
tor dicta en la Facultad de Derecho de la U.N.R.
- (**) Investigador del CONICET.
- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho Públi
co y Derecho Privado", en "La Ley", 1979-D, págs.956
y ss.; "Filosofía del Derecho Privado", en este mis
mo número de "Investigación y Docencia"; GOLDSCHMIDT,
Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed.,
5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 326 y ss.
- (2) RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho", Revista
de Derecho Privado, 3a.ed., Madrid, 1952, págs. 163/4.
- (3) A nuestro parecer, la distinción resulta especialmen
te clara cuando se reconocen las tres dimensiones ju
rídicas, con sus diversas perspectivas de diferencia
ción y, en especial, cuando se advierten los sentidos
superiores del Derecho al hilo de la dimensión dikeló
gica. Creemos que, en última instancia, importa consi
derar que se trata de dos clases de justicia.
- (4) V. acerca de las nociones de complejidad impura, sim
plicidad pura y complejidad pura, por ej. GOLDSCHMIDT,
op.cit., pág. XVII.

- (5) V. en relación con el tema la opinión de Ulpiano en el libro primero de las instituciones, "Esta ciencia abraza dos partes: una es el Derecho Público, otra el Derecho Privado. El público es el que tiene por objeto el gobierno de la República Romana. Privado es el que pertenece al provecho de cada individuo en particular; porque hay algunas cosas útiles al común, y otras a los particulares. El derecho público comprende las cosas sagradas, y los encargos de sacerdotes y magistrados. El privado es de tres maneras, por estar compuesto de preceptos naturales, ó de gentes, ó civiles." ("El Digesto del Emperador Justiniano", trad. Lic. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, nueva edición, t.I, Madrid, Ramón Vicente, 1872, L.I, T.I, párr.2, pág. 31).
- (6) V. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Lecciones sobre la filosofía de la historia universal", trad. José Gaos, 2a. ed. en Alianza Universidad, Madrid, 1982, págs. 519 y ss.; acerca de la historia del Derecho occidental, puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.
- (7) Respecto de la división de la conciencia jurídica argentina, puede c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.. El sector comunitarista de la cultura argentina, vinculado a la tradición hispánica más antigua y a su refuerzo inmigratorio europeo meridional, es más afín al sentido del Derecho Público; en cambio, el sector más indi-

vidualista, "anglofrancesado", posee, en general, más simpatía por el Derecho Privado. Al respecto, cabe recordar las enseñanzas de Gustavo Radbruch en el sentido que para el punto de vista supraindividualista-conservador y para la concepción individualista-social corresponde -por diversos motivos- preferencia al Derecho Público y, en cambio, para el liberalismo es el Derecho Privado el corazón de todo el Derecho (v. RADBRUCH, op.cit., págs. 165/6).

- (8) Según René David, la dualidad Derecho Público-Derecho Privado puede ser considerada como característica de la subfamilia "romano-germánica" ("continental") (v. DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", 3a. ed., Dalloz, 1969, pág. 87, también v. pág. 341; asimismo c., por ej., "Tratado de Derecho Civil comparado", trad. Javier Osset, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953; también v. LEHR, Ernest, "Elements de droit civil anglais", 2a. ed. (con la colaboración de Jacques Dumas), Paris, Sirey, t.I, 1906, págs. V y ss. y 1 y ss.; MENDES-FRANCE, Joan-BOURROUILHOU, Hélène, Paris, Dalloz, 1978, págs. 34 y ss.; "Archives de Philosophie du Droit", t. XV - "Philosophies du Droit anglaises et américaines et divers essais"-).
- (9) Es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 10, págs. 27 y ss.
- (10) No es sin razón que el Derecho Privado es divisible en "partes" relativamente "recortadas", que pueden

ser imitadas en otros países, como sucede en el De
recho Internacional Privado.

- (11) V. CAVANNA, Adriano, "Storia del diritto moderno in Europa", 1, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 21 y ss.
- (12) V. por ej. COSSIO, "Radiografía de la teoría egológica del Derecho" (con una "Introducción a la Fenomenología Egológica" por Daniel E. HERRENDORF), Bs. As., Depalma, 1987, págs. 91 y ss.
- (13) Acerca de la tensión entre los planteos generales y especiales, cabe recordar, en cuanto al área sociológica, por ejemplo: GRASSERIE, Raoul de la, "Principios sociológicos del Derecho Civil", trad. Luis Pereira y Eleta, Madrid, Reus, 1908, págs. 1 y ss.; v. HUSSERL, Edmundo, "Investigaciones lógicas", trad. Manuel G. Morente y José Gaos, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, t. 2, 1967, págs. 21 y ss. (investigación 3a.).
- (14) V. asimismo, en relación con el tema, por ej. DUGUIT, León, "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon", Paris, Alcan, 1920; D'AGUANNO, José, "La génesis y la evolución del Derecho Civil", trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna.