

ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LAS NORMAS JURÍDICAS

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA *

SUMARIO: 1. Normas primarias y normas secundarias. Criterios históricos de distinción. 1.1. El criterio temporal o neutro: La concepción tradicional de la contraposición. 1.2. El criterio axiológico-funcional: La tesis innovadora de Rudolf von Ihering (1818-1892) en polémica con Karl Binding (1841-1920). La postura kelseniana. 1.3. La teoría conciliadora de H. L. A. Hart en "El concepto del Derecho". Clases de normas secundarias. 1.4. El criterio axiológico-jerárquico: La diferenciación en el Derecho constitucional. 2. Otros criterios de clasificación de las normas jurídicas. 2.1. Por la eficacia material. 2.1.1. Normas generales y normas individuales. 2.1.2. Normas abstractas y normas concretas. 2.1.3. Norma regular, norma excepcional —el privilegio— y norma especial. 2.1.4. Normas taxativas y normas dispositivas. 2.1.5. Normas completas y normas incompletas (aclaratorias —las definiciones legales—, restrictivas y remisivas —las ficciones legales—). 2.2. Por la eficacia en el tiempo: normas permanentes, normas temporales y normas transitorias. 2.3. Por la eficacia en el espacio: Normas universales, normas generales o comunes y normas particulares o locales. 2.4. Distinción entre las normas de Derecho público y las de Derecho privado. 2.4.1. La distinción desde el punto de vista de la relación jurídica. A) Por los sujetos: a) Por la naturaleza de los sujetos. b) Por la posición de los sujetos. B) Por el objeto. C) La tesis de Cicu. 2.4.2. La distinción desde el punto de vista de la norma jurídica. A) Por el carácter de Derecho necesario o Derecho dispositivo. B) Por la forma de protección. C) Por el rango de la norma jurídica. 2.4.3. Conclusión crítica.

1. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS. CRITERIOS HISTÓRICOS DE DISTINCIÓN

La distinción entre las normas jurídicas primarias y las normas jurídicas secundarias es a menudo empleada tanto en la Teoría General del Derecho, como

* Profesora titular de Filosofía del Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

en las disciplinas jurídicas particulares.¹ Ya Hart hablaba del ordenamiento jurídico como conjunto de normas primarias y secundarias. Pero el uso que de la distinción se hace es todo menos constante, variando de autor en autor y de disciplina en disciplina.

Como señala el filósofo del Derecho italiano Norberto Bobbio en su obra "Contribución a la Teoría del Derecho",² ya en el lenguaje común existen varios criterios para distinguir lo primario de lo secundario. Un primer elemento distintivo sería el cronológico o temporal. Según el mismo primario es lo que va primero en el tiempo y secundario lo que va después. Por ejemplo, la enseñanza primaria y la secundaria, la era primaria y la secundaria. Este criterio es axiológicamente neutro, pues se limita a constatar un dato empírico, la mayor o menor proximidad en el tiempo, la creación anterior o posterior en el tiempo. Un segundo punto de vista es el axiológico o valorativo, que ya no es neutro sino que se refiere a valores. Éste, a su vez, se subdivide en el criterio axiológico-funcional y el criterio axiológico-jerárquico. El primero es el que tiene en cuenta la mayor o menor importancia de la función desempeñada. Según él, primario será lo principal y secundario lo accesorio, marginal, subsidiario, accidental o auxiliar, por ejemplo carretera primaria y secundaria. Desde la perspectiva axiológico-jerárquica lo relevante es la posición de los términos dentro de un conjunto. Así lo primario sería lo superior y lo secundario lo inferior, lo que jerárquicamente está en un estado de subordinación o dependencia, por ejemplo en una obra de teatro, personajes de uno u otro tipo, primarios o secundarios.

Estos criterios no coinciden necesariamente. Así la enseñanza primaria va primero que la secundaria, pero funcionalmente es menos importante que ella. Asimismo, una carretera funcionalmente secundaria puede haber sido construida antes en el tiempo que la carretera principal y sea, por tanto, temporalmente primaria. Igualmente es muestra de esta disparidad, el aforismo jurídico según

¹ Sobre el tema, destacamos: / Giuliano Amato: "Rapporti fra norme primarie e secondarie (Aspetti problematici)", Milano, Giuffrè, 1962. / R. A. Armstrong: "Primary and Secondary Precepts in thomistic Natural Law Teaching", the Hague, Martinus Nijhoff, 1966. / Christopher Cherry: "Regulative rules and constitutive rules", en The Philosophical Quarterly, XXIII, 1973, págs. 301-315. / Giacomo Gavazzi: "Norme primarie e norme secondarie", Torino, Giappichelli, 1962. / Letizia Gianformaggio: "Norme primarie e norme secondarie", en Rivista di Diritto Processuale, XXIII, 1968, págs. 563-572. / Juan Ramón De Páramo: "H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984. / K. K. Lee: "Hart's primary and secondary rules", en Mind, LXXVII, 1968, págs. 561-564. / Antonio Anselmo Martino: "En torno a la norma fundamental", en la Ley, XXXIV, 1970, págs. 4-9. / Constantin M. Stamatis: "La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale", en Systeme (Le) Juridique, Archives de Philosophie du Droit, Tome 31, 1986, pp. 45-56.

² Seguimos a continuación a Norberto Bobbio: "Contribución a la Teoría del Derecho", pp. 317 y ss.

el cual “la ley posterior deroga a la anterior”, con independencia de la importancia funcional, de cuál sea principal y cuál accesoria.

1.1. *El criterio temporal o neutro: La concepción tradicional de la contraposición*

Trasladando estos criterios del campo del lenguaje común al campo jurídico obtenemos varias teorías en torno a la distinción entre las normas primarias y las secundarias. En primer término se encuentra la concepción tradicional o clásica, que sigue el punto temporal o neutro. Según ella reglas primarias serían las que regulan la conducta, son anteriores en cuanto al momento de promulgación y sus destinatarios son los ciudadanos. Por el contrario, normas secundarias serían aquellas cuyo contenido es una sanción para el caso de incumplimiento de una norma primaria, su formulación es, por tanto, obviamente, posterior a ella en el tiempo y sus destinatarios son los órganos del Poder Judicial, que son los que aplican la sanción.

1.2. *El criterio axiológico-funcional: La tesis innovadora*

Una segunda doctrina es la denominada teoría innovadora o revolucionaria de pensadores como Rudolf von Ihering —en polémica con Karl Binding—, Hans Kelsen o Alf Ross. La misma sigue el criterio axiológico-funcional de distinción. Parte de la idea de que el Derecho es fundamentalmente un ordenamiento coactivo, que impone sanciones en caso de incumplimiento de las conductas ordenadas, siendo la coercitividad su característica más importante. Si esto es así, las normas jurídicas principales, las primarias funcionalmente, serían las que establecen la sanción y no las de conducta, que podrían incluso llegar a suprimirse. Las reglas secundarias cronológicamente serían primarias funcionalmente y viceversa. Se invierte el orden de la clasificación respecto a la tesis tradicional.

1.3. *La teoría conciliadora de H. L. A. Hart en “El concepto del Derecho”. Clases de normas secundarias*

La distinción entre normas primarias y normas secundarias ha sido particularmente destacada por la Teoría del Derecho del filósofo anglosajón Hart, según el cual el ordenamiento jurídico se distingue de todos los demás sistemas normativos por ser el resultado de una combinación de ambos tipos de normas, de normas primarias y normas secundarias. Hart sigue en este punto una postura conciliadora entre las concepciones tradicional e innovadora, vistas. Para él lo secundario funcionalmente lo es también temporalmente y lo

primario funcionalmente, primario temporalmente. Esta solución es posible si se conciben las normas secundarias como aquellas que resuelven un defecto de las normas primarias de un ordenamiento primitivo o prejurídico. Respecto a su contenido, las normas secundarias se caracterizan por el hecho de que no crean obligaciones, como las reglas primarias, sino que otorgan poderes, con lo que Hart quiere decir que son supletorias e integradoras respecto de las normas primarias.

Las normas secundarias, así concebidas, podrían ser de tres tipos según el defecto de las normas primarias que corrijan: "normas de reconocimiento", cuando corrigen la falta de certeza de una norma primaria; "normas de cambio", cuando enmiendan la ausencia de dinamismo; y "normas de adjudicación", que son las que reparan su falta de efectividad. Un ejemplo de cada uno de estos tres supuestos normativos serían en el Derecho español, respectivamente, el artículo 1º del Código civil, que establece que son fuentes del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del mismo; el artículo 2º de dicho cuerpo legal, que dispone cuáles son los límites espacio-temporales de entrada en vigor de las leyes; y el artículo 3º del Código civil, que se refiere a los criterios de aplicación e interpretación. Se ve que las normas secundarias lo son tanto temporalmente, porque van necesariamente después de la norma cuyo defecto tratan de subsanar, como funcionalmente, pues son menos importantes que ellas.

No obstante, el criterio que no aparece coordinado en la teoría de Hart es el criterio jerárquico, porque en un sistema jurídico evolucionando las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación son habitualmente normas jerárquicamente superiores, son en base al criterio jerárquico primarias. Lo que ocurre es que tal objeción es menos relevante, al estar el criterio jerárquico poco consolidado en el mundo del Derecho, en el cual dos normas en relación jerárquica entre sí se llaman respectivamente superior e inferior más que primaria y secundaria.

1.4. *El criterio axiológico-jerárquico: La diferenciación en el Derecho constitucional*

Además de las doctrinas de distinción de las normas primarias y secundarias vistas, existe la teoría constitucionalista, que aplica el otro criterio en juego en la diferenciación entre lo primario y lo secundario, el axiológico-jerárquico. Según esta tesis norma primaria sería la que en una hipotética pirámide normativa estaría situada en un plano, escalón o nivel superior y norma secundaria la que se halla en un estrato inferior. Señala Amato que esta relación de subordinación se manifiesta en que lo primario puede modificar lo secundario y, sin embargo, no puede ser modificado por ello.

Sigue el criterio jerárquico también Von Wright cuando habla de normas de primer grado y normas de segundo grado, si bien para designar, contra lo

que podría parecer, respectivamente las normas secundarias y las normas primarias. La causa de esta inversión podría encontrarse en el relativismo de la distinción entre superior e inferior. Se trata en ambos casos de conceptos relativos. Una norma puede ser superior respecto a otra e inferior en relación con una tercera. Todo depende del punto que tomemos como referencia. En su estructura jerárquica el ordenamiento jurídico puede compararse con una escalera, que puede ser vista de arriba o de abajo a arriba. En una escalera de arriba a abajo al peldaño superior sigue el inferior. En toda escalera mirada de abajo a arriba al primer peldaño sigue el segundo. De este modo el mismo peldaño, y como él una norma jurídica, puede ser segundo partiendo de abajo y superior partiendo de arriba. Lo que pasa es que nosotros estamos acostumbrados al modelo kelseniano que mira siempre del vértice de la pirámide hacia abajo.

2. OTROS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

2.1. *Por la eficacia material*

Una de las características de la norma jurídica es la generalidad.³ La norma es un mandato general (*"Ius est commune preceptum. Iura non in singulas... sed generaliter"*). Esto implica que en la norma hay abstracción, una hipótesis no individualizada para una persona particular o para un caso o relación determinados. Cuando falta la generalidad no hay norma o disposición, sino acto o resolución, aunque adopte la forma de las leyes en sentido verdadero o material. De ahí la distinción doctrinal entre "leyes en sentido material", las auténticamente normativas, las que tienen un contenido general, que son la mayoría, y "leyes en sentido formal", las no normativas, de alcance concreto, cuyo contenido es un mero acto administrativo individual, sería un supuesto de ley en este segundo sentido, formal, la que concede una pensión extra a la vida X o el decreto nombrando gobernador a Y.

2.1.1. *Normas generales y normas individuales*

Por el grado de generalidad cabe distinguir varios tipos de reglas. En primer lugar está la distinción entre normas generales y normas individuales,⁴ según la extensión del precepto de individuos que se encuentren en la misma situación (*"Si es A - a + b + c... —debe ser B - a' + b' + c'...—"*). Las segundas,

³ Sobre el tema *vid* Alberto Montoro Ballesteros: "Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica", en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, II, Universidad de Valencia, 1977, págs. 1-30.

⁴ Giuseppe Lumia: *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, Madrid, Debate, 1973, págs. 38-40.

por el contrario, se destinan a un sujeto determinado. Se llaman también mandatos u órdenes. Son de la forma “Si es A - a, b, c,... —debe ser B - a', b', c'...—”. Nótese que el nexo de unión en el primer caso es un signo de adición; sería la conjunción copulativa “y”. Por el contrario, las segundas estarían en una relación excluyente, siendo el signo de unión una coma; sería el signo disyuntivo “o”.

La generalidad responde a una exigencia de igualdad frente a posibles arbitrariedades e injusticias. Ejemplos de normas generales serían la Constitución, las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, los tratados internacionales y, en general, la mayor parte de ellas. Ejemplos de disposiciones individuales serían los contratos —que en nuestro Derecho, según el artículo 1091 del Código civil, son ley entre las partes contratantes—; las disposiciones administrativas —con efectos entre la administración y los administrados—; o una sentencia judicial de eficacia “inter partes” —entre la parte demandante y el demandado—. Cada acto de concreción, cada peldaño que descendemos en una imaginaria pirámide normativa, establece un “plus” de concreción sobre la regla más general, de tal manera que añade algo a la norma ‘más general de la cual es concreción.

La existencia de normas individuales ha sido doctrinalmente muy discutida. Así, por ejemplo, Francisco Suárez consideraba la generalidad como carácter de toda norma jurídica. Por el contrario, las reglas individuales han tenido trascendencia histórica en la elaboración del Derecho en Roma en el Derecho Pretorio frente al *Ius civile*. Pero su aceptación es sobre todo mérito de Kelsen. También tuvo importancia en su recepción la llamada Escuela del Derecho Libre en la medida en que concibe que la práctica judicial, las sentencias de los jueces, son auténticas fuentes del Derecho, al modo en que lo podría ser una ley.⁵

2.1.2. Normas abstractas y normas concretas

Asimismo cabe distinguir por el grado de generalidad entre las normas abstractas y las normas concretas. La distinción se hace aquí no en atención al sujeto, sino al objeto, según que el precepto regule toda clase de acciones que tengan el mismo contenido o una acción particular. La abstracción responde ya no a la exigencia de igualdad —de las personas—, sino de certeza —de los casos— del Derecho. La igualdad se predica de los sujetos. Cuando la igualdad se refiere a los casos objeto de regulación jurídica, hablamos de certeza.

⁵ Pese al carácter normativo polémico de las normas individuales, señala Legaz y Lacambra que son posibles y admisibles como verdaderas normas jurídicas, ya que la norma individual no sería sino el establecimiento para una persona concreta de aquello que se considera injusto para la generalidad de los sujetos en situaciones afines. La norma jurídica seguiría siendo general, pero en sentido cualitativo. La norma jurídica individual regularía así la situación de una sola persona, pero no en cuanto persona individualmente determinada, sino como representante o encarnación de una situación jurídica determinada. El género contiene varias especies. La norma individual da validez a una de ellas. Toda persona que se encuentre en una situación semejante a la del destinatario de la norma individual, puede acogerse, al menos *a priori*, a la misma regulación jurídica.

2.1.3. Norma regular, norma excepcional —el privilegio— y norma especial

De la misma manera, el grado de generalidad permite diferenciar la norma normal —valga la redundancia— o regular frente al Derecho excepcional o singular, por una parte, y la norma común o general frente a la norma o Derecho especial, por otra.

Históricamente se han seguido varios criterios de distinción del Derecho excepcional frente al Derecho regular. Por un lado se ha ensayado el criterio de la cantidad o la frecuencia, según el cual el Derecho común sería la regla, frente al Derecho excepcional que constituía, valga la redundancia, la excepción. Este es el criterio utilizado por ejemplo en las ciencias naturales y, como tal, es válido más en ese ámbito que en el jurídico. Otro criterio ensayado en la distinción entre el Derecho normal o regular y el Derecho excepcional es el criterio cronológico según el cual la norma excepcional va después del Derecho común, al que deroga. Pero este criterio falla también si tenemos en cuenta la posible existencia paralela en el tiempo de estos dos tipos de normas, la regla y la excepción, que pueden ser fijadas por el legislador contemporáneamente.

Ante estos criterios fallidos quizás nos sea de utilidad aquel otro, ya clásico, enunciado por Paulo en el Digesto, y conocido como criterio de la racionalidad. Según el mismo, el "*Ius commune*" —Derecho común— constituye el elemento racional del Derecho, mientras que el "*Ius singulare*" —Derecho excepcional— sería el elemento extrarracional, introducido contra el tenor de la razón, a causa de alguna utilidad —"*contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem*"—. ⁶ Pero, incluso así, puede hacerse la observación en contra de que todas las leyes, incluidas las excepcionales, tienen su "*ratio*".

Lo que sí resulta claro para la generalidad de la doctrina es que el concepto de Derecho excepcional es un concepto de relación, en el sentido de que algo no es excepcional sino respecto a otra entidad, que se considere como la regla de la que aquel algo es excepción.

La distinción entre el Derecho común y el Derecho excepcional se produjo ya históricamente, pues desde el principio la divergencia entre "*Ius commune*" y "*Ius singulare*" dio lugar a un conflicto perenne, por el intento del segundo de traspasar sus principios al primero y de fundirse con él, transformándolo. Esta lucha entre el "*Ius commune*" y el "*Ius singulare*" es un reflejo del conflicto existente entre la tradición de un Derecho dogmático y las nuevas exigencias de la realidad social. Este proceso se manifestó ya en el Derecho romano entre el Derecho Civil y el Derecho Pretorio, el cual fue paulatinamente penetrando y convirtiéndose en "*Ius commune*". Más tarde en la Edad Media, este conflicto se manifestó en la contraposición del "*Corpus Iuris*" de Justiniano, como Derecho común, con el Derecho estatutario de las ciudades, poco a poco recibido hasta consagrarse con la afirmación del Derecho estatal recogido por la codificación en el siglo XVIII. Posteriormente, unificadas sustancialmente las

⁶ D. I., 3, 16.

fuentes normativas, el conflicto viene representado entre las normas sistematizadas en los códigos y las leyes especiales que las derogan, y aunque, como veremos, nunca hay que confundir el Derecho especial y el Derecho excepcional.

Y aquí surge la cuestión de cuál es la relación entre el Derecho especial propiamente dicho y el llamado Derecho excepcional, cuestión ésta sobre la que los autores discrepan. Así, por ejemplo, hay quien llega a negar la distinción alegando que en ambos casos no se trata más que de la relación entre una clase y una subclase. Sin embargo gran parte de la doctrina considera la distinción como posible y, lo que es más, conveniente. La diferencia entre el Derecho especial y el Derecho excepcional puede hacerse, según esos autores, fundamentalmente en base a tres criterios: el cualitativo, el cuantitativo y el de la extensibilidad.

Según el primero de dichos criterios, la norma excepcional deroga, se opone frontalmente al principio de la norma general, mientras que la especial sólo se aparta, dando un rodeo, del supuesto ordinario para mejor aplicar el principio que lo preside. Desde el punto de vista cuantitativo, las normas excepcionales son, como su propio nombre indica, la excepción, es decir, una o unas pocas reglas al margen, mientras que las especiales pueden ser un nutrido grupo, un pequeño subsistema dentro del sistema general, por ejemplo la Ley Hipotecaria dentro del Derecho Civil. En cuanto al tema de su extensibilidad, las normas excepcionales no pueden ampliarse por interpretación extensiva, si bien sí cabe la analogía. Por el contrario, las normas especiales también admiten la aplicación analógica.

La diferenciación entre interpretación extensiva e interpretación analógica sería, a grandes rasgos, que, mientras la primera se limita a aclarar la ley oscura, pero sin salirse nunca de su ámbito, sin crear nada nuevo, limitándose a dar una interpretación lo más extensa posible dentro del tenor de la ley, por el contrario, la interpretación analógica va más allá, creando algo nuevo, que no estaba contenido en la letra de la ley, innovándola. Así, para verlo con un ejemplo, la interpretación extensiva de la palabra "español" podría ser la que incluye también a las españolas. Es una interpretación de la palabra español amplia, pero que no rebasa los contornos normales del concepto. Por su parte, una interpretación analógica del término sería aquella que incluye junto a los nacidos en España, a los hispanos. En este caso hemos añadido un "plus" de contenido que se incluía en el significado inicial del término español. Esta diferencia se refleja en algunas lenguas, como el inglés, de la existencia de dos términos distintos para designar al español de España —"spaniard"— y al español de Hispanoamérica o hispano —"spanish"—.

El fundamento de la prohibición de la analogía en el Derecho excepcional se encuentra, según la Exposición de Motivos del Código Civil español, en que en las leyes excepcionales no existirían lagunas, dado que al derogar el Derecho general, los casos no expresamente previstos han de ser acogidos por éste último. No obstante no todos los autores están de acuerdo en no admitir

la analogía para las normas excepcionales o, al menos, no para todas las normas excepcionales.

Un tipo particular de norma excepcional es el privilegio. Existen dos acepciones del término privilegio. En sentido amplio significa norma jurídica favorable, ya por concesión de una ventaja ya por exención de una carga, por ejemplo determinadas exenciones fiscales. Vemos así cómo el privilegio es una infracción del principio de igualdad, a tenor del cual hay que tratar de igual forma a los iguales y desigualmente a los desiguales, pero siempre en proporción a su desigualdad y no, como en el caso del privilegio, arbitrariamente. En su vertiente estricta el privilegio supone una disposición individual (*“lex in privos data”*), sea favorable u odiosa. Hay autores que sostienen que el privilegio no es Derecho, por faltarle la generalidad, y pese a que a veces revista la forma de norma —en la distinción hecha en líneas anteriores sería ley formal, no material—. El Derecho medieval se basaba mucho en los privilegios, en una sociedad estamental, claramente desigual, y en la que se nacía en un estamento y se permanecía en él toda la vida. Es la distinción entre el tradicional concepto de estamento y el moderno concepto de clase social que, al no basarse en vínculos de sangre, sino en la posesión de la riqueza económica, como ésta puede cambiar de manos, admite el ascenso y descenso de unas clases a otras, la movilidad social. Después de la Revolución Francesa, con el lema “libertad, igualdad, fraternidad”, los privilegios fueron formalmente abolidos y hoy en día son de carácter cada vez menos frecuente.

2.1.4. *Normas taxativas y normas dispositivas*

Normas taxativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes, de manera que no es lícito derogarlas ni absoluta ni relativamente, por ningún fin determinado que las partes se propongan alcanzar. En cambio las normas dispositivas son aquellas que valen sólo en tanto en cuanto no haya una voluntad en contra de las partes. Unas veces estas normas se presentan como aclaración de la voluntad de las partes y se llaman “normas interpretativas”. Otras veces, en cambio, las normas dispositivas presuponen la falta o carencia de declaración de voluntad de las partes, falta que ellas tratan de integrar o colmar, y entonces se llaman “normas supletorias”.

Toda norma jurídica en su realidad tiene un sentido imperativo preceptivo, prescriptivo. Lo que ocurre es que el mismo puede ser ostensible o bien disimulado. En el primer caso estamos ante las llamadas normas taxativas, en el segundo ante las normas dispositivas. Las normas taxativas tienen la estructura común a toda norma jurídica: “Si es A debe ser B”. Las normas dispositivas, por el contrario, tendrían la siguiente estructura: “Si es A debe ser B, a no ser que las partes interesadas o el juez dispongan que debe ser C”.

Dice Enneccerus que las normas taxativas florecieron en los primeros tiempos de la Historia, mientras que las normas dispositivas predominan hoy, salvo en determinadas materias. Así, la distinción entre normas taxativas y normas

dispositivas se establece en atención al papel de la autonomía de la voluntad. De ahí que tenga mucha más importancia, por ejemplo, en el Derecho privado que en el Derecho público.

Las normas taxativas se llaman también normas de "*Ius cogens*" —de Derecho necesario— o normas irrenunciables. En ellas la norma jurídica determina directamente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Las normas dispositivas son también conocidas como normas de "*Ius suppletivum o dispositivum*" o normas renunciables. En ellas hay la posibilidad de que varíe el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. El precepto y la imperatividad existen, pero trasladados a la norma individual. Un ejemplo de norma dispositiva sería la que establece qué se ha de hacer con los hijos menores de determinada edad en caso de divorcio de los padres, pues esta regulación rige sólo con carácter general, no cuando en la sentencia, apreciadas las circunstancias del poco caso concreto, se establece otra cosa.

La distinción entre normas taxativas y normas dispositivas no debe inducirnos a engaño sobre el carácter del Derecho, que es siempre imperativo. El carácter imperativo se verificaría incluso en las normas dispositivas si tenemos en cuenta que la norma jurídica es un imperativo hipotético o condicionado, en el cual sólo se dan las consecuencias jurídicas previstas en la norma cuando se verifican las condiciones expresadas en el supuesto de hecho. Pues bien, una especie de tales condiciones puede consistir precisamente en que las partes no hayan manifestado una determinada voluntad en contra. Tal es el caso de las normas dispositivas. El haber fijado tales premisas como condición de entrada en vigor de la norma pertenece a la voluntad expresada en la norma misma y no es un elemento que se oponga a ella ni que disminuya o anule su carácter imperativo.⁷

2.1.5. Normas completas y normas incompletas (aclaratorias —las definiciones legales—, restrictivas y remisivas —las ficciones legales—)

Otra clasificación de las normas jurídicas es la que distingue entre normas jurídicas completas o autónomas y normas jurídicas incompletas o no autónomas, según que por sí solas integren una proposición jurídica —el primer caso— o no tengan sentido en combinación o conexión con otras normas a las que tratan de determinar o limitar —en el segundo supuesto—.⁸

Dentro de las normas jurídicas incompletas pueden distinguirse básicamente tres especies: las aclaratorias, las restrictivas y las remisivas.

⁷ Hemos seguido en esta exposición de la distinción existente entre normas taxativas y dispositivas a Giorgio Del Vecchio: *Filosofía del Derecho*, 9ª edición revisada por Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1969.

⁸ Seguimos en nuestra exposición de estos tipos de normas a Karl Larenz: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1984. Especialmente la parte destinada a la norma jurídica incompleta.

Entendemos por normas jurídicas aclaratorias, explicativas o interpretativas “aquellas que, o bien delimitan más concretamente un concepto o tipo empleado en otras normas jurídicas (normas jurídicas delimitadoras), o bien especifican o completan el contenido de un determinado término utilizado con sentido general con respecto a las distintas configuraciones del caso (normas jurídicas complementadoras). Mientras que las normas jurídicas delimitadoras se refieren, la mayor parte de las veces, a elementos del supuesto de hecho, las normas jurídicas complementadoras aclaran, la mayoría de las veces, una consecuencia jurídica”.

El supuesto típico de normas jurídicas incompletas aclaratorias son las “definiciones legales”. Un ejemplo de definición legal sería el artículo 1445 del Código civil español, definidor de la compraventa, a tenor del cual “por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente”. Otro ejemplo sería el artículo 1538 del mismo cuerpo legal, en el que se define legalmente la permuta, ya no como cosa a cambio de precio, sino como cosa a cambio de cosa (“La permuta es el contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”). Lo mismo se podría decir de la donación, definida en el artículo 618 de nuestro Código civil como “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta” —estamos ante un supuesto en que se da una cosa sin contraprestación a cambio—; o del arrendamiento de cosas, por el cual “una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto” (artículo 1543 del Código civil español). En este caso se da el uso de una cosa a cambio de una renta.

Las normas jurídicas incompletas pueden ser también restrictivas —también llamadas limitativas, modificativas o negativas—. Estas normas jurídicas se producen con frecuencia en aquellos casos en los que el supuesto de hecho de una norma se concibe primero con tanta amplitud que según su sentido literal abarca también hechos para los que no debe valer. Entonces esta norma es a su vez restringida por una segunda norma que contiene una orden negativa de validez (“no vale”) que sólo es comprensible en relación con una precedente orden positiva de validez. Se trata de una norma incompleta de tipo restrictivo. Al supuesto de hecho de una norma no sólo puede pertenecer la presencia, sino también la ausencia de ciertos hechos. En este segundo caso hablamos de “notas distintivas negativas del supuesto de hecho”. El legislador es libre de incluir estas notas restrictivas directamente en el supuesto de hecho de la norma que se trata de restringir o bien indirectamente a través de una norma restrictiva. La razón de la existencia de preceptos de este tipo es evitar que la norma que se trata de restringir quede torpe, fea y totalmente incomprensible.

Finalmente entendemos por normas jurídicas remisivas aquellas que reenvían en relación con un elemento del supuesto de hecho o en relación con la

consecuencia jurídica a otra norma jurídica. La remisión es una técnica legal que sirve para evitar incómodas repeticiones. Así en la permuta se puede realizar un reenvío a la regulación de la compraventa; en el uso y la habitación se reenvía al usufructo, etcétera.

Un tipo de remisión es el que se realiza a través de la técnica de las "ficciones legales".⁹ Éstas existen en equiparar voluntariamente algo que se sabe que es desigual. En la ficción legal se trata un caso "como si" fuese otro. A diferencia de la identificación errónea o falsa, el que se sirve de la ficción conoce que lo que equipara es desigual.

Un ejemplo de ficción en nuestro ordenamiento jurídico sería la que se produce con el "*nasciturus*", es decir con el concebido no nacido. El artículo 29 del Código civil español establece que "el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". Dice al respecto el artículo 30: "Para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". A este requisito de vivir al menos 24 horas desprendido del seno materno se le conoce como viabilidad, es decir aptitud o capacidad para la vida, porque se entendía, sobre todo cuando la medicina estaba menos desarrollada, que en este plazo de tiempo era fácil que se interrumpiese la vida del feto por causas involuntarias y se produjese su muerte. Del artículo 29 en relación con el 30 se desprende la ficción jurídica de considerar al "*nasciturus*" ya antes del nacimiento como persona para aquellos efectos que pudieran redundar en su beneficio. Se considera artificialmente sucedido el hecho del nacimiento, que en realidad no ha tenido lugar, a fin de aplicarle el tratamiento jurídico que de existir le correspondería.

Las ficciones jurídicas podrían ser, entre otras, el recelo a modificar abiertamente una ley existente, para dar una apariencia de continuidad y no de

⁹ Carlos Eduardo Alchourron y Eugenio Bulygin: "Definiciones y normas", en *El Lenguaje del Derecho*. Homenaje a Genaro Rubén Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 11-42. / Gianpaolo Azzone: "Il concetto di condizione nella tipologia delle regole", tesi di laurea. Università di Pavia, 1985. / Juan Ramón Capella: "Notas sobre la definición legal", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1963, págs. 37-50. / Vincenzo Gueli: "Il diritto singolare e il sistema giuridico", Milano, Giuffrè, 1942. / José F. Lorca Navarrete: "El Derecho Natural hoy. A propósito de las ficciones jurídicas", prólogo de Francisco Elías de Tejada, Madrid, Pirámide, 1976. / E. Mari: "Du'souffle pestulentielle de la fiction dans le droit, à la théorie du droit comme fiction", en *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, págs. 353-390. Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint Louis, 1987. / Antonio Anselmo Martino: "Le definizioni legislative", Torino, Gianpichelli, 1975. / Alf Niels Christian Ross: "Definition in legal language", en *Logique et Analyse*, 1958, págs. 139-149, "Legal Fictions", en "Law, Reason and Justice. Essays in Legal Philosophy", New York, New York University Press, 1969, págs. 217-234. / Csaba Varga: "Concepts as fictions in the Law", en *Reason in Law*, ed. E. Pattaro y Carla Faralli, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, págs. 351-360. / VV. CC.: "Les présomptions et les fictions en droit", Bruylant, Bruxelles, 1974 (artículos de Perelman, Foriers, Belvedere, M. Jori y Lantella, Milano, Giuffrè, 1979).

ruptura. También que exista una costumbre jurídica que equipara los términos que se fingen iguales. Asimismo, a veces el legislador emplea la ficción en casos dudosos, cuando no hay seguridad de si el tratamiento que se da a determinado supuesto de hecho debe de extenderse a otro. Para zanjar definitivamente esa duda el legislador ordena la equiparación de ambos supuestos.

Distinta de la ficción legal, de carácter generalmente inofensivo, es la llamada ficción judicial. Se trata en estos casos de la ficción empleada como medio de fundamentación de la sentencia de un tribunal. En este contexto la ficción significa que un elemento del supuesto de hecho, del que el juez deriva una consecuencia jurídica, es fingido, es decir es declarado por él como presente pese a que sabe que de hecho no es así. De este modo la ficción encubre la verdad y es, por lo tanto, reprobable, salvo que se justifique por razones de equidad. La ficción judicial ha sido muy utilizada en los fallos judiciales, por ejemplo, cuando el juez quería llegar a una exclusión de responsabilidad y no sabía bien por qué medios conseguirlo.

2.2. *Por la eficacia en el tiempo: Normas permanentes, normas temporales y normas transitorias*

Hasta aquí nos hemos referido a las clasificaciones de las normas en atención a su ámbito material, es decir a su contenido o sustancia, según éste fuera más o menos general o más o menos determinado. Pero las normas también pueden clasificarse de acuerdo con otros criterios. Uno de ellos es el del ámbito temporal o, lo que es lo mismo, la eficacia en el tiempo. Siguiendo este punto de vista cabe distinguir entre las normas permanentes, las temporales y las transitorias.

En realidad, este punto de vista es en cierto modo engañoso, pues en puridad, si seguimos el criterio al pie de la letra, veríamos que todas las normas son temporales en cuanto que su vigencia es limitada en el tiempo. Aunque en principio la norma tiene una vocación de perpetuidad, en la práctica no hay ninguna norma que haya durado, dure o vaya a durar indefinidamente. Una nota de lo humano es precisamente su provisionalidad en el tiempo. Por eso cuando hacemos referencia a esta clasificación de las normas por su ámbito temporal nos referimos a algo distinto. Así, aunque en cierto modo todas las leyes son temporales, de modo especial hay que entender por tales aquellas que ya "al nacer" tienen prefijada de antemano su vida por un plazo limitado o por la persistencia de determinadas circunstancias o por el anuncio de su provisionalidad. Por el contrario serían normas permanentes las que en principio no tienen fijada esta provisionalidad en el tiempo y se entienden concedidas con una vigencia indefinida. Lo determinante aquí sería el momento del nacimiento de la norma, según éste marque o no la vigencia posterior del precepto.

También por la eficacia en el tiempo se puede hablar de un tercer tipo, de normas, las normas transitorias, también llamadas intertemporales, que son

aquellas que regulan conflictos originados por el tránsito de una legislación a otra. Por ejemplo en España las leyes que rigieron en el paso de las leyes franquistas a la moderna normativa democrática posterior a la Constitución española de 1978. En puridad, y a tenor de lo dicho, las normas transitorias o intertemporales serían una modalidad de normas temporales en la medida en que ya desde su nacimiento se predica su duración provisional en el tiempo.

2.3. *Por la eficacia en el espacio: Normas universales, normas generales o comunes y normas particulares o locales*

También esta división tiene algo de ficticio en la medida en que no se puede decir que haya normas absoluta y totalmente universales, al menos no las normas positivas. En realidad cuando nos referimos a una norma como norma universal designamos el hecho de que su ámbito de aplicación en el espacio trasciende los límites de un Estado, siendo común a una pluralidad, más o menos extensa, de ellos. Así serían incluibles aquí, por ejemplo, el Derecho Internacional, especialmente el Derecho Internacional en sentido estricto, como el común a la comunidad internacional, más que en sentido amplio y algo impropio, como sinónimo de Derecho extranjero, es decir, el no nacional de un Estado. También trascenderían el ámbito de un Estado constituyendo en cierto modo Derecho universal, en el ámbito europeo el llamado Derecho comunitario. Asimismo, el Derecho canónico, como aquel común a la Iglesia católica y por tanto extensible a una gran pluralidad de Estados que comparten este credo religioso. En este sentido, ya en la Edad Media existía esa idea de cosmos, de universalidad, en relación, por un lado, en la esfera laica, con el Imperio, y por otro, en la esfera religiosa, con la idea de cristiandad; con el emperador y el pontífice como cabezas visibles de cada uno de estos dos órdenes. En cuanto es común a una pluralidad de Estados de Derecho de la Iglesia católica es Derecho universal.

El Derecho general o común haría referencia a aquel que, aunque de ámbito limitado a un Estado, rige en todo el territorio privado, los distintos códigos, y en la esfera pública, la Constitución.

Finalmente, se entiende por Derecho particular o local aquel que rige en parte del territorio de un Estado, por ejemplo en una determinada región o comarca o en una comunidad autónoma concreta. Así serían Derecho de este tipo, en el ámbito privado, las distintas compilaciones forales y, en la esfera pública, los estatutos de autonomía.

2.4. *Distinción entre las normas de Derecho público y las de Derecho privado*

Desde Roma —Ulpiano— se han venido separando dentro del Derecho positivo dos ramas, el Derecho público y el Derecho privado. El problema estaba en cómo diferenciarlas, en cuál es el criterio y el alcance de la distinción.

Los criterios diferenciadores que la doctrina ha seguido son múltiples. Para mayor claridad expositiva, podemos separarlos en dos grandes grupos según el punto de vista: 1. Desde el punto de vista subjetivo o de la relación jurídica; 2. Desde el punto de vista objetivo o de la norma jurídica.

2.4.1. *La distinción desde el punto de vista de la relación jurídica*

A) *Por los sujetos*

a) *Por la naturaleza de los sujetos*

A su vez, desde el punto de vista de la relación jurídica podemos hacer la distinción, según los elementos de la misma, en primer lugar por los sujetos y luego por el objeto. Dentro del criterio de los sujetos cabe diferenciar dos aspectos: por la naturaleza de los sujetos, y por la posición que éstos ocupen.

Por la “naturaleza del sujeto”, el Derecho público sería aquel en el que el sujeto que interviene en la relación jurídica regulada por la norma es el “Estado o demás entes públicos dotados de imperium”, es decir de potestad —“*potestas*”— pública. Por el contrario, el Derecho privado es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre “particulares”, es decir, entre sujetos en posición de igualdad entre sí.

No obstante, pese a ser frecuentemente acogido por la jurisprudencia, este criterio de distinción no se puede aceptar, al menos no por sí solo, porque a veces entes públicos dotados de “*imperium*” —el propio Estado— realizan sus cometidos sin utilizar su prerrogativa o potestad de mando, como meros particulares, en plano de igualdad y de Derecho privado. Así puede actuar como comprador o vendedor, como arrendatario. Por otro lado cabe una relación jurídica de Derecho público que se dé entre particulares, por ejemplo, cuando se concede a un particular potestad de expropiación de los bienes de otro particular.

Tampoco sería adecuado el criterio del sujeto si lo contemplamos desde el punto de vista de quien es el sujeto que crea la norma jurídica. Así se diría que es Derecho público aquel cuyas normas son creadas por el Estado —leyes, ordenanzas, etc.— mientras el Derecho privado sería el creado por los particulares para regular sus propias relaciones: normas nacidas de contratos, de negocios jurídicos, etc. Pero esta distinción tampoco es del todo exacta, porque, por ejemplo, pese a que el Derecho civil o el mercantil son, sin duda, Derecho privado, sin embargo, el Código civil o el Código de comercio, que los regulan, son normas creadas por el Estado, a las que, por consiguiente, habría que calificar como de Derecho público.

b) *Por la posición de los sujetos*

Por eso el criterio de la naturaleza del sujeto tiene que ser completado con el de la “posición” de dicho sujeto. Según esta nueva perspectiva, que se

añadiría, más que sustituir, a la anterior, el Derecho público sería el conjunto de normas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones en cuanto tales, es decir, "oficialmente", entre sí o con los particulares, pero, esto es lo importante, con carácter público u oficial es decir, dotados de "*imperium*", "*auctoritas*", "*potestas*" o soberanía, es decir, en una situación de superioridad. Por el contrario, sería Derecho privado el conjunto de normas que regulan lo relativo a las personas particulares y a las relaciones de éstas entre sí, o bien en que, aunque intervengan entes públicos, lo hagan con el carácter de particulares, es decir despojados del "*imperium*", "*auctoritas*" o "*potestas*" o, lo que es lo mismo, en un plano de igualdad.

En otras palabras, las relaciones de Derecho público serían de "subordinación", y las de Derecho privado de "coordinación". Así, serían derecho público el Derecho político —que regula la organización y estructura del Estado—, el Derecho administrativo —regulador de la actividad estatal—, el Derecho penal y el Derecho procesal —que contempla la defensa de la comunidad—. En cambio, serían Derecho privado, el Derecho civil y el Derecho mercantil.

Sin embargo, también este modo de pensar puede ser fácil blanco para la crítica. Así, aunque así lo pareciese indicar este criterio, no sería posible calificar como de Derecho público las relaciones de familia, como la filiación o la tutela, donde la autoridad y la subordinación existen. Por otro lado, en el mundo de la contratación, de carácter privado, la igualdad entre los contratantes no pasa muchas veces de ser en la realidad de hecho una quimera.

B) *Por el objeto*

Otro punto de vista que se puede ensayar en la distinción entre lo público y lo privado es el del objeto de la relación jurídica protegida por el Derecho o, por lo que es lo mismo, el del interés o finalidad protegido.

Así, en un primer momento, puede afirmarse que mientras el Derecho público regula y protege los intereses generales, el Derecho privado mira más hacia los intereses particulares. El Derecho privado es, se ha dicho, el Derecho de la utilidad de los particulares, frente al Derecho público, que realizaría la utilidad general. Este criterio tiene su origen en el famoso texto romano de Ulpiano (Digesto 1-1-2): "*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*".

Pero este criterio tampoco es del todo convincente, pues el interés de toda norma es en última instancia el interés general. Así, por ejemplo en la sucesión hereditaria se dan cita intereses particulares —del testador, de los herederos, de los terceros—, pero la regulación total del fenómeno se hará siempre en aras del interés general. Por otra parte, la realidad nos muestra también relaciones jurídicas de Derecho público en las que hay presentes intereses particulares. Así, por ejemplo, las normas que prevén el acceso a un empleo público, donde hay intereses particulares de cada uno de los que concurren a dicho

puesto; o las normas de Derecho público que establecen una reducción o una exención en el pago de determinado impuesto, en las que concurren también, como es lógico, los intereses particulares de las personas afectadas por el pago de dicho impuesto y por esa posible exención fiscal.

Dentro también del criterio del interés objeto de protección en la relación jurídica y, a la postre, en la norma podemos hacer una segunda distinción según lo protegido sea un interés patrimonial, material o económico —Derecho privado— o un interés extrapatrimonial o personal —Derecho público—. La distinción entre los intereses patrimoniales y los no patrimoniales descansaría en el hecho de ser o no susceptibles de evaluación económica.

Pero, esta tesis tampoco es del todo aceptable porque contradice tanto la realidad legislativa, como la esencia misma del Derecho. Decimos que contradice la realidad legislativa porque el Derecho de la persona —así la tutela— y el denominado Derecho de familia “puro”, son ambos Derecho privado incluidos en el Código civil y, sin embargo, no son Derecho patrimonial. No todo el Derecho privado es Derecho patrimonial. Decimos que contradice la esencia del Derecho porque debiendo ser el fin de cada norma servir al bien común, el dar a cada uno —la comunidad y la persona— lo suyo, no se puede considerar Derecho una norma que sirve sólo al egoísmo, al interés individual o de una clase —los propietarios, los burgueses...—.

C) *La tesis de Cicu*

Además de lo dicho hasta aquí de los sujetos y el objeto de la relación jurídica “con carácter general”, a continuación nos vamos a referir a la tesis particular defendida por Antonio Cicu.

Dice Cicu que es Derecho privado aquel en el que predomina el polo activo de la relación jurídica, es decir, el Derecho subjetivo, entendido, al modo de Savigny y Windscheid, como poder de la voluntad. Por el contrario, en el Derecho público predominaría el polo pasivo de la relación jurídica, es decir, el deber jurídico, y en la definición del Derecho subjetivo se adoptaría la definición de Ihering, concibiéndolo como un interés jurídicamente protegido. En otras palabras, en el Derecho privado predominaría la idea de coordinación y en el Derecho público la de subordinación.

Pero, una vez más, pueden encontrarse también objeciones a esta tesis. Así, por ejemplo, el Derecho de familia es Derecho privado y, sin embargo, no se tiene esa posición de supremacía. Para empezar, no se nace en el seno de una familia porque se quiera. Uno no tiene control sobre su propio nacimiento; es un hecho fortuito.

2.4.2. *La distinción desde el punto de vista de la norma jurídica*

A) *Por el carácter de Derecho necesario o Derecho dispositivo*

Para salvar los obstáculos de las posiciones antes indicadas, se ha propuesto otra fórmula, la del origen o función de la norma o, en otras palabras la de su derogabilidad o no por las partes.

Según criterio, el Derecho público sería Derecho necesario —“*Ius cogens*”—, mientras que el Derecho privado sería Derecho dispositivo —“*Ius dispositivum*”—. El primero es el Derecho de la necesidad. En el segundo domina la autonomía de los particulares. Este criterio se basa en un texto romano de Papiniano: “*Ius publicum privatorum pactis mutare non potest*” —el Derecho público no puede modificarse por pactos de los privados—.

Pero tampoco este criterio es definitivo. En primer lugar, porque contradice la realidad legislativa: Hay normas de Derecho privado que no son dispositivas sino cogentes —casi todo el Derecho de la persona y el Derecho de familia, e incluso en el Derecho patrimonial y sucesorio, la responsabilidad por dolo, o el régimen de la legítima hereditaria—. Además, la anterior teoría es criticable desde el punto de vista de la esencia misma del Derecho, porque no se puede dejar “completamente” al arbitrio o autonomía individual no ya sólo lo más genuinamente civil, como es la protección de la persona —menor o incapaz—, sino tampoco los requisitos esenciales del negocio jurídico, que es el campo más amplio de la autonomía de la libertad. Asimismo por la posibilidad de renuncia en algunas situaciones de Derecho público; así en el sufragio se puede renunciar a ejercitar el derecho al voto.

B) *Por la forma de protección*

August Thon distingue el Derecho público del Derecho privado según que la forma de protección sea una acción pública —por ejemplo, administrativa o penal— y, en cuanto tal, ejercitable por el Estado de oficio; o bien se trate de una acción privada —así las acciones civiles—, en cuanto tal ejercitable por el titular lesionado, a instancia de parte.

Pero este criterio ha recibido también objeciones, por ejemplo aquella que niega oportunidad a este punto de vista en base a que la acción no precede a la norma sino que es más bien una consecuencia de ella; además de la posible utilización a veces de oficio de una acción privada.

C) *Por el rango de la norma jurídica*

Finalmente hay quienes diferencian el Derecho público del Derecho privado en base a que el primero es un Derecho de organización y funcionamiento y el segundo un Derecho de coordinación de intereses contrastantes.

O bien están las posturas de quienes indican que mientras las normas jurídicas públicas son formales o adjetivas, las normas de Derecho privado son sustanciales o sustantivas.

Pero ninguno de estos dos criterios es tampoco definitivo, existiendo en ambos excepciones a tales reglas.

2.4.3. *Conclusión crítica*

Los civilistas Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón, siguiendo en este punto a Federico De Castro, precisan el alcance de la distinción y afirman que el Derecho positivo es uno. No habría dos Derechos —público y privado— con caracteres exclusivos y contrapuestos, como sostienen las “teorías dualistas”. Pero —añaden— dentro de su unidad, el Derecho positivo no es tampoco tan uniforme como afirman las llamadas “teorías negativas”.

A nuestro juicio las teorías negativas tienen razón cuando niegan la escisión o contraprestación antinómica entre el Derecho público y el Derecho privado, pero se equivocan al negar también la mera distinción o diferenciación. Creemos que cabe hacer una diferenciación según “predomine” en la norma el interés o principio de comunidad —norma de Derecho público— o el principio de personalidad —norma de Derecho privado—. Por tanto “unidad” sí, pero no “uniformidad”. Cabe distinguir entre ambos tipos de Derechos según el predominio de uno u otro principio.

Finalmente queremos dejar constancia de la existencia de otra solución respecto a la relación entre el Derecho público y el Derecho privado. Son, frente a las teorías monistas y dualistas, las tesis “tripartitas”.

En efecto, frente a las teorías que niegan la distinción —teorías negativas—, como el normativismo de Kelsen (para quien la norma jurídica sólo puede ser una como producto emanado del criterio del Estado); el solidarismo de Duguit; y las doctrinas totalitarias comunistas o nazis y frente a las que afirman la bipartición —teorías dualistas—, hay otras posiciones tripartitas que incluyen ciertos grupos de normas que no reúnen los caracteres del Derecho privado ni del Derecho público en un “*tertium genus*”. Para unos este tercer género es el Derecho de familia —tesis de A. Cicu—, para otros el Derecho del trabajo —Albaladejo—. Pero, en realidad, como reconoce el propio Albaladejo, este hipotético tercer género es una especie de cajón de sastre que engloba normas de Derecho público y normas de Derecho privado, pero sin la homogeneidad propia para formar un tercer grupo de Derecho.

