



**ARTICULO ESPECIAL DEL**  
**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE EMA**

**¿Tiene sentido seguir distinguiendo el Derecho Privado del Derecho Público? Panel de Discusión EMA**

**I. Derecho Público o Privado. Presentación del Maestro Ulpiano. Consolidando Conceptos. [Jonathan Rafael García Enriquez, Asistente Jurídico EMA, Lima-Perú, 2011].**

Esta una parte de la naturaleza jurídica es considerada como la representativa a las normas de ordenamiento estatal. Asiendo hincapié que es una de la división creada por el jurisconsulto romano Ulpiano quien considero que desvían separarse normas de distintas naturaleza, así generando la participación estatal dentro de las normas que serán aplicadas de forma imperativa.

*"Si lo que se ampara es el interés general o social corresponden al derecho público"<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando, el acto jurídico en el código civil peruano, Cultural Cusco editores, 1990,

Según la cita del maestro Vidal las normas públicas deben generar amparo en el interés general o social. Así mismo podemos encontrar un gran concepto que el maestro Ferrero pone a disposición: *"El derecho público comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan los intereses generales de la comunidad, su organización política, la estructura del estado y los integrantes de la comunidad."*[2]<sup>2</sup>

Como puede apreciarse en la cita anterior lo esencial para la definición del derecho público es el concepto de interés general, la cual pone en hincapié la distinción de la naturaleza que surtirá efectos en la aplicación de las diversas normas.

En consecuencia, el ilustre jurista LATORRE redacta en su obra *Introducción al Derecho*:

*"En términos generales, puede decirse que el derecho público se caracteriza porque en él existe un ejercicio del poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares."*<sup>3</sup>

La definición que establece el Jurista LATORRE es importante pues restablece la importancia que tendrá la aplicación de la estructura

---

pág. 17.

<sup>2</sup> FERRERO COSTA, RAUL, *Curso de derecho de las Obligaciones*, Editorial GRIJLEY, 2004 LIMA Pág.6

<sup>3</sup> LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*, 7ma Ed., ARIEL, Barcelona, 1976, pp. 186-187.

natural de las ciencias jurídicas.

Por precisión se concuerda con la definición establecida por el Doctor Torres, el cual menciona que:

*"Es el sector del ordenamiento jurídico que regula la organización y funciones del estado y demás entes públicos, sus relaciones entre ellos y con los particulares como el derecho constitucional, el administrativo, el tributario, el penal, el procesal."*<sup>4</sup>

---

Ya teniendo claro el concepto de Derecho público podemos afirmar que la cita anterior es mucho más diferenciadora y específica que las normas romanas, pues estas consideraban como derecho público el referente a la organización de la cosa pública, *ius publicum*.

El Derecho Privado es menos amplio que el público puesto que la influencia más grande es la creada en el Código de Napoleón, con la Autonomía Privada, pero ésta institución viene desde épocas romanas como ya se explicó Ulpiano fue el encargado de diferenciar al derecho en sus normas.

Así mismo podemos ver el derecho privado como intereses particulares, tal y como menciona el maestro Ferrero:

*"el derecho privado comprende el conjunto de normas jurídicas*

---

<sup>4</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal, Introducción al Derecho 3ra. Ed., Editorial IDEMSA, Lima, 2008, pág. 985.

*que regulan los intereses particulares de los miembros de la comunidad, es decir, las relaciones entre los individuos, las relaciones de los particulares entre sí”<sup>5</sup>*

En consecuencia el derecho privado nace de las relaciones jurídico-sociales de los individuos en particular, las formas de vincularse entre ellos.

El jurista LATORRE por su parte aporta una explicación más específica tratando de separarlas del Derecho Público:

*“El derecho privado es aquel que regula las relaciones entre los particulares, es decir, aquellas en las que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal.”*

## **II. Derecho Público Peruano [Italo Espinoza, Practicante de Derecho y Administración EMA, Lima-Perú, 05 de setiembre de 2013]**

### **2.1. El aparato estatal y los Entes Públicos.-**

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana. Cuando ésta se encuentra en la sociedad cada una de ellas se encuentra fundamentada en ideales de orden y justicia, entre cada uno de los individuos que la conforman, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter.

---

<sup>5</sup>FERRERO COSTA, Raúl, Op. Cit. Pág. 12.

Por otro lado, para que el Estado pueda cumplir sus fines es necesario que se divida en poderes, los mismos que para cumplir sus objetivos deben descentralizarse y derivar funciones a distintos organismos de naturaleza pública, los cuales regularán cada una de las actividades del estado y buscarán cumplir sus propios fines, siempre buscando el bien de la colectividad, contando para ello, con facultades legitimadas y potestad publica que por ley orgánica se les confiere. A todo ello podríamos denominar como el aparato estatal.

## **2.2. El Derecho Publico, concepto y características.-**

Por ello, el Derecho Público es el conjunto de normas de subordinación o coordinación, que regulan la organización y actividad del Estado entre los entes públicos y los particulares. Asimismo, La principal característica del Derecho público, es que sus mandatos no se encuentran sujetos a la voluntad que pudiesen ejercer alguna de las partes, Estos normas se encuentran formuladas por el mismo Ente Público, y a la vez son irrenunciables y obligatorias.

Asimismo, en esta parte del Derecho las normas persiguen la consecución de un interés público; por lo tanto, la seguridad jurídica en el Derecho Público está dada por el principio de legalidad, que implica que el ejercicio de las potestades debe sustentarse en normas jurídicas determinadas por un órgano competente y por las materias que se encuentran bajo su jurisdicción.

No obstante, y en virtud de ser creado a partir de una relación de subordinación por parte del Estado, el Derecho Público puede ser calificado como un derecho desigual, ya que, por un lado se encuentra el Estado con su poder y por el otro lado está el privado, que actúa desde una perspectiva distinta. Por ello, la justificación para la existencia del Derecho Público es que regula derechos que cuidan y velan por el orden público y deben ser acatados por todas las personas sujetas a un Estado de Derecho.

### **2.3. División "clásica" del Derecho Público**

Derecho Interno: Derecho Civil, Derecho Tributario, Derecho constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Laboral, etc.

Derecho Externo: Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

### **2.4. Algunas Reflexiones sobre el Derecho Público Peruano**

En el Perú se carece de un real cumplimiento del Derecho Público. Existe una carencia de disciplina legal, el Derecho en su mayor parte se encuentra relativamente bien formulado, pero en la praxis las leyes no se cumplen de manera estricta.

De la misma forma, se mantiene la cultura de "hecha la ley, hecha la

trampa", que bien podría ser algo tomado como burla, sin embargo, es así como se define la realidad del ordenamiento peruano.

Por otro lado, la desigualdad que tiene como característica el Derecho Público en el país es sumamente grosera, los encargados de administrar y realizar las funciones, es decir los Entes Públicos, se aprovechan de ello, para realizar una mala interpretación de las mismas y muchas veces hacer abuso de sus potestades. A la vez que son ellos los que originan el desorden legal - en la mayoría de los casos- en el cumplimiento de las leyes en su mayor parte.

Es así, que el mismo Estado, que fórmula las leyes y otorga potestad a los diferentes Entes Públicos, no cumple con acatar las normas legales, como es el caso de muchas "demandas de ejecución de sentencia", que el Tribunal Constitucional emite y que el mismo Estado alarga su cumplimiento o simplemente hace caso omiso del derecho.

Todo ello es por el estado en el cual se encuentran las instituciones publicas, que van desde los bajos salarios, la poca exigencia en la selección de sus funcionarios, el presupuesto escaso que se otorga a cada uno de los organismos, exceptuando algunos pocos, y sobre todo la corrupción agravada que existe en el Perú.

**III. Entre lo público y lo privado: Viejas discusiones que requieren otra óptica (ipero ya!) [Luis Enrique Córdova**

## **Zavala, Asistente de Investigación EMAE, Lima-Perú, 05 de setiembre de 2013]**

Gran debate ha suscitado en la opinión pública la expulsión del local de venta de ropa a una madre que daba de lactar a su retoño. Ahora, para escabullirnos del tema moral y ético que supone dicho (no somos los primeros) revivimos, en atención al incidente, la vieja discusión entre lo público y lo privado, en referencia a los espacios.

Es decir, de manera más exacta, lo que se puede hacer en espacio público y en espacio privado, puesto que nadie objeta (u objetaría) el acto de lactar a un menor hijo -que es privativo de la intimidad de la persona- siendo que lo que esta en discusión es donde lo hizo, y si podría hacerlo. Y agregaremos a ello la visión jurídico-económica de los aspectos en juego: libertad de empresa y/o comercio; reglas de la propiedad privada, libertad de consumo, derechos del consumidor, intervención o no intervención. Sin adentrarnos a profundidad a ninguno de ellos.

Para comenzar, una publicación en el portal del diario Intereconomía (1) esta en el ojo de la tormenta de los lectores. Para quien redacta la entrada, el espacio público -a diferencia del espacio privado- es el único por el cual una persona, en general, puede protestar; puesto, que la misma paga sus impuesto para su disfrute (asumiendo). Por tanto, el Estado, quien administra ese espacio público, tendrá que atender sus reclamos. La figura se muestra clara en el tema de los



servicios públicos proveídos directamente por el Estado, va perdiendo claridad conceptual en cuanto a las concesiones y demás cesiones a favor de entes privados, y al final depende del tipo de la regulación especial de los proyectos de inversión público-privados, es decir ya no se puede asegurar ex-ante.

En otras palabras, para el autor, la madre si requería - o deseaba - amamantar al lactante debió salir del espacio privado al espacio público; y así no afectar las reglas de la propiedad privada de la empresa, o en su caso, la política de imagen de la misma. En último caso - o de buenas a primeras - si la madre no estaba de acuerdo podría ejercer su libertad de consumo, y optar por un producto sustituto en otra empresa. Y de igual forma lo pudiesen hacer otros en desacuerdo. Todo en orden hasta aquí.

Empero, la respuesta del conglomerado consumidor es diametralmente diferente. Y esto viene apoyado en la otra cara de la libertad de consumo de persistir en comprar en la primera empresa fundamentándose en sus derechos -de protección- al consumidor (a la a priori parte "débil" de la relación económica). Situación en la cual, cabe decir, que dichos derechos del consumidor, vienen auspiciados por la intervención del Estado en una típica relación económica.

Puestas las cosas así: de una forma dicotómica. Sólo una posición ganará; y el resultado sumará un punto más a cualquiera de los dos

bandos entre intervenir y no intervenir. Lo cual se materializa entre la sanción a la empresa; y la no sanción, esta última acompañada de un potencial pérdida de clientela como respuesta negativa al actuar de la empresa ("castigo del mercado" dicen algunos). Ahora, bien, ¿Esta conclusión intermedia le suena hartito conocida y puede avizorar el final?

Quien esto escribe está convencido de que tal dicotomía debe desecharse, porque da lugar a supuestos factibles no regulados (lagunas) y posiciones de regulación - en sentido lato- extremistas (2). En ese sentido no faltará el caso de una madre que conmueva a un colegiado porque la obligaron a salir, cuando compraba vestimenta básica y de primera necesidad en pleno invierno; o la aplicación estricta de políticas no admisión de madres con niños en edad de lactancia en algunos centros de venta de ropa, bajo la consigna de que "guerra avisada no ofende".

Frente a ello, nos preguntamos ¿Si la distinción entre lo público y lo privado no es por demás ya obsoleta en los roles y relaciones económicas? Aplicado a los espacios, resulta algo incontenible que alguien pueda reclamar la resolución de la discusión a algún órgano resolutor (jurisdiccional o administrativo) para que aplique el deber ser (Derecho) en el ser (relación económica de consumo), para, teóricamente, corregirlo.

Es así que resulta lamentable, que tal como se interpreta el sistema

jurídico, la decisión que incoa se reduzca a un derivado de la dicotomía que objetamos: Negar la lactancia en espacios privados o permitirla sin restricción alguna del titular del establecimiento comercial. Teniendo la oportunidad de ser más programáticos como aceptar la lactancia en cualquier espacio (públicos o privados, indistintamente) pero en espacios destinados para ello, cuando estos estén habilitados; de lo contrario asumir el permiso del titular del establecimiento para hacerlo. Así el deber ser se fija un poco más (considerablemente) en el ser, para corregirlo, y no lo hace a ciegas (empeora).

#### **IV. Una reflexión en torno a la falacia e irrelevancia de clasificar el derecho económico en el derecho privado o en el público [Trib. José-Manuel Martin Coronado, Jefe de Estudios Jurídicos EMA, Lima-Perú, 1 de noviembre de 2013]**

Debe reclamarse que esta discusión arcaica, tal vez útil sólo en el primer curso de la carrera, de clasificar las ramas del Derecho como públicas o privadas no deja de lado al Derecho Económico, al tratar de encasillarlo en uno de estos dos grupos.

Mucho se ha dicho también, respecto de la existencia de un tercer elemento de esta definición, mediante el cual el Derecho Económico sería parte del "Derecho Social", es decir aquella tercera gran división del Derecho, que une lo privado con lo público.

No obstante, dicho concepto pierde validez puesto que derecho económico es, al mismo tiempo, derecho privado y derecho público. No lo es como un engranaje entre ambos, como un puente de intermediación, sino como acción y dinámica que existe simultáneamente.

Bajo esta perspectiva, aparentemente, también cabría afirmar que existe un derecho público económico y un derecho privado económico, según afirma la corriente española propugnada por Gaspar Ariño y otros. ¿Cuán correcto es esto?

Al respecto, ya se ha indicado anteriormente que el Derecho Económico es un Derecho Transversal, vale decir que se encuentra en otro plano distinto a la clasificación tradicional del Derecho.

Ello quiere decir que en un plano se encuentran las ramas "tradicionales" (estructurales/originarias) del Derecho, las macroramas por así decirlo, civil, penal, constitucional, administrativo, internacional, entre otras. Este vector penta-dimensional es cortado por el derecho económico, generando una especialidad para cada uno: derecho civil económico, derecho penal económico, entre otros.

En este sentido, la discusión si el derecho económico es o no privado o público, resulta tan irrelevante como querer clasificar las macroramas del derecho en privadas o públicas, de manera

dicotómica, lo cual ya ha sido superado por la doctrina.

En efecto, ya se ha aceptado que, para que la discusión no sea ociosa, es necesario admitir que existe un grado de publicidad o de privacidad en el derecho, y que en función de dicho grado, se puede ir ubicando las diversas macro-ramas.

Por ejemplo, el Derecho Civil sería en un 80% derecho privado y un 20% derecho público, mientras que el derecho penal posiblemente tenga un aspecto 80% público y 20% privado. De ello, el derecho administrativo económico podría ser un 70% público y un 30% privado, etc, por poner ejemplos.

El derecho económico también podría someterse a ese test de publicidad-privacidad, con lo cual el resultado probablemente sea 50% privado y 50% público, debido a la transversalidad con la que cuenta.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta irrelevante ya esta clasificación dicotómica y en buena cuenta también la clasificación progresiva, toda vez que la esencia pública directa o indirecta de las normas jurídicas siempre existirá, en mayor o menor medida, por lo cual pensar que existe alguna rama del Derecho que se encuentre libre de la intervención del Estado es utópico.

Lo más importante aún es que el Derecho Económico observe hasta

que punto tiene un contenido autónomo, cuán especializado puede ser o hasta que punto se convierte en una rama que integra más la Economía con el Derecho. Subsisten entonces las siguientes preguntas, entre otras:

- ¿Hasta qué punto el Derecho Administrativo Económico proviene del Derecho Administrativo?
- ¿Puede un civilista "tradicional" dedicarse al Derecho Civil Económico?
- ¿Puede un penalista hacer lo mismo?
- ¿En qué momento el Derecho de la Competencia, Derecho del Consumidor, Derecho Bancario y otros, trascienden del Derecho "Tradicional" Económico?
- ¿Es el Derecho Tributario una rama más cercana del Derecho Económico "Integral" que del Derecho "tradicional" Económico?
- ¿En que momento el objeto de estudio (adjetivo del término Derecho) se convierte en sujeto de estudio? (Derecho de la Tributario --> Lo tributario / Tributación)
- ¿Y en qué momento el Derecho Económico se transforma en "Derecho y Economía" (en sentido estricto)?

Estas cuestiones son más importantes y necesarias de resolver, por su aplicación práctica y por la necesidad de generar nuevas especializaciones más acordes con el "redescubrimiento" de la Economía por el Derecho en una Era en la cual la exigencia del respeto a la libertad y los efectos imprevistos de las operaciones

económicas son cuestiones de todos los días.