

## DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Derecho público*. IV. *Derecho privado*. V. *Organización política romana*. VI. *Fuentes del derecho romano*. VII. *Derecho público y privado*. VIII. *Fuentes del derecho en la actualidad*. VIII. *Derecho público y privado en la actualidad*. IX. *Bibliografía*.

Aprendemos de la vida,  
no sólo en la escuela...

Cicerón

### I. INTRODUCCIÓN

Marta Morineau Iduarte, maestra de derecho romano de un sinnúmero de generaciones de alumnos en la Facultad de Derecho e investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Qué mejor para honrar la memoria de tan entrañable amiga, sino realizar el análisis sobre una de las instituciones jurídico-romanistas que ha trascendido hasta el siglo XX, cuya prospectiva al siglo XXI ofrece en su naturaleza la riqueza de la recreación y discusión doctrinaria a partir del replanteamiento del sustento jurídico a la luz del comercio en un mun-

\* Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora titular por oposición de derecho mercantil, derecho económico e historia del pensamiento económico en la licenciatura, derecho mercantil y derecho financiero en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Catedrática de la UNAM. Investigadora titular por oposición en el área de derecho mercantil en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), México.

do donde ya no existen distancias y los avances tecnológicos y científicos, en el marco de la globalización, requiere la armonización del derecho comercial, cuyo reto es la defensa por parte del Estado, no sólo de los intereses privados, sino además de la rectoría económica en beneficio de los mexicanos.

Así, se emprende el estudio y análisis de si el derecho público y el derecho privado subsisten como clasificación meramente didáctica, o si por el contrario, se debe seguir sosteniendo la figura jurídica-romanista de la clasificación del derecho en público y privado.

## II. ANTECEDENTES

El desarrollo del derecho romano se ha clasificado en diferentes periodos que van desde la fundación de Roma hasta el Imperio de Justiniano; en cada uno de ellos hay rasgos particulares que los distinguen; sin embargo, para este estudio, es de suma importancia conocer las fuentes del derecho en general, ya que es a través de éstas que se puede señalar si existe, o no, una división entre derecho público y derecho privado.

Es importante señalar cuáles son los periodos<sup>1</sup> en los que se clasifica la historia del derecho romano, ya que a través de éstos se formaron sus características y, principalmente, donde se encuentra el fundamento de la clasificación romanista del derecho en público y privado, división que, como ya se dijo, habría que analizar si aún subsiste o si en la actualidad sólo se trata de una clasificación meramente didáctica.

1. *Derecho romano arcaico*. Desde la fundación de Roma, 753 a. C., hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas, 449 a. C.
2. *Derecho romano preclásico*. Desde la promulgación de las Leyes de las XII tablas, 449 a. C., hasta el final de la República, 27 a. C.
3. *Derecho romano clásico*. Desde el final de la República, 27 a. C., hasta el imperio de Alejandro Severo, 235 d. C.
4. *Derecho romano posclásico*. Desde Alejandro Severo, 235 d. C., hasta Justiniano, 527 d. C.

<sup>1</sup> Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (de los orígenes de la Alta Edad Media)*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 54.

5. *Derecho romano justiniano*. Desde 527 d. C., hasta el 565 d.C., duración del Imperio de Justiniano.

### III. DERECHO PÚBLICO

*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*, es decir, derecho público es aquel que trata del gobierno de los romanos, y se divide en tres:

1. *Sacro*. Se refería al culto de los dioses, a sus diversos ritos y sacrificios.
2. *Sacerdotes*. Se refería a su organización, funciones y prerrogativas.
3. *Magistratus*. Regulaba su número, naturaleza y atribuciones; la competencia y la organización de las asambleas populares y del senado.

El derecho público se refería, entonces, al gobierno, a la organización y funciones del Estado, así como a sus relaciones con los particulares y las que pudiera mantener con otros Estados. Las normas que formaban parte de este derecho no podían ser modificadas por acuerdo entre particulares.

El *ius publicum* emanaba, además, de los órganos del Estado, los cuales se encargaban de expresar la voluntad del pueblo romano

### IV. DERECHO PRIVADO

*Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*, el derecho privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares; es decir, el que reglamenta sus diferentes relaciones y actividades.

El derecho privado era, así, el que regía a los particulares; sus normas podían ser modificadas por la voluntad de los individuos a quienes estaban dirigidas, y de hecho, en sus orígenes, este derecho emanaba de las agrupaciones familiares con el objeto de regular únicamente las relaciones entre particulares, las cuales podían ser de carácter familiar o patrimonial. De aquí que se diga que el derecho privado fue la fuente primaria del derecho romano.

El derecho privado, se clasificaba a su vez en derecho natural, derecho de gentes y derecho civil; el primero se refería a todos aquellos derechos provenientes de la voluntad divina en relación con la naturaleza del hombre, se integraba por todas las leyes que la naturaleza impone a los seres

animados, pero que se distingue del instinto que mueve a los animales, porque el hombre tiene conciencia y razón.

El derecho de gentes contenía todas las reglas aplicables a todos los pueblos que no pertenecían a Roma. Finalmente, el derecho civil se refería a aquellas reglas específicas de cada pueblo; los jurisconsultos romanos se refieren al *ius civile* como *ius proprium civium romanorum*, es decir, aquél reservado únicamente para los ciudadanos romanos y del cual no gozaban nunca los extranjeros.

El derecho privado comprendía todo el sistema de justicia privada o autodefensa, que por mucho tiempo funcionó con autonomía e independencia de las autoridades; esta “autojusticia” se observaba principalmente en el ámbito civil y penal, donde los magistrados intervenían en los procesos únicamente como árbitros, pero nunca con su calidad de *imperium*. Así, el *ius privatum* se encontraba siempre sujeto a la voluntad de los particulares.

De lo anterior se comprende que la fuente formal del derecho privado fuera la jurisprudencia, ya que, cuando ésta era aplicada en algún tribunal, era inminente que lo que se aplicaba era la voluntad de los particulares, pero orientada y sancionada por el pretor.<sup>2</sup>

El sistema de “autojusticia” se fue debilitando cuando el Estado empezó a tener una mayor participación en la solución de las controversias que llegaban a plantearse entre los particulares; el derecho privado comenzó a decaer, ante un derecho establecido por el Estado para el bien común, lo cual se acentuó con el debilitamiento de las familias como instituciones políticas.<sup>3</sup>

## V. ORGANIZACIÓN POLÍTICA ROMANA

Antes de identificar cuáles fueron las fuentes que dieron origen al derecho romano, y con ello, definir si realmente se contemplaron o no dos ramas del derecho, valdría la pena señalar la organización política de los romanos.

<sup>2</sup> Los pretores eran magistrados que en el régimen republicano llegaron a ostentar la jefatura suprema de la *civitas*, que antes ejercía el rey, fueron creados en el año 387, fecha a partir de la cual, tuvieron a su cargo la administración de la justicia. Petit, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, Madrid, Saturnino Calleja, 1924, p. 40.

<sup>3</sup> Durante la época del derecho romano arcaico, 753 a. C.-449 a. C., la familia romana, funcionó y se desarrolló para fines de orden y defensa social. Era, por consiguiente una institución romana. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *op. cit.*, nota 1, p. 66.

### 1. *El rey*<sup>4</sup>

El rey se encontraba a la cabeza del gobierno romano. Era una monarquía no absoluta, ya que la soberanía pertenecía a las familias patricias, las cuales estaban agrupadas en curias y ejercían su poder a través de las asambleas o comicios. El rey romano tenía atribuciones religiosas, militares y judiciales; respecto a estas últimas, tenía la facultad de castigar aquellos delitos que excedían de las facultades judiciales y punitivas de las familias o *gens*. Cuando la monarquía es derrocada, se instaura la República y el lugar que ocupaba el rey fue sustituido por dos magistrados.<sup>5</sup> Con el tiempo, la República se convirtió en Imperio, hasta llegar a Justiniano y a la decadencia de este poderoso imperio, el cual, por lo menos en el ámbito del derecho nos ha dejado un importante legado histórico-jurídico.

### 2. *El Senado*<sup>6</sup>

El Senado asistía al rey, se componía de las personas más viejas, miembros de familias patricias,<sup>7</sup> por lo que solía denominárseles *paters o seniors*. El Senado desempeñaba las atribuciones del rey cuando éste se encontraba ausente, además, tenía la función de autorizar los acuerdos tomados en las asambleas del pueblo.

### 3. *Las comitia*<sup>8</sup>

Otro órgano encargado de tomar decisiones fueron los *comitia*, los primeros que existieron fueron la *comitia curiata*, que se componía de todos los ciudadanos libres, es decir, del pueblo, el cual, a su vez, se dividía en

<sup>4</sup> El régimen imperante en Roma desde su fundación, 753 a. C., hasta el 509 a. C., fue monárquico. *Ibidem*, p. 70.

<sup>5</sup> Llamados también pretores, *iudices* y cónsules.

<sup>6</sup> El Senado estuvo presente en la época monárquica, 753-510 a.C.; la República, 510-27 a.C.; y el Principado, 27 a.C.-284 d. C. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford, 2002, pp. 8, 10 y 17.

<sup>7</sup> Los patricios eran la clase social rica y detentadores del poder romano. De acuerdo con la tradición, cuando Rómulo creó el Senado, llamó a sus miembros *patres*, creando así la clase patricia, los que quedaron fuera de esta clase se llamaron plebeyos. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *op. cit.*, nota 1, p. 69.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 71-73.

treinta curias, diez por cada una de las tribus primitivas que fundaron Roma, cuando todas las curias se reunían se formaba la *comitia curiata*. Esta asamblea fue el antecedente más remoto del Poder Legislativo, ya que las decisiones que ellos tomaban se convertían en ley, *leges curiatae*; sin embargo, la ley no era perfecta sino hasta que había recibido la sanción del Senado. Los comicios por curias cesaron a finales del siglo VI.

Las *comitia centuriata* eran una especie distinta de asambleas del pueblo. Se crearon cuando los ciudadanos fueron distribuidos en secciones, llamadas centurias, de acuerdo con su situación en el ejército y su fortuna; las decisiones que se votaban en los comicios por centurias eran *lex centuriata*; sin embargo, no eran obligatorias sino hasta que recibían la sanción del Senado. Después de que los comicios por curias dejaron de funcionar, las leyes de los *comitia centuriata* no requerían de la ratificación del Senado para ser obligatorias.

Poco tiempo después de instaurarse la República, el resto del pueblo, que no podía pertenecer a una centuria, se agrupó en los *comitia tributa*.

## VI. FUENTES DEL DERECHO ROMANO

### 1. *Usos y costumbres*

Durante los primeros siglos de Roma, los usos eran la única fuente del derecho, desde los fundadores y a través de las distintas generaciones se transmitían por tradición. La costumbre adquiere autoridad por el consentimiento tácito del pueblo.<sup>9</sup>

Se dice que el derecho privado sólo tuvo como fuente durante esta época usos y costumbres; los magistrados, encargados de la administración de justicia, podían tomar ventaja de la falta de precisión de estas reglas cuando actuaban como árbitros, por ello, el pueblo pedía que se redactara una ley aplicable a todos los ciudadanos. Fue así, como después del acuerdo del Senado y los tribunos,<sup>10</sup> se creó la Ley de las XII Tablas.

<sup>9</sup> Petit, Eugéne, *op. cit.*, nota 2, pp. 35 y 42.

<sup>10</sup> Los tribunos, o *tribuni plebis*, se crearon en virtud de una especie de tratado entre patricios y plebeyos en el año 260, cuando estos últimos deciden salir de Roma y dirigirse al monte Aventino en signo de rebeldía y protesta. Los patricios deciden hacer una concesión a la plebe, permitiéndoles nombrar protectores de sus intereses, a los cuales se les otorgó un derecho de veto oponible en Roma a las decisiones de todos los magistrados, cónsules y senado. *Ibidem*, p. 35.

## 2. *Ley de las XII Tablas*

Las XII Tablas, promulgadas en el año 449 a. C, son la primera compilación completa del derecho, codificaron el derecho consuetudinario, y se les tienen como la fuente de todo el derecho público y privado. Además, se consideraron ley por excelencia, y por tanto, todo lo que de ellas derivaba era legítimo; no hubo otra compilación hasta la realizada por Justiniano, diez siglos después, y de hecho fue hasta esta última época que expresamente se revocaron algunas normas contenidas en las XII Tablas.

Las XII Tablas, legislación decenviral, elaborada por una comisión de diez ciudadanos,<sup>11</sup> fue una ley pública, aplicable a todos; por ello se dice que a partir de esta ley se puede hablar realmente de la fundación de la ciudad romana.

Esta legislación fue una gran conquista para los plebeyos que habían estado buscando una igualdad con los patricios, tanto en el derecho público como en el privado.

## 3. *Plebiscitos*

Eran las decisiones que tomaban los plebeyos en los *concilia plebis*. En un principio sólo se aplicaban a esta clase social, pero en el año 287 se dicta la Ley Hortensia,<sup>12</sup> y con ella, los plebiscitos rigen, tanto para los patricios como para los plebeyos, convirtiéndose en verdaderas leyes.

## 4. *Interpretación de los pontífices y jurisconsultos*

La Ley de las XII Tablas fue conocida por todos; sin embargo, requería perfeccionarse e, incluso, llenar sus lagunas. En un principio, cuando las fórmulas de las acciones de ley no eran conocidas, los pontífices fueron los encargados de cumplir con la tarea de interpretación, desempeñando así el papel de jurisconsultos.

<sup>11</sup> Floris Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia universal del derecho*, México, Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, 1974, t. I, pp. 112 y 113.

<sup>12</sup> La Ley Hortensia dispuso que los plebiscitos obligaban a todos los ciudadanos, desde ese momento, quedaron igualados a las leyes votadas en los comicios centuriados. Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario de derecho romano*, Buenos Aires, Sea, 1962, p. 380.

Tiempo después se publica el *Jus flavianum*,<sup>13</sup> donde se daban a conocer esas fórmulas legales, logrando así que la ciencia del derecho fuera abierta a todos; los plebeyos pudieron entonces, estudiar las leyes y su práctica. Con el tiempo, se hizo costumbre solicitar el dictamen de uno o varios jurisconsultos para resolver alguna controversia; incluso los magistrados llegaron a rodearse de un *consilium* compuesto por varios de estos estudiosos del derecho.

Las decisiones de los jurisconsultos no eran obligatorias; sin embargo, contaban con autoridad moral, por ello, “los jurisconsultos dedicados diariamente a la práctica del derecho, interpretando las partes dudosas, deduciendo las consecuencias y respetando la ley, desarrollan y perfeccionan las aplicaciones del mismo”.<sup>14</sup>

Los dictámenes de los jurisconsultos adquirieron mayor fuerza durante la época del imperio. De hecho, bajo el imperio de Adriano, obtuvieron el carácter de ley, convirtiéndose en una fuente importante del derecho escrito.

### 5. *Senadoconsultos*

Senadoconsulta es lo que el senado ordena y establece; se trata de una disposición de carácter normativo, emanada del senado y de obligatorio cumplimiento para todos. Aunque realmente no hay una fecha concreta en que los senadoconsultos hayan adquirido esta obligatoriedad, se sabe que fue a partir de la época del imperio cuando las asambleas del pueblo empezaron a reunirse con menor frecuencia, y con ello, los proyectos de ley se sometieron únicamente a la aprobación del senado,<sup>15</sup> adquiriendo así la fuerza legal necesaria para obligar al pueblo romano.

### 6. *Constituciones imperiales*<sup>16</sup>

Con el tiempo, los senadoconsultos dejaron de dictarse, cediendo su lugar a las Constituciones imperiales, es decir, a las decisiones emanadas de la voluntad del emperador. Se distinguieron tres clases de Constituciones, los *edicta*, es decir edictos publicados por el emperador; los *decreta*,

<sup>13</sup> Petit, Eugéne, *op. cit.*, nota 2, p. 43.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 50.

decisiones judiciales emanadas del emperador en las causas sometidas a su jurisdicción; y los *prescripta*, que eran las prescripciones imperiales dirigidas a los magistrados.

### 7. *Ley*

La ley, como fuente del derecho, se clasificó en pública y privada. La *lex* es una declaración de potestad, que vincula tanto al que la da como al que la acepta. La *lex privata* sólo puede ser declarada por quien disponga de lo suyo en un negocio privado, la *lex privata*, por tanto, hace *ius privatum*.

La *lex publica* es la declarada por el magistrado y autorizada por el pueblo a través de los comicios con el objeto de que vinculara a todos los ciudadanos, incluso a los futuros; los peregrinos o extranjeros no quedaban vinculados pues no intervenían en los comicios.

La ley es pública porque se hace para el “pueblo”, además debe exponerse su texto al público, para que todos la conozcan y sea inexcusable la ignorancia de la ley.

### 8. *Edictos del pretor*

Los edictos del pretor o magistrado fueron, al igual que las opiniones de los jurisconsultos, de gran importancia para el progreso del derecho. Los edictos eran las reglas de derecho que los magistrados encargados de la justicia civil, sobre todo los pretores, publicaban al entrar en funciones. Se trataba de la facultad que tenían para establecer las normas que aplicarían para la resolución de los litigios ante ellos presentados.

Las reglas contenidas en los edictos, en ocasiones, fueron llamadas *ius honorarium*,<sup>17</sup> porque nacían de aquellos que ocupaban funciones públicas, y en oposición del *ius civile*, dictado por los jurisconsultos, que como ya se dijo, se trataba de particulares interpretando las leyes.<sup>18</sup> Sin embargo, los edictos llegaron a tener mayor éxito cuando los pretores fueron jurisconsultos eminentes; ya no se trataba entonces de simples ciudadanos, sino de funcionarios públicos.

<sup>17</sup> Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 6, p. 15.

<sup>18</sup> Véase *supra*, Interpretación de los pontífices y jurisconsultos.

### 9. *Edicto de Salvio Juliano*

Al finalizar el siglo I d. C., los edictos ya no eran una importante fuente del derecho, pues rara vez incluían alguna reforma importante. Ante ello, Salvio Juliano, importante jurisconsulto, realizó una compilación de los edictos del pretor urbano y peregrino; por un senadoconsulto se dispuso que estos edictos no fueran modificados; por tanto, los pretores debían aplicarlo tal como estaba redactado, sólo en caso de duda debían acudir al emperador, para que éste les diera la solución. A esta compilación se le conoce también como el Edicto Perpetuo.<sup>19</sup>

### 10. *Instituciones de Gayo*

Se trata de una obra casi completa del derecho de la época clásica; las *Instituciones* de Gayo son un tratado elemental del derecho romano, elaborado para la enseñanza de este derecho. Gayo divide la materia del *ius civile* en tres partes: personas, cosas y acciones.

### 11. *Corpus Iuris Civilis de Justiniano*

Después de la muerte de Alejandro Severo, 235 d. C., y hasta el reinado de Justiniano, 527-565 d. C., se ubica la época del Bajo Imperio, en ella, prácticamente se agotan todas las fuentes del derecho, no hay nuevas leyes, plebiscitos o senadoconsultos; sólo quedan la costumbre y las Constituciones imperiales.

Con el objeto de clasificar las Constituciones y otras fuentes del derecho para hacerlas del conocimiento del público se crean varias codificaciones, tres de ellas fueron el Código Gregoriano, el Hermogeniano, y el Teodosiano; en el primero se contienen las Constituciones desde Séptimo Severo hasta Diocleciano, correspondiente a los años 196 a 295 d. C.; el segundo es un complemento del anterior, contiene las Constituciones desde Diocleciano hasta Valentiniano I, desde 291 a 365 d. C.; finalmente, en el Código Teodosiano se clasifican todas las Constituciones desde Constantino y diversos trabajos de jurisconsultos.

<sup>19</sup> Petit, Eugéne, *op. cit.*, nota 2, p. 51.

A pesar de las codificaciones constitucionales, las reglas de derecho estaban en completo desorden. Cuando Justiniano subió al trono en el año 527 d. C. la reforma de las leyes romanas era una tarea indispensable. Justiniano inició entonces una importante obra codificadora, el *Corpus Iuris Civilis*, donde se contuvieron cuatro colecciones importantes: el Código, el Digesto, las Instituciones, y las Novelas.

- El *Código* reúne en una sola obra los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; además, agrega las Constituciones posteriores a ellos y tacha las repeticiones, contradicciones y reglas en desuso.<sup>20</sup>
- El *Digesto* o *Pandectas* es una compilación de las obras de 39 jurisconsultos.
- Las *Instituciones*, dedicadas a la enseñanza del derecho; para su elaboración se tomaron como referencia a las Instituciones de Gayo y otras obras similares.
- Las *Novelas*. Para no realizar una nueva edición del Código, Justiniano señaló que las nuevas Constituciones que publicara serían parte de una obra especial llamada las Novelas.

## VII. DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Propiamente, la clasificación del derecho en público y privado se estableció en las *Instituciones* de Justiniano (1.1.4.), particularmente en el Digesto, donde Ulpiano señaló:

Dos son las posiciones que se ofrecen en el estudio del derecho: el derecho público y el privado: es derecho público el que contempla la condición del pueblo romano; privado, el que atiende a la utilidad de los particulares, pues algunas cosas son de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público contiene lo relativo al culto, a los sacerdotes y a los magistrados; el derecho privado es tripartito, porque se halla integrado por preceptos del derecho natural, de gentes y civil.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cinco años después de que se concluyó el Código, Justiniano ordenó una nueva edición donde se contuvieran las Constituciones que hasta ese momento había dictado; este Nuevo Código se incluye como parte del *Corpus Iuris Civilis*.

<sup>21</sup> Ley 1a, Título I, *De justitia et jure*. Libro I del Digesto.

La separación del derecho en público y privado hecha por Ulpiano, no debe considerarse como la creación de dos esferas jurídicas contradictorias, sino más bien como un conjunto de normas en donde, en ocasiones, el Estado protege los intereses particulares, pues esa protección es de interés público, y en otras, los particulares cumplen esas normas porque tienen un interés individual.

La oposición entre el bien común, representado por el Estado, y la autonomía de la voluntad de los particulares, o bien individual, es la que, hasta la actualidad marca la diferencia teórica entre derecho público y derecho privado; aun desde los tiempos romanos se tenía muy claro que el bien del pueblo era la ley suprema. Los particulares no podían modificar el derecho público; sin embargo, todo el derecho debía construirse en beneficio de las personas.

*Salus populi suprema lex esto. Privatorum conventio iuri publico non derogat. Ea quae communiter omnibus prosunt, iis quae specialiter quibusdam utilia sunt, praeposita. Omne ius personarum causa constitutum est.*<sup>22</sup>

Ahora bien, no obstante el brinco histórico que se hará, indispensable en función de la limitación de espacio para la publicación, a continuación se verán las fuentes del derecho en la actualidad.

### VIII. FUENTES DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

Las fuentes del derecho se refieren al origen de las normas jurídicas y a su fundamento de validez; en otras palabras, son el conjunto de hechos reconocidos y apropiados para crear, modificar, sustituir o derogar normas de orden jurídico. En la actualidad se les reconoce el carácter de elementos constitutivos indispensables para la creación del derecho.

La doctrina tradicional, originada en la Escuela histórica con su máximo exponente, Federico Carlos de Savigny, clasifica las fuentes del derecho en tres tipos:

<sup>22</sup> “El bien de todo el pueblo debe ser la suprema ley. El convenio entre particulares no puede derogar al derecho público. Se ha de preferir el bien común de todos al bien exclusivo de algunos individuos. Todo el derecho, incluso el público, se construye en beneficio de las personas”. Villoro Toranzo, Miguel, *Derecho público y derecho privado*, México, Ius, 1975, pp. 20 y 21.

- *Formales*. Son los procesos, constituidos por etapas que se suceden simultáneamente, de manifestación jurídica mediante los cuales se forman las normas legales. Las fuentes formales, de acuerdo con la doctrina tradicional, pueden ser directas, cuando producen normas jurídicas; o indirectas, cuando coadyuvan a su elaboración, como en el caso de la interpretación, orientación y estudio de las mismas.

Dentro de las fuentes formales directas se encuentran la ley, la costumbre, los tratados internacionales y los actos que generan normas de carácter individual. Las fuentes formales indirectas son la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

- *Reales*. Se refiere a los contenidos normativos integrados en las normas jurídicas; es decir, son los valores, principios morales, principios sociales y criterios. Son de naturaleza metajurídica, por tanto, no tienen fuerza obligatoria, pero sí aportan elementos para que el derecho se aplique de una manera más asertiva.
- *Históricas*. Es decir, los documentos de derecho positivo no vigente son todos aquellos documentos históricos que produjeron para la humanidad antecedentes jurídicos de innegable valor.

Toda norma de derecho tiene un origen histórico, material; un fundamento ideológico, *lato sensu*; y una fuente formal, es decir un conjunto de actos y fuentes que determinan la validez y contenido de una norma jurídica.

### 1. *Legislación*

La ley es producto directo del proceso legislativo, es dictada por una instancia competente del Estado, y se caracteriza por ser abstracta, elaborada en términos de una hipótesis que pueda ubicarse en cualquier situación concreta de la realidad; general, dirigida a todas las personas; obligatoria, debe contener medios de coacción que garanticen que quien está sujeta a ella realice la conducta o abstención señalada; y, coercible, que pueda ser impuesta aun en contra de la voluntad de los destinatarios.

### 2. *Principios generales del derecho*

Se trata de principios de justicia, revelados por la razón y la conciencia que encierran una verdad jurídica universal; es decir, son principios dictados por la equidad y conforme con el sentido común.

Los principios generales del derecho no pueden ser otros que los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas de los cuales, en fuerza de la abstracción, deben exclusivamente deducirse.

### 3. *Costumbre*

Es el procedimiento consuetudinario creador del derecho; pero para ello, deben concurrir dos elementos, el primero llamado fáctico, *inveterata consuetudo*, se refiere al conjunto de conductas realizadas por las personas y que se consideran de un uso prolongado; el segundo elemento, *opinio juris*, denominado normativo, es el hecho de que un poder público le reconozca el carácter obligatorio.

La costumbre, como fuente del derecho, sólo puede surgir cuando concurren los dos elementos, tal como señalaba la fórmula romano-canónica: *inveterata consuetudo et opinio juris sive necessitatis*.<sup>23</sup>

### 4. *Jurisprudencia*

Es la fuente forma indirecta más importante, se forma por el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas contenidas en las sentencias judiciales; por tanto, tiene una doble función, por un lado genera normas jurídicas y por otro, coadyuva tanto en su formación como en su aplicación.

La jurisprudencia se aplica cuando la ley es oscura, confusa, o simplemente no regula situaciones concretas que se presentan en la práctica.

### 5. *Doctrina*

Es otra fuente indirecta del derecho. Se trata de aquellos estudios de carácter científico realizados por juristas, es decir, particulares que no se encuentran investidos de ningún poder estatal con el único propósito de sistematizar los preceptos del derecho y con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.

<sup>23</sup> Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, p. 35.

No tiene ninguna fuerza obligatoria, simplemente sirve, al igual que la jurisprudencia, para fijar el sentido de las disposiciones legales o el alcance de las costumbres jurídicas.

Una vez señaladas las fuentes del derecho actual, se pueden hacer las siguientes reflexiones:

- La costumbre siempre ha sido generadora del derecho; sin embargo, para los romanos ésta adquiriría fuerza legal por el simple consentimiento del pueblo. En la actualidad se requiere de un poder estatal que le otorgue obligatoriedad, es decir, que la transforme en ley.
- La ley, hasta la actualidad, ha sido fuente principal del derecho; siempre se ha caracterizado por ser general y obligatoria. Su creación también ha sido, desde el derecho romano, mediante un proceso legislativo; en los romanos, el magistrado era quien elaboraba la ley y luego la sometía a la aprobación del pueblo, lo cual a su vez servía para hacerla del conocimiento general. En la actualidad, de acuerdo con la división de poderes, es el Poder Legislativo<sup>24</sup> quien se encarga de elaborar las leyes.
- La jurisprudencia, como fuente del derecho, también se encuentra presente desde los romanos, en ocasiones bajo la figura de edictos, y hasta la fecha conserva las mismas características, es decir, se trata de la interpretación que se hace de la ley a través de aquellos a quienes corresponde aplicarla.
- Fuentes del derecho romano, como los plebiscitos, los senadoconsultos y las Constituciones imperiales ya no son consideradas fuentes del actual derecho. Podrían equipararse a la facultad que tiene el Ejecutivo federal o el propio Poder Legislativo para iniciar el proceso de formación de leyes.
- Finalmente, en cuanto al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, se puede destacar que fue prácticamente la fuente más importante de derecho escrito que agrupó, en un solo documento, todo el derecho romano hasta ese momento conocido. Su importancia radica en que se trata de uno de los principales antecedentes de los procesos codificadores actuales.

<sup>24</sup> Es importante resaltar que, en México, el Poder Legislativo se forma por ciudadanos electos por votación popular; es decir, finalmente es el pueblo quien aprueba las leyes.

## VIII. DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN LA ACTUALIDAD<sup>25</sup>

El derecho sirve para regular y armonizar las relaciones entre los integrantes de una sociedad y de un Estado; para ello, en las naciones occidentales, prevalece la opinión, originada desde el derecho romano, de que la *divisio divisionis* del derecho objetivo será en derecho público y derecho privado; división que seguramente ha sido tomada del texto de Ulpiano; de este modo las diversas ramas del derecho se fueron desarrollando y subdividiendo siguiendo las líneas de esta distinción.

La clasificación, en la doctrina, del derecho positivo, muestra efectivamente la existencia de la división en público y privado, pero, lo importante es saber si esta clasificación tiene los fundamentos necesarios para justificarla de forma científica y jurídicamente racional. Por tanto, la determinación de un criterio que permita fundar en forma racional y jurídica la distinción entre derecho público y privado constituye uno de los problemas de la ciencia y de la filosofía del derecho.

Al respecto, se han elaborado diversas teorías; están las que pretenden fundamentar la existencia de la división del derecho general en dos ramas, el público y el privado; las que señalan que se debe hablar de una tercera rama, el derecho mixto; y las que niegan la existencia de cualquier división.

Algunos autores, como Radbruch, consideran la distinción como un *a priori* lógico, diversas tendencias se dirigen hacia la eliminación —Duguit—, o hacia una atenuación, considerándola simplemente relativa, como lo es en opinión de Kelsen. Dice Ennecerus que se trata de una distinción históricamente condicionada pero no lógicamente necesaria.<sup>26</sup>

### 1. Teorías que aceptan la división del derecho

*Teoría del interés en juego.* La división del derecho de esta teoría se basa en contenido de las relaciones de los sujetos que regula. Su principal

<sup>25</sup> Para mayor referencia, Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, nota 23, pp. 8 a 24.

<sup>26</sup> Radbruch, R. G., *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid, España, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, pp. 78 y ss.; Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, Ancienne Librairie Fontemoin Cie., Edit., 1921, t. I, pp. 522 y ss.; Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, pp. 105-108; Ennecerus, Ludwig *et al.*, *Derecho civil (parte general)*, Barcelona, Librería Bosch, 1934, vol. I, p. 131, citados en Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, nota 23, pp. 11 y 12.

exponente es Savigny, aunque en realidad se trata de la división señalada desde los romanos por Ulpiano. Es una teoría subjetiva, ya que considera al derecho público como un conjunto donde los individuos quedan en un segundo plano; en tanto que, en el derecho privado, tiene por objeto exclusivo el propio individuo.

*Teoría de las normas distributivas y adaptativas.* Su principal defensor es Korkounow;<sup>27</sup> esta teoría establece que la base de la distinción de un derecho en público y privado se encuentra en la forma que revisten las relaciones jurídicas. En esta teoría, el derecho es, en general, la facultad de servirse de alguna cosa; esta “cosa” u objeto del derecho puede ser distribuida a título de propiedad, correspondiéndole así, por una parte, una esfera propia de acción donde se distingue claramente entre “lo tuyo y lo mío”, la cual correspondería al derecho privado o distributivo. Por otro lado, se encuentra la adaptación del objeto a la satisfacción de intereses comunes, es decir se le otorga a ese objeto un carácter de utilidad pública, correspondiendo esta segunda forma a un derecho público o adaptativo.

*Teoría que atiende a la naturaleza de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares.* Esta teoría postula que las normas son de derecho privado cuando establecen relaciones de coordinación en un plano de igualdad entre los sujetos, ya sean particulares o entre particulares y el Estado. Por el contrario, son de derecho público las relaciones de supra y subordinación. Dentro de esta directriz, destaca el trabajo realizado por el maestro Eduardo García Máynez, aunque al final él mismo concluye que la distinción entre derecho público y privado carece de fundamento teórico, y realmente sólo posee importancia desde un punto de vista práctico.<sup>28</sup>

## 2. Teorías que señalan una tercera rama en la división del derecho

Paul Roubier<sup>29</sup> no sólo acepta la distinción entre derecho público y privado, sino que señala la existencia de una tercera clasificación, a la cual

<sup>27</sup> Korkounow, N. M., *Cours de Théorie générale du droit*, París, s.e., 1914, pp. 276 y ss., citado en Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, nota 23, p. 14.

<sup>28</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 134.

<sup>29</sup> Roubier, Paul, *Théorie générale du droit*, París, Librairie du Recueil, Sirey, 1946, pp. 212 y 243-266, citado en Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, nota 23, p. 11.

denomina derecho mixto, integrada por las ramas del derecho que, a su juicio, se encuentran fuera de la clasificación tradicional.

### 3. *Teorías que niegan la división del derecho*

*Teoría alemana.* Establece que el derecho es único, el cual abarca indistintamente relaciones estatales e individuales.

*Teoría inglesa.* El derecho inglés ha ignorado durante mucho tiempo la distinción entre el derecho público, al cual se refieren como derecho administrativo, y el derecho privado; este derecho se resiste a admitir la existencia de normas de derecho administrativo distintas a las de derecho común o privado.

Duguit<sup>30</sup> establece que los actos jurídicos de derecho público y derecho privado se encuentran formados por los mismos elementos y en el fondo por el mismo carácter; sin embargo, la sanción en cada uno de ellos, no puede existir en las mismas condiciones, por tanto, la única diferencia de la que puede hablarse es la relativa a la concreción de una situación de derecho público o privado.

Kelsen, creador de la teoría pura del derecho, señala que la división entre derecho público y privado es relativa, ya que, desde el momento en que la norma jurídica protege un interés individual, esa protección constituye un interés público; por tanto, sólo se pueden señalar métodos diferentes de producir relaciones jurídicas. También señala que el derecho, independientemente de la fuente de donde surge, el fin al que se dirige, o el vínculo que une, es público por su propia esencia.

### 4. *Postura al respecto*

Así, hasta este punto del análisis, se puede concluir que no obstante la enorme importancia que el reordenamiento y el estudio del derecho romano tuvieron para el mundo occidental, no parece que la división en derecho

<sup>30</sup> Duguit, León, *Traité de droit constitutionnel*, cit., nota 26, Quintana Adriano, Elvia Arcelia, op. cit., nota 23, p. 17.

público y derecho privado haya trascendido sino hasta el siglo XVI. Con el Código Napoleónico podemos afirmar que la separación se consumó, tanto en el derecho positivo como en el campo de la doctrina. Sin embargo, y dadas las circunstancias actuales, dicha clasificación ha sido rebasada.

Si se analiza en el contexto actual, por la fuerza de los usos y costumbres, la realidad jurídica nos obliga a admitir que hoy en día se continúa hablando de instituciones y formas de derecho público y de derecho privado. Esto es innegable, cualquiera sea la posición doctrinaria que se adopte frente al problema. Sin embargo, debemos establecer que todas las normas, incluso las que hoy se consideran de derecho privado, por regularlas el poder estatal, serían *ius publicum*; por cuanto el *ius privatum*, sólo existiría y correspondería al derecho creado por la voluntad privada, que no forma parte de las fuentes del derecho en general.

Lo anterior se refuerza con la reflexión planteada en párrafos anteriores respecto a la división hecha en el derecho romano. Sin duda, puede afirmarse el hecho de que los romanos sí dividieron al derecho en público y privado; empero, nunca consideraron que tuvieran características opuestas, sino que se trataba de diversos componentes de un *todo*; lo cual se observa claramente cuando Ulpiano señala, en el Digesto, la diferencia entre normas de derecho privado y público.<sup>31</sup> Y aunque la doctrina ha señalado diversas fuentes como de derecho privado, vale la pena resaltar que, en las fuentes romanas, a excepción de la jurisprudencia, no se alude a la diferencia de estos conceptos.

Cuestión distinta es aceptar que sea conveniente o no la división de público y privado y, por tanto, seguir una política jurídica, o una orientación jurisprudencial que tienda a facilitar el desarrollo de la distinción en el derecho positivo.

Para la clasificación, sería necesario buscar a través del análisis de las normas que regulan en la actualidad, no sólo figuras tradicionales sino las instituciones jurídicas que giran en torno a los nuevos fenómenos, buscando no sólo establecer una nueva clase en el derecho positivo, sino además buscar a partir de ese orden un método de estudio que facilite solamente la comprensión, alcance y aplicación de ese único campo del derecho positivo sin división alguna.

<sup>31</sup> *Supra*, VII. Derecho público y privado.

En la actualidad, debe desaparecer la tradicional división de derecho público y privado. No es posible clasificar totalmente un sistema normativo, una rama del derecho dentro de un grupo u otro, porque toda disciplina jurídica tendría normas jurídicas de las dos categorías, públicas y privadas.

La diferencia entre ambas esferas de regulación jurídica solamente representa un valor histórico, tradicional; la distinción responde a una mera necesidad didáctica. El derecho es uno, con enfoque nacional e internacional. El derecho interno o nacional tiene su aplicación en el territorio, espacio; a la población que vive en él, pueblo; y en el tiempo, vigencia.

El derecho es un conjunto de normas cuyo principal objeto es la regulación de la conducta humana, y por tanto, de innegable interés público; así, las normas del llamado derecho privado o público [o de cualquier otro como el familiar, penal, mercantil, administrativo, entre otros], por el simple hecho de ser normas jurídicas se ubican dentro de un universo general al que simplemente debe llamarse derecho; pero además, este derecho, independientemente de las fuentes de donde surja, a quien se encuentre dirigido o las relaciones que regule, debe tener un carácter obligatorio y coercible, de otra manera nadie lo cumpliría; este carácter es otorgado por un Estado, por un poder público, a través de leyes donde se les otorga esa validez que toda norma de derecho requiere para poder ser aplicada.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (de los orígenes de la Alta Edad Media)*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992.
- BIALOSTOSKI, Sara y BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, *Compendio de derecho romano*, 5a. ed., México, Pax-México, 1972.
- DIHIGO, Ernesto y MORALES GÓMEZ, J., *Derecho romano, primer curso, segunda parte*, Universidad de La Habana, 1954.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 5a. ed., Madrid, Ediciones Universidad de Navarra, 1983.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario de derecho romano*, Buenos Aires, Sea, 1962.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la historia universal del derecho*, México, Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, 1974, t. I.

- \_\_\_\_\_, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 12a. ed., México, Esfinge, 1983.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Porrúa, 1991.
- LEMUS GARCÍA, Raúl, *Sinopsis histórica del derecho romano*, México, Limusa, 1962.
- MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford, 2002.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del derecho*, México, Duero, 1991.
- PETIT, Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, Madrid, Saturnino Calleja, 1924.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil, teoría, doctrina e instituciones*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2004.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Derecho público y derecho privado*, México, Ius, 1975.