

## 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.

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.