

# MISCELANEA

## I

### LA NOCION DE «IUS PUBLICUM» EN DERECHO ROMANO (\*)

1. Todo estudiante que comienza sus estudios de Derecho en un país occidental del continente europeo, como España o los Países Bajos, aprende en la primera semana de sus estudios que el Derecho positivo se divide en dos grandes partes: Derecho público y Derecho privado. Hasta hace veinte años esta distinción era considerada como fundamental en esta parte de Europa. Sólo en los últimos decenios ha empezado a perder este carácter primordial y cada vez hay más dificultades para indicar los límites de los terrenos del Derecho público y del Derecho privado.

Se han dibujado de maneras diferentes los trazos esenciales de las dos parcelas: Derecho público y Derecho privado. Aludiré a algunas de ellas para refrescar su memoria. El Derecho público supone una reglamentación de intereses públicos, el Derecho privado de intereses privados; o para decirlo de un modo más matizado: el Derecho público proporciona una reglamentación de las relaciones jurídicas que tienen en primer lugar un interés público, el Derecho privado proporciona una reglamentación de las relaciones jurídicas que tienen en primer lugar un interés privado. El Derecho público contiene las normas para las relaciones jurídicas que conciernen a la autoridad pública como tal; la organización de los poderes públicos y las relaciones de estos poderes con los justiciables son en efecto tradicionalmente el terreno esencial del Derecho público. El Derecho privado, por el contrario, suministra

---

\* Texto de una lección pronunciada en noviembre de 1982 en las Facultades de Derecho de la Universidad Central de Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad de Murcia, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Valladolid y Universidad del País Vasco, así como en el Colegio Universitario de Cuenca. Agradezco cordialmente a los colegas españoles de Derecho romano que me han invitado. Debo expresar mi profunda gratitud a mi colega y amigo Antonio Díaz Bautista (Murcia), que ha traducido al español el texto francés de esta exposición. He conservado el estilo de una lección universitaria y solamente he añadido algunas notas indicando la literatura principal que trata del tema estudiado.

normas para las relaciones jurídicas entre los justiciables, personas físicas y morales, entre sí. Las normas de Derecho público son aplicadas y puestas en práctica por los órganos de la autoridad pública que deben hacerlas valer de oficio. La aplicación o no de las normas de Derecho privado depende de la voluntad (y de las posibilidades de hecho) de las personas privadas a quienes afectan. Finalmente, las normas de Derecho público tienen en su mayoría un carácter imperativo, mientras que las de Derecho privado son en parte imperativas y en parte dispositivas.

En nuestros sistemas jurídicos modernos, el Derecho público está compuesto por el Derecho constitucional, administrativo (comprendiendo en él al Derecho fiscal y al Derecho de la seguridad social), penal (material y formal) e internacional público. Pertenecen al Derecho privado el civil y mercantil (que ya no se distingue en Italia y pronto dejarán de distinguirse en los Países Bajos), el procesal civil e internacional privado. La posición del Derecho procesal civil no es la misma en todos los sitios; en Alemania se le considera desde Savigny como una parte del Derecho público por la razón que ahora explicaremos.

2. Antes de abordar el tema principal de nuestra conferencia, a saber, la significación del término *ius publicum* en el Derecho romano de la antigüedad, queremos decir algunas palabras sobre el *ius publicum* en el Derecho erudito medieval y sobre las nociones «Derecho público-Derecho privado» en la historia del Derecho de algunos países de Europa continental.

Los romanistas medievales<sup>1</sup> —me limito aquí a los glosadores Azón y Acursio y al postglosador Bártolo— han comentado los textos del *Corpus Iuris Civilis* en los que figura la expresión *ius publicum*. Han elaborado sobre todo la noción de *ius publicum* a partir del fragmento 1,1,1,2 del Digesto. Azón, en su *Summa*, y Acursio en su *glossa ordinaria*, hacia la mitad del siglo XIII, explicaron por qué las normas relativas a las iglesias, a los sacerdotes y a los magistrados pertenecen al *ius publicum*. Estas normas pertenecen al *ius publicum*, porque es precisamente en interés del Estado por lo que hay iglesias y sacerdotes, y en aquéllas podemos pedir a éstos *veniam peccatorum* (perdón para nuestros pecados), y también hay magistrados en interés del Estado. Este interés que tiene para el Estado la existencia de magistrados la justifican ellos de la manera siguiente: *parum enim prodest iura esse*

1. Véase sobre la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum* en los trabajos de los romanistas medievales E. EHRLICH, *Theorie der Rechtsquellen* (Berlín) 1902) pp. 200-206 y sobre todo G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les oeuvres des anciens juristes français* en *Archives de Philosophie du Droit* (Nouv. Série) 1952, pp. 25-35.

*in civitate, nisi sint homines qui iura reddere possint* («tiene poco valor que haya normas de Derecho en el Estado si no hay hombres para administrar justicia»), tal como escribe Acursio en su glosa *in sacris* sobre D. 1,1,1,2. Los legistas medievales no hicieron todavía una bipartición exhaustiva del Derecho positivo en *ius publicum* y *ius privatum*. Sin embargo, ampliaron las zonas del Derecho que caían bajo la noción de *ius publicum*. Así, sostuvieron los glosadores que las normas referentes al fisco formaban parte del *ius publicum*. Bartolo los siguió en este punto al escribir (*ad rubricam* C. 10,1), que el *ius fisci* «*accipitur publicum quod ad publicam bursam pertinet*» («es considerado como *ius publicum* porque concierne al tesoro público»). Más importante es sin duda la incorporación del Derecho penal público al *ius publicum*. Acursio habla (*ad rubricam* C. 10,1) de un *ius publicum circa crimina* y Bartolo (*ad rubricam* C. 10,1) sostiene que la razón de la colocación sistemática del Derecho penal público en el *ius publicum* es la de que todo ciudadano tiene derecho a acusar a otro de haber cometido un crimen («*quia omnes possunt de publico crimine accusare*»).

Es curioso señalar que se encuentra ya en los glosadores Azón y Acursio un intento de relativizar el carácter absoluto de la división de Derecho público y privado. Ellos observan que el *ius publicum* es el Derecho que concierne *principaliter* (en primer lugar) a la situación del Estado, pero no exclusivamente, porque este Derecho está también establecido en interés de los particulares, para quienes tiene importancia la salvaguardia del Estado («*nam et singulorum utilitas rem publicam salvam conservare*»), como dice Acursio en la glosa *spectat, ad Inst.* 1,1,4. También anotan que el *ius privatum* concierne *principaliter* (en primer lugar) a la utilidad de las personas privadas, pero que sirve igualmente al interés del Estado, puesto que no debemos usar mal de nuestros bienes y son las normas del Derecho privado las que nos indican cómo debemos usar de nuestros bienes («*secundo autem ad publicam utilitatem pertinet: expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur*»), como dice Acursio en la glosa *ad singulorum* a D. 1,1,1,2.

Si echamos una mirada sobre los trabajos de algunos canonistas<sup>2</sup>, nos damos cuenta de que según el Decreto de Graciano (1140) y los decretistas, la noción de *ius publicum* es una noción de Derecho secular para la cual siguen la definición de Ulpiano D. 1,1,1,2, que vamos a estudiar enseguida. En el *Liber Extra* de 1234, el término *ius publicum* significa «la totalidad de las nor-

2. Cfr. sobre las nociones de *ius publicum* y de *ius privatum* en el Derecho canónico medieval H. MÜLLEJANS, *Publicus und privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum* (München 1961) pp. 62-118.

mas del Estado, el Derecho secular». El gran canonista (y romanista) Baldo (muerto en 1400) emplea en sus obras de Derecho canónico el término *ius publicum* también en el sentido de «Derecho secular». Sin embargo, él conocía también el término *ius publicum ecclesiae Romanae*, un *ius publicum* de la Iglesia católica que tenía la significación de *ius generale* (Derecho general) en vigor para toda la Iglesia, opuesto al *ius canonice*, Derecho especial en vigor para un cabildo.

No vamos a continuar aquí el estudio de la significación de la expresión *ius publicum* en la historia del Derecho canónico. Antes de llegar al Derecho romano, queremos aún hablar brevemente de la aparición de la división del Derecho positivo en Derecho público y Derecho privado en algunos países del continente europeo.

En los Derechos indígenas de la Europa medieval falta totalmente una división del Derecho en dos partes, público y privado. Esta división se adaptaba mal a las instituciones esenciales del Derecho medieval, puesto que los derechos feudales y los derechos señoriales tenían, según nuestras ideas modernas, elementos de Derecho público y de Derecho privado. La bipartición entre Derecho público y Derecho privado no ha servido en modo alguno como principio del orden de materias tratadas en las costumbres recopiladas ni en las leyes y ordenanzas de los países, las regiones, o las ciudades, hasta las codificaciones y las constituciones escritas del siglo XIX.

Tomaremos a título de ejemplo tres países: Alemania, Francia y los Países Bajos septentrionales.

En Alemania<sup>3</sup> tuvo la expresión *ius publicum* un sentido restrictivo en la literatura científica y en las universidades durante los siglos XVI, XVII y XVIII: no abarcaba más que el Derecho constitucional. *Ius privatum* era en este período el término que indicaba todas las otras ramas del Derecho (incluido el Derecho penal), para las cuales era el *Corpus Iuris Civilis* la fuente más importante. Para los estudiosos del Derecho natural, por ejemplo, para Samuel Pufendorf (*De iure naturae et gentium*, 1672) el *ius publicum* formaba parte del Derecho natural y englobaba al Derecho penal. Fue con Gustav Hugo (muerto en 1844) cuando la identificación entre *ius publicum* y Derecho constitucional fue abolida en el Derecho positivo, a finales del siglo XVIII. En la quinta edición de su *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie* aparecida en 1817, escribe: «*ius publicum*. . . erst seit etwa dreissig Jahren nicht mehr bloss Staatsrecht sonder öffentliches Recht». A partir de

---

3. Véase para el antiguo Derecho alemán, EHRlich, citado en la nota 1, pp. 206-236 y E. MOLITOR, *Über öffentliches Recht und Privatrecht, eine rechtssystematische Studie* (Karlsruhe 1949), pp. 9-13.

Hugo, los juristas alemanes hacen una división exhaustiva del Derecho positivo en «*öffentliches Recht*» y «*Privatrecht*». Para Hugo (y esta opinión ha sido aceptada de manera general en el Derecho alemán de los siglos XIX y XX) se compone el Derecho público de Derecho constitucional (al que se añade el Derecho administrativo, llamado en alemán «*Verwaltungsrecht*»), el Derecho penal (material y formal) y el Derecho procesal civil, este último por la simple razón de que el Estado, persiguiendo el bien común, debe poner al servicio de los particulares un complejo de normas por medio de las cuales puedan éstos realizar sus derechos.

En Francia<sup>4</sup>, dos libros de costumbres del siglo XIII, el *Conseil à un Ami* y el *Livre de Justice et de Plet*, han tomado del Digesto y de las Instituciones de Justiniano la bipartición entre *ius publicum* y *ius privatum*, sin que ésta haya influido en el plan de estos libros. En el segundo de ellos, el señorío, realidad política importante de la época, ha tomado el puesto de las magistraturas romanas. Sin embargo, sólo con Charondas le Caron se convierte la división aquí estudiada en un «*Leitmotiv*» de sus desarrollos, en sus *Pandectes de droit français*, publicadas por él a fines del siglo XVI. El propio plan de su libro arranca de la partición del Derecho en público y privado. Jean Domat (muerto en 1696) en su *Traité des Loix*, que sirve como introducción a su famosa obra *Les Loix Civiles dans leur Ordre naturel*, da una elaboración bastante amplia de la distinción del Derecho en Derecho de gentes, Derecho público y Derecho privado (cf. cap. XI, núm. XL y cap. XIII, núm. VII). Su libro está incluso dividido en dos tomos: el tomo primero está consagrado al Derecho privado, el tomo segundo, al Derecho público (comprendiendo el Derecho criminal y el Derecho procesal civil). Este plan bipartito no es todavía un fenómeno general en la literatura jurídica del Antiguo Régimen. Pero los resultados del período posterior a Charondas son incontestables. Georges Chevrier llega en su importante estudio a la conclusión siguiente para este período<sup>5</sup>: «Du XVII<sup>e</sup> siècle à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, les juristes tendent vers une séparation des deux droits public et privé, alors qu'aux siècles antérieurs, seuls les théoriciens du droit romain s'étaient engagés dans cette voie».

En los antiguos Países Bajos<sup>6</sup> ha sido parecido el desarrollo respecto a nuestro tema. Gracias a un estudio de Philippe Godding: «La distinction entre droit public et droit privé dans les

---

4. Véase para el antiguo Derecho francés, CHEVRIER, citado en la nota 1, pp. 36-77.

5. CHEVRIER, *op. cit.* n. 1, p. 71.

6. Véase para los antiguos Países Bajos meridionales el estudio de Ph. Godding, citado en la nota siguiente.

Pays-Bas Méridionaux avant 1800» publicado en 1966<sup>7</sup>, sabemos que el primer jurista que hizo de manera explícita una distinción entre Derecho público y Derecho privado, fue el jurista flamenco Philippe Wielant quien definió, alrededor del año 1518, en un pasaje no impreso de su *Practyke Civile*, el Derecho público y el Derecho privado como sigue<sup>8</sup>: «Derecho público supone aquello que interesa especialmente a la utilidad común, como la recaudación de impuestos (sisas, gabelas y otros derechos), la construcción de puertas, muros, murallas y otros edificios y el mantenimiento de los que gobiernan las ciudades o el pueblo». Derecho privado es —según Wielant— el Derecho relativo a las personas privadas, de las cuales hay unas que tienen un derecho «in 't dink», es decir *in re* (un derecho real) y otras que tienen un derecho «tottendinge», es decir *ad rem* (un derecho personal). Esta división del Derecho positivo en dos partes no es completa: falta el Derecho penal. Un siglo más tarde, el más grande de los antiguos juristas holandeses, Hugo Grocio, hizo en su *Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* («Introducción a la ciencia jurídica holandesa»), alrededor del 1620, una división exhaustiva del Derecho en dos partes. En el parágrafo 25 del título 2 del libro primero<sup>9</sup> escribe: «Todo el Derecho es, o bien el relativo al estatuto del país (del Estado) o bien el relativo a las personas privadas». Al margen de este parágrafo hace imprimir las palabras *ius publicum* y *ius privatum*: se puede deducir que se dejó inspirar por los trabajos de los romanistas medievales. Dentro de las materias de Derecho público menciona Grocio igualmente el Derecho relativo a las penas de los actos criminales. La distinción entre Derecho público y Derecho privado presidió el plan de su libro en el que él hubiese querido tratar (de forma separada) el Derecho privado material y formal, el Derecho criminal y el Derecho constitucional. A consecuencia de su fuga muy conocida, en una caja de libros del castillo de Loevestein, donde había estado detenido, no pudo realizar en su *Inleidinge* más que la composición de un manual del antiguo Derecho privado material.

Se vuelve a encontrar esta misma distinción (Derecho público-Derecho privado) en los títulos de dos obras de otro gran jurista holandés del Antiguo Régimen, Cornelis van Bynkershoek, consejero y más tarde presidente del Alto Tribunal de Holanda y Zelanda en la primera mitad del siglo XVIII. Publicó un libro titulado *Quaestiones Iuris Publici* en el que trata Bynkershoek sobre problemas de Derecho internacional público, de Derecho relativo a la constitución de las Provincias Unidas y de Derecho penal. Después

7. Este estudio ha sido publicado en los *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit Comparé Uppsala, 6-13 août 1966*, pp. 1-24.

8. Inserto una traducción del pasaje escrito en holandés antiguo.

9. Inserto una traducción del pasaje escrito en holandés antiguo.

de su muerte, su yerno Willem Pauw, también presidente del mencionado Tribunal, publicó en 1744 un libro de Bynkershoek titulado *Quaestiones Juris Privati*, que contiene consideraciones sobre Derecho matrimonial, Derecho sucesorio, Derecho marítimo y Derecho de seguros. La distinción estudiada por nosotros jugó pues un papel no desdeñable —pero no capital— en la literatura jurídica de los antiguos Países Bajos septentrionales a partir del siglo XVI.

El siglo XIX ha sido en toda Europa el período en el que se ha concedido mayor importancia a la distinción entre Derecho público y Derecho privado, no solamente en los países en donde había codificaciones nacionales para las materias de Derecho privado y Derecho penal, como Francia y los Países Bajos, sino también en los países en los que tales codificaciones no existían todavía, como Alemania. Los juristas, por ejemplo Durantón (en su comentario al Código civil francés de 1804) y Opzoomer en los Países Bajos (en su comentario al Código civil holandés de 1838) hablan de una diferencia fundamental entre las dos nociones: Derecho público y Derecho privado. En Alemania, Savigny, cuya enorme influencia sobre los pandectistas del siglo XIX y sobre los civilistas alemanes del siglo XX es conocida, se ocupó de esta bipartición en el primer volumen (de 1840) de su *System des römischen Rechts*. El propuso emplear —siguiendo en este punto a Gustav Hugo— el término «*öffentliches Recht*» (Derecho público) en el cual se comprende el «*Staatsrecht*» (Derecho constitucional), el «*Criminalrecht*» (Derecho penal) y el Derecho relativo al «*Civilprocess*» (Procesal civil), perteneciendo este último al Derecho público porque el Estado tiene el deber de proteger a los individuos contra la lesión de sus derechos por medio de la reglamentación del procedimiento civil. Más tarde se ha dado como argumento para su pertenencia al Derecho público, que el Derecho procesal civil contiene principalmente normas de instrucción para el funcionamiento de un órgano del estado: el poder judicial. Como ya sabemos, los tres campos del Derecho mencionados por Savigny forman parte del Derecho público según los juristas alemanes de hoy.

3. Para aquel que ha estudiado un poco de Historia del Derecho y del Derecho comparado no es difícil comprobar que la distinción entre Derecho público y Derecho privado no es un fenómeno de Derecho natural.

Por lo que respecta al tiempo, se puede constatar que la distinción no aparece más que con la Recepción del Derecho romano en la Europa continental. En lo que concierne al espacio se puede establecer que la distinción se acepta solamente en el Derecho de los países occidentales y centrales del continente europeo. Ni el Derecho inglés, ni los Derechos de los Estados Unidos, ni el de los

países escandinavos reconocen la división del Derecho en público y privado. Es igualmente desconocido en los Derechos de la Unión Soviética y de los demás países comunistas de Europa oriental; en estos países son tan preponderantes los intereses del Estado y del Partido Comunista que no queda lugar para un conjunto de normas de Derecho privado en las que los intereses de los individuos particulares tengan una importancia primordial. No es difícil deducir de estas observaciones una hipótesis sobre el origen de la distinción entre Derecho público y Derecho privado. La opinión dominante busca dicho origen en el Derecho romano. Esta opinión aparece expresada, por ejemplo, por Ph. Godding al comienzo de su estudio de 1966 ya mencionado<sup>10</sup>, que dice así<sup>11</sup>:

«La classification droit public-droit privé, si familière au juriste contemporain, était déjà connue des Romains. Distinction ébauchée à l'époque classique, elle s'était précisée et avait acquis son importance au Bas-Empire, lorsque l'emprise de plus en plus grande de l'Etat sur la société avait contribué à donner au droit public un relief obtenu au dépens du droit privé. La définition donnée par Justinien dans ses Institutes (*Ins.* 1,4) fait apparaître cette distinction comme l'un des critères essentiels de la classification du droit.»

Esta opinión no es inexacta; pero, sin embargo, es necesario aportar algunas matizaciones. Podemos darnos cuenta de que hay algunos problemas en lo referente a la noción romana de *ius publicum* y a la antítesis *ius publicum-ius privatum*, citando una frase del último estudio que Max Kaser ha dedicado a la noción de *ius publicum* en 1978. Dice así<sup>12</sup>:

«Das Nebeneinander von *ius publicum* und *ius privatum* lässt sich (nicht) auf eine systematische Gliederung des Rechtsstoffes zurückführen, die der heutigen zwischen öffentlichem und Privatrecht entspräche.»

Entre la opinión dominante, según la cual es de origen romano la distinción entre Derecho público y privado, y la frase de Kaser que acabo de citar, hay una nítida antítesis que demuestra cómo merece la pena reestudiar las fuentes jurídicas romanas en las que se encuentran estas expresiones: *ius publicum* y *ius privatum*.

4. Desde el inicio de los modernos estudios históricos de Derecho romano, ha sido objeto de muchos estudios la significación de la expresión *ius publicum* y de la contraposición *ius publicum-ius privatum*, pero, como frecuentemente sucede con las nociones

10. Véase nota 6.

11. GODDING, citado en la nota 6, p. 1.

12. M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, en *Festschrift für Franz Wieacker* (Göttingen 1978) p. 111.

romanas fundamentales —pensemos también en la *custodia*—, no se puede decir que se haya encontrado una solución enteramente satisfactoria y aceptada de forma general por los romanistas.

En los cuatro últimos decenios se han dedicado a la noción de *ius publicum* las investigaciones de Nocera, Müllejans, Leuregans, Chorus, Kaser y Wieacker<sup>13</sup>, y en 1980 nosotros mismos hemos añadido nuestra voz a este coro de romanistas<sup>14</sup>.

La mayor parte de los autores opinan que las fuentes jurídicas romanas conocieron dos nociones de *ius publicum*, una que sería, más o menos, similar a nuestro «Derecho público» y otra cuyo contenido es muy discutido.

Según una antigua teoría, que data de principios del presente siglo, se identificaría *ius publicum* con *ius cogens* (Derecho imperativo); los juristas romanos habrían querido indicar con la palabra *publicum* el carácter imperativo de ciertas normas. Pero ya a primera vista no se comprende demasiado bien cómo la palabra *publicum* podría haber tenido tal significación. Esta teoría ha sido refutada de manera definitiva por Müllejans<sup>15</sup>; y no vamos a volver aquí sobre ella. Los romanos no tuvieron nunca un vocablo para indicar lo que nosotros llamamos «Derecho imperativo» como contrario al Derecho dispositivo; la expresión *ius cogens* tiene un origen mucho más reciente. Ellos conocieron sin duda la idea; también en el Derecho romano había una parte del mismo que no podía ser cambiada por estos actos jurídicos de los particulares. Los juristas romanos expresaron esta idea con adagios como: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Pap. D. 2,14,38), *privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit* (Pap. D. 35,2,15, 11), y *pacta quae contra leges constitutionesque sunt nullum vim habere indubitati iuris est* (Severo CJ. 2,3,6). No se puede poner en discusión que una parte del Derecho romano tuvo carácter imperativo, pero es cierto que la expresión *ius publicum* no tuvo jamás la significación de «Derecho imperativo».

Según Nocera (1949)<sup>16</sup> —seguido en este punto por Chorus (1976)<sup>17</sup>— habría sido Papiniano el primero en combinar el sustantivo *ius* con el adjetivo *publicum*. La expresión *ius publicum* habría sido un producto de la literatura jurídica de los Severos (comien-

13. Se citará a estos autores en las notas siguientes.

14. ANKUM, recensión al libro de CHORUS, citado en la nota 17, en *IVRA* 28 (1977), publicado en 1980, pp. 190-205 y «Verbotsgesetze und Ius Publicum», en *ZSS* 97 (1980), pp. 310-316.

15. MÜLLEJANS, citado en la nota 2, pp. 24-28.

16. G. NOCERA, *Ius publicum* (D.2.14.38). *Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris* (Roma 1946, publicado en 1949).

17. JEROEN M. J. CHORUS, *Handelen in strijd met de wet. De verboden rechtshandeling bij de Romeinse juristen en de glossatoren met enige verbindingslijnen naar het Nederlandse recht*, tesis Leiden, Leiden 1976 (=Rechtshistorische studies, 1, Leiden-Zwolle 1976), pp. 97-104.

zos del siglo III de nuestra era). *Ius publicum* tendría la significación de «Derecho positivo» y esta expresión habría sido empleada —sobre todo en frases como *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. 2,14,38)— para subrayar el valor de las normas de Derecho positivo que tienen su origen en constituciones imperiales. Algunos elementos de esta teoría son manifiestamente inexactos. No es solamente Papiniano, sino ya Neracio Prisco (en un texto de Ulpiano: D. 11,7,20, pr.) y Pomponio (en un texto de Paulo D. 39,2,18,1) quienes han utilizado la expresión *ius publicum* en la primera mitad del siglo II después de Cristo. Neracio (D. 11, 7,20 pr.) fue también el primero en aplicar la regla de la inviolabilidad (*quia pacto hoc publicum ius infringi non possit*), y el texto en el que Ulpiano refiere la opinión de Neracio (D. 11,7,20 pr.) se refiere a la *actio funeraria*, que no tiene absolutamente nada que ver con el Derecho imperial.

Müllejans ha sostenido en 1961<sup>18</sup> que la expresión *ius publicum* tiene a menudo en las fuentes jurídicas la significación del «das vom Staat ausgehende Recht» («Derecho que proviene del Estado»). Volveremos sobre esto.

Leuregans que ha estudiado en 1975<sup>19</sup> el fragmento de Papiniano, D. 28,1,38 (*testamenti factio non privati sed publici iuris est*, es decir, que las normas referentes a la capacidad de hacer testamento no pertenecen al *ius privatum*, sino al *ius publicum*), ha llegado a la conclusión de que *ius publicum* sería el orden público romano. Al final de su trabajo escribe<sup>20</sup>:

«Nous aboutissons à des résultats analogues à ceux du droit moderne au sujet de la notion —encore plus floue que celle du *ius publicum*— d'ordre public.»

Max Kaser ha intentado en 1978<sup>21</sup> reducir las dos distinciones *ius publicum- ius privatum* a un denominador. Este autor considera como *ius publicum* las partes del ordenamiento jurídico que «öffentliche Angelegenheiten regeln und öffentliche Interessen schützen auch dadurch dass sie private Rechte begrenzen». *Ius privatum* son para él «diejenige Stücke der Rechtsordnung und die daraus entspringenden Berechtigungen, die dem einzelnen in seiner Privatrechtsphäre Befugnisse gewähren». No nos parece lograda la interesante tentativa de Kaser, ya que muchos textos no se dejan encerrar en tal molde. Sobre todo, hay muchos textos

18. MÜLLEJANS, citado en la nota 2, pp. 29-34.

19. P. LEUREGANS, *Testamenti factio non privati sed publici iuris est*, en *RHD* 1975, pp. 225-257.

20. LEUREGANS, *l.c.*, p. 252.

21. KASER, citado en la nota 12, p. 111.

jurídicos en los que figura el término *ius publicum* y no obstante falta en ellos totalmente el elemento del interés público y la expresión *ius privatum* como noción contrapuesta a *ius publicum*.

Finalmente, Franz Wieacker, por su parte, ha llegado con palabras complicadas y casi imposibles de traducir, a una conclusión casi idéntica a la de Leuregans, según la cual *ius publicum* sería el orden público romano. En su comentario al libro de Chorus sostiene el parecer<sup>22</sup> de que el «Gesamtbild», o cuadro general, no es tan uniforme como lo esboza Chorus, para quien la segunda significación de *ius publicum* era «Derecho positivo». Según Wieacker, los vocablos *ius publicum* expresan la idea enraizada en la conciencia romana «dass es im *ius civile* einen Kernbestand unverzichtbarer Grundregeln, eine Art bürgerrechtliche Grundordnung gibt die der privaten Verfügung entzogen ist»<sup>23</sup>. Piensa que se podría hablar «von einem volksgesetzlich und zivilrechtlich verbürgten "ordre public"».

5. A nuestro entender, la imagen total es aún menos uniforme de lo que Wieacker supone. Nos gustaría recordar primeramente que, tanto la expresión *lex publica* como el término *res publica*, tienen varias significaciones. Como ha demostrado Bleicken en su libro sobre la *lex publica*<sup>24</sup>, esta expresión significa, tanto la ley que emana del pueblo romano como la que vincula al pueblo romano. *Res publica* puede tener significaciones muy diferentes; puede significar Estado, una cosa que pertenece al Estado, una comunidad dependiente, una cosa que pertenece a un *municipium*, y finalmente una cosa que sirve para la utilización pública, que es accesible al público. Así creemos que la expresión *ius publicum* tiene en las fuentes jurídicas, a las cuales nos limitamos hoy, varios sentidos, concretamente tres. Estas tres significaciones tienen en común (y por eso las reducimos a un denominador común, aunque de una forma diferente a la de Kaser), el tratarse siempre de un Derecho relacionado con el *populus*. Pero sin embargo, la relación al *populus* es bastante diferente en los tres casos.

*Ius publicum* significa a menudo todo el Derecho objetivo o positivo que está vigente en el Imperio romano. En este Derecho positivo viene incluido el Derecho pretorio y las opiniones de los juristas, partes éstas del Derecho romano cuya pertenencia al *ius publicum* ha sido discutida. Se trata aquí de textos en los que la expresión *ius publicum* tiene el sentido de Derecho posi-

22. F. WIEACKER, en su recensión al libro de Chorus (nota 17) en *Tijdschr.* 47 (1979), p. 280.

23. WIEACKER, *l.c.*, p. 280.

24. J. BLEICKEN, *Lex Publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik* (Berlín-New York 1975), p. 60.

tivo, bien porque las normas del *ius publicum* son aplicadas y reconocidas por los órganos del *populus* romano, bien porque se aplican a todo el mundo, del mismo modo que una *res publica* se llama así porque es accesible a todo el mundo. Citaremos un ejemplo<sup>25</sup>: en el fragmento D. 26,2,29, Papiniano habla de una *excusatio* que un *tutor* tenía *iure publico*, y que no debía ser aceptada en el caso concreto de que trata el texto. Albanese ha visto ya claramente que *ius publicum* en este texto «si riferisce in generale all'ordinamento giuridico»<sup>26</sup>. Si *ius publicum* tiene esta significación amplia, no hay pues una noción contrapuesta de *ius privatum*<sup>27</sup>. Esta es la razón de un fenómeno que ya se había señalado: el término *ius privatum* es mucho más raro en nuestras fuentes que *ius publicum*.

En los casos en que *ius publicum* puede ser contrapuesto a *ius privatum*, presenta el término *ius publicum* dos significaciones diferentes. Aunque la primera es la más conocida y es la que ha tenido mayor importancia para el desarrollo del Derecho en Europa continental, sin embargo no figura más que en muy pocos textos<sup>28</sup>. El más célebre es el fragmento D. 1.1,1,2, tomado por los compiladores del primer libro de las Instituciones de Ulpiano. Este fragmento se vuelve a encontrar en forma abreviada en las Instituciones de Justiniano 1,1,4. Estos textos contienen la contraposición de *ius publicum* y *ius privatum* parafraseada así: «*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad privatorum utilitatem (pertinet)*»: *ius publicum* es el Derecho que concierne a la situación de la cosa romana, es decir, al estado romano, *ius privatum* es el Derecho que concierne a la utilidad de los individuos privados. El texto de Ulpiano, tal como se encuentra en el Digesto, contiene la elaboración de la noción de *ius publicum* siguiente: «*publicum ius*

25. Véase para otros ejemplos: Pomp-Paul. D.39,2,18,1 (respecto a la *usucapio*); Pap. 35.1,77,3 (respecto a la *cautio tutoris*); Paul. 27.1,36,1 (sobre la *excusatio tutoris*); Marciano D.36,3,12 (que contempla la *cautio legatorum servandorum causa*); Sev.Ant. CJ.2,36,1 (sobre la *restitutio in integrum* en favor de un *minor XXV annis*) y Diocl. CJ.2,42,2 y CJ.2,53,3 (respecto a la *restitutio in integrum* en favor de un *maior XXV annis*).

26. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979), p. 466, nota 181. El mismo autor escribe en la p. 190 de su libro *Premesse allo studio del diritto privato romano* (Palermo 1979): «In effetti, nelle fonti si parla spesso di *ius publicum* senza alcuna contrapposizione al *ius privatum*, per accennare al diritto obiettivo vigente per tutti».

27. Cfr. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano* (véase la nota precedente). p. 190.

28. Cfr. junto a los fragmentos de Ulpiano y de las *Institutiones* de Justiniano mencionados en el texto: Pomp. D.1,2,2,46; Ulp. D.4,2,23,pr. y D.39,1,5,19; Hermog. D.36,1,14. Una serie de constituciones desde Constantino hasta Justiniano en las que la expresión *ius publicum* lleve este significado ha sido enumerada por Chorus (nota 17), p. 100, nota 216.

*in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*: el *ius publicum* se refiere a las normas relativas a los lugares y los actos sagrados, a los sacerdotes y a los magistrados. Los compiladores de las Instituciones de Justiniano no insertaron en su manual esta elaboración. El *ius sacrum* que formaba parte del *ius publicum*, según Ulpiano, era el Derecho referente a la religión romana pagana; pero en el fragmento del Digesto es preciso poner en relación este *ius sacrum* con la religión cristiana. Resulta sorprendente que el Derecho relativo a los *crimina publica*, el Derecho penal público, falte en esta «definición». Aparentemente no se trata todavía aquí de una división exhaustiva de toda la materia del Derecho positivo. La contraposición entre *ius publicum* y *ius privatum* que se halla en el texto de Ulpiano recogido en D. 1,1,1,2 es, sin embargo, el punto de partida histórico de la bipartición Derecho público-Derecho privado en los Derechos modernos del continente europeo.

En otros muchos textos en los que *ius publicum* aparece contrapuesto a *ius privatum*, no puede tener *ius publicum* esta significación más o menos comparable a nuestro Derecho público, ya que la expresión *ius publicum* se refiere en ellos a normas que corresponden claramente al Derecho privado. En consecuencia, *ius publicum* debe tener allí un tercer sentido. Un conocido ejemplo de esta tercera significación se halla en el siguiente texto de Papiniano D. 28,1,3<sup>29</sup>: *testamenti factio non privati sed publici iuris est*. En textos como éste, el término *ius publicum* no puede tener ya la significación de «Derecho positivo». Chorus<sup>30</sup> lo entiende así, y traduce «algo parecido a la autonomía privada», pero esto no puede ser exacto porque de admitirlo resultaría que la palabra *ius* tendría en esta antítesis un sentido muy diferente ambas veces. Para nosotros, *ius publicum* tiene en estos textos el sentido de la totalidad de las normas jurídicas que son esenciales para el pueblo romano; se podría hablar aquí de normas del «orden público» romano. Una gran parte del *ius publicum* en este sentido pertenece al *ius privatum* de la bipartición de Ulpiano D. 1,1,1,2, a lo que nosotros llamamos Derecho privado. Las normas de este *ius publicum* están sustraídas a la autonomía privada de las partes. Son «irrefragables» en el sentido de que las personas privadas no tienen derecho a regular de manera divergente las relaciones que caen bajo el ámbito de este *ius pu-*

29. Algunos otros textos, dados a título de ejemplo, donde la expresión *ius publicum* tiene este tercer significado son los fragmentos siguientes: Nerat.—Ulp. D.11,7,20 pr.; Pap. D.2,14,38; D.35,2,15,1 y D.38,1,42; *Consultatio* 4,3 (= *Pauli Sent.*, 1,1,6); Ulp. D.26,7,5,7 y D.27,8,1,9 y Diocl. CJ. 6,23,13 (294 d.C.).

30. CHORUS (nota 17), p. 124, nota 281.

*blicum*. Esta idea de la «irrefragabilidad» de las normas del *ius publicum* en este tercer sentido ha sido expresada en aforismos como: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Si bien la expresión *ius publicum* no significa «Derecho imperativo», sin embargo, es cierto que todas las reglas del *ius publicum* de esta tercera categoría tienen el carácter de Derecho imperativo según la terminología moderna.

Hemos criticado en publicaciones aparecidas en 1980<sup>31</sup> la expresión «orden público» para indicar la tercera significación de *ius publicum*, ya que la noción romana es bastante diferente de las nociones modernas de orden público interno de los siglos XIX y XX. Si se es consciente de estas diferencias y se pone el acento sobre el hecho de que se trata de un orden público romano, creemos ahora —teniendo en cuenta una precisión crítica hecha a este respecto por nuestro amigo Dieter Nörr, de Múnich— que la expresión «orden público romano» es admisible y tiene la ventaja de indicar de una manera concisa aquello de lo que se trata.

6. Nuestra conclusión puede ser breve. La distinción moderna entre Derecho público y Derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano D. 1,1,1,2 y de *Inst.* 1,1,4. Pero la dualidad del Derecho romano y la del Derecho moderno están lejos de ser idénticas. En la definición romana de los dos textos que acabamos de citar sobre *ius publicum* figura el *ius sacrum* y falta el Derecho penal. Para el estudioso que tenga que consultar textos del Digesto o del Código de Justiniano, puede ser útil saber que hay muchos textos en los que *ius publicum* aparece opuesto a *ius privatum* en un sentido completamente diferente, siendo *ius publicum* frecuentemente una parte del Derecho privado. En estos textos son *ius publicum* normas de Derecho privado y de Derecho público que pertenecen al orden público romano y que nosotros calificamos como Derecho imperativo. *Iuris privati* son las normas del Derecho privado que no pertenecen al orden público romano y que quedan a la libre disposición de las partes.

Finalmente hay muchos textos donde el término *ius publicum* es utilizado sin que exista junto a este *ius publicum* un *ius privatum* contrapuesto. En todos estos textos tiene *ius publicum* la significación de «Derecho positivo».

HANS ANKUM  
(Amsterdam)

31. ANKUM, en *IVRA* 28 (1977, publicado en 1980), p. 202 y *ZSS* 97 (1980), p. 313.